

POSTANOWENIE

z dnia 20 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman
Magdalena Grabarczyk
Lubomira Matczuk - Mazuś

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu **20 czerwca 2011 r.** bez udziału stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 czerwca 2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm: **Mott MacDonald Polska Sp. z o. o. (lider) ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa, Mott MacDonald Limited, Mott MacDonald House, 8-10 Sydenham Road, Croydon, Surrey, CR0 2EE, Wielka Brytania w imieniu i na rzecz której działa Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Krakowie, Plac Matejki 12, 31-157 Kraków, reprezentującego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa ul. Targowa 74.**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum: **Firma Menadżersko Konsultingowa Kolmen Sp. z o. o., z siedzibą w Lublinie, Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A. z siedzibą w Lublinie, Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe Hurtkol Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, adres dla doręczeń ul. M. Rataja 15b, 20-270 Lublin, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.**

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

1

-
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm: **Mott MacDonald Polska Sp. z o. o. (lider) ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa, Mott MacDonald Limited, Mott MacDonald House, 8-10 Sydenham Road, Croydon, Surrey, CR0 2EE, Wielka Brytania w imieniu i na rzecz której działa Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce**, oraz:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - konsorcjum firm: **Mott MacDonald Polska Sp. z o. o. (lider) ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa, Mott MacDonald Limited, Mott MacDonald House, 8-10 Sydenham Road, Croydon, Surrey, CR0 2EE, Wielka Brytania w imieniu i na rzecz której działa Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce**, tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

.....

2

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „Pełnienie nadzoru nad modernizacją linii kolejowej E30/C-E30 odcinek Kraków – Rzeszów (Dz. Urz. UE 2010/S 193-294835 z 10 października 2010 roku), w dniu 10 czerwca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie w formie pisemnej, złożone przez wykonawcę konsorcjum firm: Mott MacDonald Polska Sp. z o. o. ul. z/s w Warszawie, Mott MacDonald Limited Mott MacDonald House z/s w Wielkiej Brytanii, w imieniu i na rzecz której w Polsce działa Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia za pośrednictwem faksu w dniu 31 maja 2011 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty konsorcjum Kolmen w składzie: Firma Menadżersko Konsultingowa Kolmen Sp. z o. o. z siedzibą w Lublinie, Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A. z siedzibą w Lublinie, Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Hurtkol Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (konsorcjum Kolmen).

Wobec podjętych, niżej opisanych czynności oraz zaniechań czynności nakazanych ustawą Pzp, odwołujący zarzucił zamawiającemu: PKP Polskim Liniom Kolejowym S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Krakowie, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj: art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum Kolmen oraz zaniechanie odrzucenia jego oferty pomimo braku wykazania przez konsorcjum Kolmen spełniania warunków udziału w postępowaniu, to jest:

- wskazanie pana Ireneusza Z. do pełnienia funkcji Kierownika Przeglądu Dokumentacji wyłącznie co do dwóch projektów tj. przetargów nr 1.1 i 1.2, podczas gdy postanowienia SIWZ oraz OPZ w odniesieniu do wskazania Kierownika Przeglądu Dokumentacji określają wymóg wskazania jednej osoby, która będzie sprawować tę funkcję w ramach Stałego Zespołu Inżyniera w zakresie całego zamówienia;
- złożenie przez konsorcjum Kolmen oferty wariantowej w postaci zgłoszenia do pełnienia funkcji Kierownika Przeglądu Dokumentacji w wariantcie pierwszym (i) pana Ireneusza Z. do dwóch projektów tj. przetargów nr 1.1 i 1.2 oraz pana Romualda C. do czterech projektów tj. przetargów nr 1.3, 2.1, 2.2 oraz 2.3 albo w wariantcie drugim (ii) pana Romualda C. do wszystkich sześciu przetargów o numerach 1.1,1.2, 1.3, 2.1, 2.2 oraz 2.3,

3

podczas gdy zgodnie z pkt 5 SIWZ zamawiający nie dopuścił do składania ofert wariantowych;

- braku wykazania dyspozycyjności pana Ireneusza Z. do pełnienia funkcji Kierownika Przeglądu Dokumentacji, pomimo tego, że w SIWZ oraz OPZ wskazano, że osoby wymienione w ofercie w Stałym Zespole Wykonawcy powinny pozostawać do pełnej dyspozycji zamawiającego z dniem podpisania umowy na nadzór, podczas gdy z odpisu z rejestru przedsiębiorców KRS oraz innych publicznie dostępnych dokumentów wynika, że pan Ireneusz Z. jest zaangażowany w prace kilku podmiotów tj. pełni funkcje zarządzające jako dyrektor spółki „Bukol” Spółka jawna z siedzibą w Lublinie, jest współnikiem oraz członkiem zarządu spółki „Biuro Projektów Kolejowych” Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, a także działa jako współnik (partner) Przedsiębiorstwa Handlowo- Usługowego „Bumat” oraz na podstawie oświadczeń pełnomocnika konsorcjum Kolmen, zamieszczonych w protokole z rozprawy Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2011 roku w sprawie o sygn. akt KIO 827/11 - wykonywał zlecenia innych firm, w tym w szczególności spółki SGS Czech Republic s.r.o.;
- braku przedstawienia przez wykonawcę dokumentu, z którego wynika, że konsorcjum Kolmen ma prawo dysponowania osobą pana Ireneusza Z. do pełnienia funkcji Kierownika Przeglądu Dokumentacji pomimo, że stosunek zobowiązaniowy pomiędzy SGS Czech Republic s.r.o. a panem Ireneuszem Z., na który powołuje się wykonawca nie został potwierdzony za pomocą żadnego dokumentu w tym zwłaszcza nie jest stosunkiem pracy;
- braku wykazania przez wykonawcę wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed

PLN, upływem składania ofert,

co najmniej jednej usługi o wartości 10 000 000,00 polegającej na prowadzeniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie modernizacji, przebudowy lub budowy linii kolejowej, a w szczególności braku dokumentu potwierdzającego, że usługa ta została wykonana należycie oraz braku pisemnego zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (wiedzy i doświadczenia) oraz sposobu określającego przekazanie doświadczenia, które jest niezbędne do wykonania zamówienia;

- braku wykazania warunku dysponowania przez konsorcjum Kolmen zasobami wiedzy i doświadczenia spółki SGS Czech Republic s.r.o., w tym wykazania kwalifikacji pana Ireneusza Z., w związku z tym, że w dniu składania ofert pismo Lubelskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 21 stycznia 2011 roku zostało poświadczane za zgodność z oryginałem z datą 22 listopada 2010 roku;

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Kolmen jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pomimo tego, że pismo Lubelskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 21 stycznia 2011 roku zostało poświadczane za zgodność z oryginałem

4

z datą 22 listopada 2010 roku, co nosi znamiona fałszu intelektualnego i stanowi naruszenie dobrych obyczajów przyjętych w obrocie gospodarczym;

Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez wybór niekompletnej oferty konsorcjum Kolmen oraz dokonanie oceny ofert w sposób nieobiektywny, co narusza zasady uczciwej konkurencji;

- oraz innych przepisów Pzp, jak również przepisów powszechnie obowiązujących, wymienionych w treści niniejszego odwołania w wyniku czego zamawiający bezzasadnie wybrał ofertę konsorcjum Kolmen jako najkorzystniejszą.

Powołując się na interes w uzyskaniu zamówienia (oferta odwołującego nie została odrzucona i uzyskała według oceny zamawiającego drugi wynik, po ofercie konsorcjum Kolmen oraz kontrolę legalności poczyniła zamawiającego), odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności z dnia 31 maja 2011 r. wyboru najkorzystniejszej oferty - konsorcjum Kolmen;
2. przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert;
3. wykluczenia konsorcjum Kolmen z postępowania oraz odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, jako że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zaś jego oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

Ponadto wnosił o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań, odwołujący podał, że w niniejszym postępowaniu za najkorzystniejszą została uznana oferta nr 7 złożona przez konsorcjum w składzie Mott MacDonald Polska Sp. z o.o. oraz Mott MacDonald Limited Mott MacDonald House (konsorcjum Mott MacDonald), o czym zamawiający zawiadomił wykonawców pismem z dnia 12 kwietnia 2011 roku. Jednocześnie zamawiający na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykluczył z postępowania konsorcjum Kolmen, zaś złożoną przez niego ofertę uznał za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z uzasadnieniem zamawiającego, wykluczenie, a w konsekwencji odrzucenie oferty konsorcjum Kolmen spowodowane było niespełnieniem przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu polegających na dysponowaniu wiedzą i doświadczeniem zgodnie z wymaganiami SIWZ. Jak wskazywał zamawiający, uzupełnione dokumenty w zakresie udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez SGS Czech Republic s.r.o oraz spółki SGS Polska sp. z o.o. na rzecz konsorcjum Kolmen, posiadają charakter warunkowy, uzależniający udostępnienie wiedzy i doświadczenia od wprowadzenia do oferty konsorcjum Kolmen zmiany Kierownika Przeglądu Dokumentacji. Zdaniem zamawiającego uzupełnione

5

dokumenty, wobec braku kwestionowania zarówno przez zamawiającego jak i przez KIO

kwalifikacji dotychczasowego personelu podanego w ofercie przez konsorcjum Kolmen, świadczą o próbie zmiany treści oferty w zakresie niedopuszczalnym przepisami ustawy Pzp oraz zapisami SIWZ. Przyjęcie przez zamawiającego zmian proponowanych w uzupełnionych dokumentach wykonawcy musiałoby być uznane za prowadzenie negocjacji.

W dniu 19 kwietnia 2011 r. konsorcjum Kolmen złożyło odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na wykluczenie z postępowania i odrzuceniu jego oferty oraz wniosło o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego podjętych według zawiadomienia z dnia 12 kwietnia 2011 r. tj. odmowy dokonania ponownej oceny oferty Kolmen, jego wykluczenia, odrzucenia oferty oraz wyboru innej oferty;
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania merytorycznej oceny oferty Kolmen z uwzględnieniem treści dokumentów uzupełnionych na wezwanie zamawiającego;
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty przy zastosowaniu przyjętego kryterium tj. najniższej ceny spośród ofert nie podlegających odrzuceniu;

W sprawie o sygn. akt KIO 827/11 konsorcjum Mott MacDonald zgłosiło przystąpienie popierając decyzję zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 maja 2011 r. w sprawie KIO 827/11 uwzględniła odwołanie konsorcjum Kolmen i nakazała w szczególności unieważnienie czynności wykluczenia konsorcjum Kolmen oraz powtórzenie oceny i badania ofert.

W wykonaniu powyższego wyroku, działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający dnia 17 maja 2011 roku wystąpił do konsorcjum Kolmen z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w następujących kwestiach:

- 1) „jaki jest charakter stosunku prawnego łączącego firmę SGS Czech Republic s.r.o. lub SGS Polska Sp. z o.o. z panem Ireneuszem Z. i czy ten stosunek prawny upoważnia wzmiankowane firmy do dysponowania wymienioną osobą?
- 2) w oparciu o „Zobowiązanie do udostępnienia zasobów ...” z dnia 21 listopada 2010 r. podpisane przez pana Jarosława S. pkt 2 ppkt 1): które kontrakty (dokładnie) były obsługiwane przez pana Ireneusza Z.?
- 3) jak jest możliwe potwierdzenie za zgodność z oryginałem z datą 22 listopada 2010 r. dokumentu, który został wytworzony w dniu 21 stycznia 2011 r. (pismo Lubelskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa nr OKK-0059-0004(2)/11) oraz czy stan podany w dokumencie był taki sam w dniu otwarcia ofert?”

Konsorcjum Kolmen ustosunkowało się do wątpliwości zamawiającego w piśmie z dnia 19 maja 2011 roku.

W związku z udzielonymi wyjaśnieniami zamawiający postanowił uznać ofertę konsorcjum Kolmen - jako najkorzystniejszą, o czym powiadomił dnia 31 maja 2011 r.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, w szczególności treść oferty konsorcjum Kolmen - uzupełnionej wyjaśnieniami pełnomocnika wykonawcy podczas rozprawy z dnia 4 maja 2011 r. w sprawie KIO 827/11 oraz informacjami udzielonymi w piśmie z dnia 19 maja 2011 r., odwołujący wywodził, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Rozwijając przytoczoną normę, w pkt 8.4.2. SIWZ zamawiający zastrzegł, że warunek ten będzie spełniony, o ile wykonawca zapewni m. in. Kierownika Przeglądu Dokumentacji w celu realizacji przedmiotu kontaktu. Odwołujący podkreślał, że najbardziej cennym, podlegającym weryfikacji zamawiającego jest zaoferowany przez wykonawców kapitał ludzki przeznaczony do realizacji zamówienia. Co za tym idzie, istotnym elementem oferty są osoby, którymi dysponuje wykonawca, będące uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, które jako pełniące funkcje na określonych stanowiskach, powinny być zatem wskazane przez wykonawcę w sposób precyzyjny i nie budzący wątpliwości, bowiem powierzone im zadania mają wpływ na wykonywanie i prawidłowe zakończenie zamówienia. Biorąc pod uwagę literalne brzmienie postanowień SIWZ, zamawiający żądał od wykonawców, by ich oferty zawierały dokumenty potwierdzające dysponowanie przez wykonawcę między innymi po jednym Inżynierze Rezydencie odpowiednio dla przetargu nr 1.1., 1.2, 1.3, 2.1, 2.2 i 2.3 oraz dwoma specjalistami ds. Obmiarowo - Rozliczeniowych. Z czego odwołujący wywodził wniosek, że w pozostałych przypadkach, zamawiający żądał, by przewidziane funkcje, w tym funkcję Kierownika Przeglądu Dokumentacji, pełniła wyłącznie jedna osoba. Jeżeli bowiem dla

zamawiającego nie miałyby znaczenia liczba osób przeznaczona dla poszczególnych funkcji, powinien był umieścić odpowiednią informację w SIWZ, czego w niniejszym przypadku nie uczynił. Zamawiający nie zawarł w jakimkolwiek dokumencie informacji, że dopuszcza dwie lub więcej osób do pełnienia funkcji Kierownika Przeglądu Dokumentacji. Zdaniem odwołującego, potwierdzają to inne postanowienia SIWZ oraz OPZ. Kierownik Przeglądu Dokumentacji został umieszczony w tzw. Stałym Zespole Inżyniera, a w związku z tym powinien na stałe współpracować z Inżynierem przy realizacji kontraktu, dysponując niezbędną wiedzą w zakresie wszystkich projektów (przetargów), których dotyczy zamówienie. Wskazywał, iż brak wiedzy co do wszystkich projektów może mieć negatywne konsekwencje dla realizacji całego zamówienia. Zamawiający tworząc zespół ekspertów miał bowiem na celu wskazanie osób odpowiedzialnych za realizację danej części zamówienia, by w przypadku potrzeby Inżynier mógł zwrócić się do odpowiedniej osoby, która będzie miała pełną wiedzę na temat każdego projektu (przetargu). Potwierdza to pkt 5.1.3. OPZ, w którym zamawiający zaznaczył, że „wymiana umieszczonego w ofercie członka Stałego Zespołu Inżyniera może być zaakceptowana jedynie w przypadkach szczególnych,” „z wyjątkiem przypadków zaakceptowanych na piśmie przez zamawiającego, nie dopuszcza się

7

żadnych zmian, co do składu Inżyniera.” W opinii odwołującego postanowienie 5.1.1. OPZ zgodnie z którym „Wykonawca proponuje Stały Zespół złożony z ekspertów o potwierdzonych kwalifikacjach technicznych, obejmujących minimum: 1) Inżyniera Projektu, 2) 6 Inżynierów Rezydentów, 3) Inżyniera Zaopatrzenia i Jakości Materiałów (...) oraz 7) Kierownika Przeglądu Dokumentacji,” nie oznacza, że zamawiający miał na celu, by w realizacji zamówienia brało udział dwóch Kierowników Przeglądu Dokumentacji czy też np. dwóch Inżynierów Projektów. W związku z powyższym zaprzeczał twierdzeniom, że „Wykonawca dysponujący aż dwoma osobami o odpowiednich kwalifikacjach spełnia przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu w stopniu wyższym niż minimalny.” Odwołujący wywodził, iż zamawiającemu chodziło o to, że wykonawca powinien obligatoryjnie zagwarantować nie mniej niż (tj. minimum) siedem rodzajów funkcji w celu realizacji przedmiotu zamówienia, nie zaś o to, by na każdą z tych funkcji wykonawca miał prawo przeznaczyć kilka osób. Odwołujący powołał się na stanowisko zamawiającego podczas rozprawy przed KIO w dniu 4 maja 2011 r. w sprawie KIO 827/11, który na pytanie Przewodniczącej składu orzekającego KIO stwierdził, że „tam, gdzie wymagał więcej niż jednej osoby wskazywał, iż mają być dwie osoby.” Jako dowód odwołujący wskazał: protokół z rozprawy sygn. akt KIO 827/11.

W związku z powyższym, w ocenie odwołującego, oferta konsorcjum Kolmen, w której na funkcję Kierownika Przeglądu Dokumentacji zostały zaproponowane dwie osoby, jest niezgodna z postanowieniami SIWZ i jako taka powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Kolejno odwołujący podnosił, że dokonując zgłoszenia na funkcję Kierownika Przeglądu Dokumentacji jednocześnie pana Ireneusza Z. oraz pana Romualda C., konsorcjum Kolmen dopuściło się złożenia w niniejszym postępowaniu oferty wariantowej, co wywiódł z treści wyjaśnień konsorcjum Kolmen z dnia 19 maja 2011 r., w którym wykonawca ten na pytanie nr 2 zamawiającego precyzuje, że „przez pana Ireneusza Z. byłyby obsługiwane kontrakty dotyczące: odcinka Podłęże - Bochnia od km 16.000 do km 39.000 oraz odcinka Bochnia - Biadoliny od km 39.000 do km 61.300. Pozostałe cztery kontrakty byłyby obsługiwane przez pana Romualda C. (...). Możliwa jest także sytuacja, iż wszystkie 6 kontraktów na roboty budowlane będzie obsługiwał jako Kierownik Przeglądu Dokumentacji pan Romuald C.” (...). Pierwszy wariant obejmuje sytuację, w której pan Ireneusz Z. będzie pełnił funkcję Kierownika Przeglądu Dokumentacji wyłącznie w zakresie dwóch projektów (przetargów), przy czym jednocześnie pan Romuald C. będzie pełnił funkcję Kierownika Przeglądu Dokumentacji w zakresie czterech projektów (przetargów). Drugi wariant obejmuje z kolei sytuację, że pan Romuald C. będzie pełnił samodzielnie funkcję Kierownika Przeglądu Dokumentacji jednocześnie dla wszystkich sześciu przetargów. Art. 2 pkt 7 ustawy Pzp podaje, że „oferta wariantowa to przewidująca odmienny niż określony przez

8

zamawiającego sposób wykonania zamówienia." Doktryna przyjmuje, że oferta wariantowa może dotyczyć na przykład odmiennych rozwiązań technicznych czy rodzaju stosowanych materiałów (zob. E. Norek (w:) Prawo zamówień publicznych. Komentarz Warszawa 2005, s. 129). Zamawiający w pkt 5 SIWZ zastrzegł, że nie przewiduje składania ofert wariantowych, oferta konsorcjum Kolmen, w ocenie odwołującego - jako wariantowa powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Ponadto wskazywał, że zgodnie z postanowieniami SIWZ osoby wymienione w ofercie w Stałym Zespole Inżyniera miały pozostawać do pełnej dyspozycji zamawiającego z dniem podpisania umowy na nadzór, przy czym zamawiający dopuścił równoległą pracę osób Stałego Zespołu Inżyniera na wcześniejszych umowach tylko, jeżeli dotyczą one okresu zgłaszania wad, co oznacza konieczność, aby Kierownik Przeglądu Dokumentacji, odznaczał się pełną dyspozycyjnością. Tymczasem, co zostało pominięte przez zamawiającego na etapie oceny ofert, osoba wskazana przez konsorcjum Kolmen do pełnienia funkcji Kierownika Przeglądu Dokumentacji tj. p. Ireneusz Z., według wiedzy odwołującego prezentowanej podczas rozprawy przed KIO w dniu z dnia 4 maja 2011 roku, sygn. akt KIO 827/11 i potwierdzonej przez pełnomocnika konsorcjum Kolmen pana Kazimierza Z., jest osobą mocno zaangażowaną w działalność kilku podmiotów, co oznacza, według odwołującego, że jego dyspozycyjność w celu realizacji przedmiotowego zamówienia może być ograniczona. Odwołujący informował, że z odpisu z rejestru przedsiębiorców KRS wynika, że pan Ireneusz Z. jest właścicielem spółki „Biuro Projektów Kolejowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie, w której jednocześnie jest prezesem zarządu. Z informacji uzyskanych z publicznie dostępnej strony internetowej spółki „Bukol” Spółka jawna z siedzibą w Lublinie wynika także, że pan Ireneusz Z. wchodzi w skład dyirekcji ww. podmiotu. Pan Ireneusz Z. działa także jako wspólnik (partner) Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego „Bumat.” Na podstawie oświadczeń pełnomocnika konsorcjum Kolmen - pana Kazimierza Z., złożonych w trakcie rozprawy z dnia 4 maja 2011 r. wiadomo także, że pan Ireneusz Z. wykonuje wiele zleceń, w tym w szczególności pochodzących od spółki SGS Czech Republic s.r.o. Zgodnie zaś z oświadczeniem konsorcjum Kolmen z dnia 19 maja 2011 roku, „stosunek prawny łączący firmę SGS Czech Republic s.r.o. z panem Ireneuszem Z. ma charakter zobowiązaniowy.” Jako dowód przywołał protokół z rozprawy z dnia 4 maja 2011 r. o sygn. akt KIO 827/11. Z przedstawionych powyżej okoliczności, odwołujący wywiódł wniosek, że pan Ireneusz Z. nie spełnia wymogów dotyczących pełnej dyspozycyjności osoby, która ma pełnić funkcję Kierownika Przeglądu Dokumentacji, zaś konsorcjum Kolmen nie przedstawiło żadnych dokumentów potwierdzających pełną dyspozycyjność pana Ireneusza Z., w związku z czym uzasadnionym jest odrzucenie oferty konsorcjum Kolmen na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Następnym stawianym zarzutem,

9

dotyczył niezłączenia do oferty dokumentu, z którego wynika, że konsorcjum Kolmen ma prawo dysponowania osobą pana Ireneusza Z. do pełnienia funkcji Kierownika Przeglądu Dokumentacji. Wskazywał, że zgodnie z oświadczeniem konsorcjum Kolmen z dnia 19 maja 2011 roku, „(...) stosunek prawny łączący firmę SGS Czech Republic s.r.o. z panem Ireneuszem Z. ma charakter zobowiązaniowy. Jego treścią jest zobowiązanie pana Zyski do „pozostawiania do całkowitej dyspozycji tej spółki w zakresie realizacji przez tę spółkę - w jakiegokolwiek formie i zakresie - zadania pn. „Pełnienie nadzoru nad modernizacją linii kolejowej E30/C-E30 odcinek Kraków – Rzeszów” z prawem do dalszego rozporządzania jego osobą w powyższym zakresie przez spółkę SGS Czech Republic s.r.o.” Zdaniem odwołującego, stosunek zobowiązaniowy, o którym mówi konsorcjum Kolmen, nie został w żaden sposób udokumentowany przez tego wykonawcę. Jak wskazał powyżej, pan Ireneusz Z. pełni funkcje zarządzające jako dyrektor spółki „Bukol” Spółka jawna z siedzibą w Lublinie, jest wspólnikiem oraz członkiem Zarządu spółki „Biuro Projektów Kolejowych” Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, a także działa jako wspólnik (partner) Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego „Bumat.” Zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, zdanie drugie, wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie podmiotów, na których wiedzy i doświadczeniu będzie polegał, do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Przepis ten nie określa minimalnej treści takiego zobowiązania, formułuje jednak konieczność

udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Musi to być zobowiązanie do realnego przekazania, połączonego z określoną formą zaangażowania w wykonanie zamówienia, a forma ta winna zostać określona już w treści tego zobowiązania (zob. wyrok KIO z dnia 8 marca 2011 roku w sprawie o sygn. akt KIO 365/11). SIWZ wymaga, by oferta zawierała pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (osoby zdolne do wykonania zamówienia) na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Na wykonawcy ciążył obowiązek wykazania zamawiającemu, że w zespole wykonawcy znajdują się osoby, które udostępni mu inny podmiot (zob. M. Stachowiak (w:) M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2010, wyd. IV). Wykonawca powinien także, zgodnie z treścią wyżej cytowanego wyroku KIO, udowodnić zamawiającemu, że osoba planowana na funkcję Kierownika Przeglądu Dokumentacji, w sposób realny współpracuje z podmiotem, który udostępni wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie oraz jaka jest jej dyspozycyjność. Powinna także wskazać rzeczywistą, realną i istniejącą podstawę prawną takiego dysponowania, nie zaś ogólnikowe stwierdzenia nie poparte jakimikolwiek dokumentami. Mając na uwadze powyższe, stwierdził, że dokument pn. „Zobowiązanie do udostępnienia zasobów w rozumieniu art. 26 ust. 2 b Pzp”

10

sporządzony przez pełnomocnika SGS Czech Republic s.r.o. nie stanowi dowodu na to, że spółkę SGS Czech Republic s.r.o. wiąże z panem Ireneuszem Z. stosunek zobowiązaniowy. Dokument powyższy został bowiem sporządzony w celu przedłożenia go przez konsorcjum Kolmen jako potwierdzenie warunku, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Pzp, nie zaś w celu udowodnienia istnienia stosunku zobowiązaniowego pomiędzy spółką SGS Czech Republic s.r.o. a panem Ireneuszem Z., skoro z innych publicznie dostępnych dokumentów wynika, że pan Ireneusz Z. jest zatrudniony w trzech firmach, w tym w dwóch pełni funkcje zarządzające jako prezes zarządu i dyrektor. Złożone przez konsorcjum Kolmen oświadczenie podmiotu trzeciego (SGS Czech Republic s.r.o.) nie określa także w żaden sposób formy i zakresu udostępnienia wiedzy pana Ireneusza Z., jest więc w ocenie odwołującego, niewystarczające w świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Podkreślał, że zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dowód na istnienie stosunku zobowiązaniowego pomiędzy spółką SGS Czech Republic s.r.o. a panem Ireneuszem Z. leży po stronie wykonawcy, gdyż zgodnie z przepisem ustawy - to wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Zamawiający nie był zatem zobowiązany do wyjaśnienia powyższej kwestii, co więcej w przekonaniu odwołującego - nie był zobowiązany nawet do wpisywania tego wymogu w SIWZ, gdyż obowiązek ten wynika bezpośrednio z przepisów Pzp. Stwierdził, że do oferty nie został dołączony dokument potwierdzający istnienie stosunku zobowiązaniowego pomiędzy SGS Czech Republic s.r.o. oraz panem Ireneuszem Z., w związku z czym konsorcjum Kolmen nie udowodniło zamawiającemu, że dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Brak dowodów na powyższą okoliczność, uzasadnia zdaniem odwołującego, powinność podjęcia przez zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty konsorcjum Kolmen w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem dopuszczenie możliwości wykazania dysponowania zasobami innego podmiotu, skutkiem złożenia zobowiązania niezawierającego elementów potwierdzających faktyczne istnienie stosunku zobowiązaniowego między podwykonawcą a osobą trzecią, prowadziłoby do dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawcy niedysponującego zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, co byłoby oczywiście sprzeczne z celem normy określonej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucał, że konsorcjum Kolmen nie potwierdziło w odpowiedni sposób wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, co najmniej jednej usługi o wartości 10 000 000,00 PLN, polegającej na prowadzeniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie modernizacji, przebudowy lub budowy linii kolejowej, a w szczególności nie przedstawiło dokumentu potwierdzającego, że usługa ta została wykonana należycie. W ofercie konsorcjum Kolmen brak jest ponadto pisemnego zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (wiedzy i doświadczenia) na okres korzystania z nich określającego sposób przekazania doświadczenia, które jest niezbędne

11

do wykonania zamówienia, zgodnie z pkt 9.1.3. SIWZ. Referencje wystawione dla spółki SGS Czech Republic s.r.o. przez Koleje Republiki Słowackiej, Bratysława „ZSR” w przedmiocie sprawowania budowlano-technicznego nadzoru inwestorskiego nad zadaniem: Modernizacja Linii kolejowej Trnawa-Nowe Miasto nad Vahom w km 47,500 - 100,500 do prędkości 160 km/h - II Etap” i użyte określenia mimo, że zgodne z dyrektywą UE w sprawie zamówień publicznych, dowodzą według odwołującego, wyłącznie tego, że spółka SGS Czech Republic s.r.o. na wymienionej budowie nie dopuściła się istotnych naruszeń obowiązków zawodowych ani niezgodności z umową. Z powyższego wynika a contrario, że spółka SGS Czech Republic s.r.o. dopuściła się naruszeń obowiązków zawodowych innych niż istotne oraz w takim samym zakresie dopuściła się naruszeń związanych z realizacją umowy. Biorąc pod uwagę powyższe sformułowania w referencjach wystawionych przez Koleje Republiki Słowackiej, Bratysława „ZSR” w dniu 12 lipca 2010 r., odwołujący stwierdził, że nie spełniają one wymogów określonych w pkt 9.1.3. SIWZ, w świetle których referencje te powinny stanowić dowód na to, że świadczone przez wykonawcę usługi zostały wykonane należycie. Podkreślił, że okoliczność, iż spółka SGS Czech Republic s.r.o. dopuściła się naruszeń obowiązków zawodowych innych niż istotne oraz w takim samym zakresie dopuściła się naruszeń związanych z realizacją umowy - przemawia za uznaniem, że realizowane przez nią usługi nie zostały wykonane należycie. W związku z powyższym dokument referencji przedstawiony przez SGS Czech Republic s.r.o., zdaniem odwołującego, nie spełnia wymagań pkt 9.1.3. SIWZ, a zatem oferta konsorcjum Kolmen powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazywał, że dokumenty potwierdzające, spełnienie przez konsorcjum Kolmen warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8.4.1 SIWZ były uzupełniane w dniu 3 kwietnia 2011 r. na wezwanie zamawiającego z dnia 30 marca 2011 r. Na dowód powołał pismo konsorcjum Kolmen z dnia 3 kwietnia 2011 r. Podnosił również, że zgodnie z dokumentem pn. „Zobowiązanie do udostępnienia zasobów w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp” sporządzonym dnia 21 listopada 2010 r. spółka SGS Czech Republic s.r.o. zobowiązała się oddać do dyspozycji konsorcjum Kolmen „udział w wykonywaniu odpowiedniej części zamówienia. Mając na uwadze okoliczność, że spółka SGS Czech Republic s.r.o. oddała do dyspozycji konsorcjum Kolmen niezbędne zasoby (wiedzę i doświadczenie) na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia tj. wykonanie w okresie maj 2006 - sierpień 2009 usługi nadzoru budowlanego na obiekcie „Modernizacja linii kolejowej Trnawa - Nowe Miasto nad Vahom w km 47,500 - 100,500 do prędkości 160 km/h - II Etap,” powinna w sposób istotny sprawować nadzór inwestorski, służyć radą, przekazać „know-how” w zakresie realizacji zamówienia itd., gdyż w tym zakresie zobowiązała się pomóc w wykonywaniu przedmiotowego zamówienia. Tymczasem, ani z dokumentu pn. „Zobowiązanie do udostępnienia zasobów w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp” sporządzonego dnia 21 listopada 2010 r. ani z „Umowy zlecenia

podwykonania usługi” zawartej dnia 21 listopada 2010 r. w Warszawie pomiędzy SGS Polska Sp. z o.o. i SGS Czech Republic s.r.o. a konsorcjum Kolmen nie wynika, że SGS Czech Republic s.r.o. będzie wykonywała powyższą część zamówienia, tj. że będzie sprawowała nadzór inwestorski w niniejszym zamówieniu, służyła radą, przekazała „know-how” w zakresie realizacji zamówienia itd. Jak wynika z umowy zlecenia podwykonania usługi zawartej dnia 21 listopada 2010 r. pomiędzy SGS Polska Sp. z o.o. i SGS Czech Republic s.r.o. a Konsorcjum Kolmen, SGS Czech Republic s.r.o. nie może także powierzyć tych czynności osobom trzecim. Odwołujący stwierdził, że udział SGS Czech Republic s.r.o. w realizacji zamówienia wynosić będzie zaledwie 2,94 % (biorąc pod uwagę zakres zleceń przewidziany w „Umowie zlecenia podwykonania usługi” zawartej dnia 21 listopada 2010r. określony w § 3 ust. 1 tejże umowy. Wielkość powyższą odwołujący wyliczył jako proporcję kwoty 566 720,00 złotych (pochodzącej z wyjaśnień konsorcjum Kolmen przekazanych w toku postępowania) do wartości 19 224 504,00 złotych i przy założeniu, że pan Ireneusz Z. będzie pełnił funkcję Kierownika Przeglądu Dokumentacji nie tylko co do dwóch ale co do wszystkich projektów (przetargów). Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 8 marca 2011 r. sygn. akt KIO 356/11 „(...) należy uznać, że udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, zwłaszcza zasobów nierozzerwalnie związanych z podmiotem udostępniającym (a do takich należy wiedza i doświadczenie), musi łączyć się z określonym zaangażowaniem podmiotu udostępniającego w realizację umowy. Co do zasady zaangażowanie to może przybrać różnorakie formy, w tym również przekazania know-how,

konsultacje, doradztwo, co nie jest tożsame z udziałem w realizacji zamówienia sensu stricto. To, jaka forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia, powinno być oceniane w odniesieniu do konkretnego zamówienia, jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów (...)." Mając na uwadze, że udostępnione przez SGS Czech Republic s.r.o. zasoby, a więc wiedza i doświadczenie w zakresie prowadzenia nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi w zakresie modernizacji, przebudowy lub budowy linii kolejowej, o wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł., gdzie usługa ta powinna dotyczyć robót budowlanych, których łączna wartość zakończonych i odebranych świadectwem przejęcia robót wynosi co najmniej 200 000 000,00 zł, o których mowa w pkt 8.4.1. SIWZ stanowią jeden z najbardziej istotnych w niniejszym zamówieniu warunków udzielenia zamówienia, na podstawie powyżej cytowanego orzeczenia KIO, odwołujący uznał, że zakres powierzenia realizacji niniejszego zamówienia spółce SGS Czech Republic s.r.o. nie jest wystarczający, w związku z czym nie gwarantuje on prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia, o której mowa w SIWZ.

13

Odnosząc się z kolei do zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Kolmen w związku z tym, że stanowi ona czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podkreślił, że pismo Lubelskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 21 stycznia 2011 r. zostało poświadczane za zgodność z oryginałem w dniu 22 listopada 2010 r. w związku z czym powziął wątpliwość co do dysponowania przez konsorcjum Kolmen spółką SGS Czech Republic s.r.o. w dniu składania ofert w niniejszym postępowaniu. Zaznaczał, że kwestia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to między innymi dysponowanie w chwili składania oferty zasobami innych podmiotów oraz wykazanie się na dzień składania oferty wymaganymi przez SIWZ kwalifikacjami i uprawnieniami osób przeznaczonych do realizacji zamówienia. Zgodnie z pkt 9.1.4. SIWZ potwierdzeniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia miały być informacje na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia pana Ireneusza Z. Potwierdzeniem informacji określonych w załączniku B „Wykaz osób, którymi będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” miało stać się oświadczenie Lubelskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa wystawione dnia 21 stycznia 2011 r., które zostało potwierdzone za zgodność z oryginałem w listopadzie 2010 r., a więc na dwa miesiące przed powstaniem oryginału. Nie zgodził się ze stanowiskiem konsorcjum Kolmen zaprezentowanym w piśmie z dnia 19 maja 2011 r. jakoby „przedmiotowy dokument został złożony omyłkowo.” Stwierdził, że dokument powyższy nie mógł zostać złożony omyłkowo, bowiem dotyczył osoby, udostępniającej swoją wiedzę i doświadczenie w ramach przedmiotowego postępowania oraz potwierdzał on jej kwalifikacje uzyskane w 1974 r. do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie po wejściu w życie art. 104 ustawy Prawo budowlane. Brak tego poświadczenia mógłby spowodować powstanie wątpliwości, czy uprawnienia budowlane uzyskane przez pana Ireneusza Z. w tym roku pozostają ważne i skuteczne po nowelizacji tej ustawy. Zaznaczył, że dokument potwierdzający posiadane przez pana Ireneusza Z. ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej został załączony do pisma z dnia 19 maja 2011 r. Okoliczności te przemawiają, w ocenie odwołującego za tym, że dokumenty powyższe nie zostały dołączone do oferty omyłkowo - wykonawca chciał dołączyć w/w dokumenty do oferty oraz w pełni świadomie to zrobił. Jako dowód podał: oświadczenie Lubelskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa wystawione dnia 21 stycznia 2011 r. Zaświadczenie Lubelskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa wystawione dnia 28 stycznia 2010 r. Zaznaczał, że potwierdzenie za zgodność z oryginałem powinno dawać pewność, że kopia dokumentu załączona do oferty jest wierna oryginałowi (w zakresie postępowania dowodowego). W związku z powyższym fakt, że oświadczenie Lubelskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa wystawione dnia 21 stycznia 2011 r. zostało

14

potwierdzone za zgodność z oryginałem w listopadzie 2010 r. może między innymi

świadczą o tym, że w dniu składania ofert konsorcjum Kolmen nie dysponowało wiedzą i doświadczeniem spółki SGS Czech Republic s.r.o., a zatem nie spełniało warunków określonych w SIWZ. W powyższym przypadku oświadczenie Lubelskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa wystawione dnia 21 stycznia 2011 roku i potwierdzone za zgodność z oryginałem w listopadzie 2010 roku budzi wątpliwość nie tylko co do dysponowania w dniu składania ofert osobą pana Ireneusza Z., ale także innymi zasobami, które SGS Czech Republic s.r.o. zobowiązała się udostępnić konsorcjum Kolmen w piśmie pn. „Zobowiązanie do udostępnienia zasobów w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp,” a więc w szczególności wiedzy i doświadczenia w zakresie prowadzenia nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie modernizacji, przebudowy lub budowy linii kolejowej, o czym mowa w pkt 8.4.1 SIWZ. Na podstawie złożonego wraz z ofertą oświadczenia Lubelskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 21 stycznia 2011 r., potwierdzonego za zgodność z oryginałem dnia 22 listopada 2010 r. stwierdził, że konsorcjum Kolmen w chwili składania oferty nie spełniło wymagań SIWZ dotyczących wykazania dysponowania zasobami spółki SGS Czech Republic s.r.o. oraz wykazania kwalifikacji i uprawnień pana Ireneusza Z. przeznaczonego do pełnienia funkcji Kierownika Przeglądu Dokumentacji. Złożone w dniu 3 kwietnia 2011 r. oświadczenie podpisane przez pana Jarosława S. nie wskazuje jakiej osoby wymienionej w ofercie dotyczy przedmiotowy dokument. Oświadczenie z dnia 22 listopada 2010 r. konsorcjum Kolmen zawiera treść mówiącą, że wskazany w ofercie (a więc jeden) Kierownik Przeglądu Dokumentacji, który będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiada wymagane uprawnienia. Z treści dokumentu nie wynika, której osoby dotyczy, ponieważ konsorcjum w wyniku uzupełnień wskazało dwóch Kierowników Przeglądu Dokumentacji. Oświadczenie, zadaniem odwołującego, jest nieważne. Z powyższego wywodził, że konsorcjum Kolmen nie złożyło wymaganego w pkt. 9.1.4 c SIWZ oświadczenia potwierdzającego posiadanie uprawnień przez osoby wymienione w tabeli w pkt. 8.4.2 (lp. 2 oraz 7), pomimo wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia ww. dokumentów pismem z dnia 30 marca 2011 r. oraz w świetle przedstawionych przez konsorcjum Kolmen uzupełnień (tj. w szczególności wykazania dodatkowo - wariantowo osoby pana Ireneusza Z. do pełnienia funkcji Kierownika Przeglądu Dokumentacji). Podkreślił, że wymagane uprawnienia przypisane są do konkretnych osób wymienionych przez wykonawcę w ofercie, zaś oświadczenie jest potwierdzeniem, że osoby te posiadają właściwe kwalifikacje zawodowe. Na marginesie zauważył, że konsorcjum Kolmen w piśmie z dnia 19 maja 2011 r. nie odpowiedziało na pytanie nr 3 zadane przez zamawiającego w piśmie z dnia 17 maja 2011 r., bowiem w żaden sposób nie ustosunkowało się do kwestii „jak jest możliwe potwierdzenie za zgodność z oryginałem” oświadczenia Lubelskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z datą wsteczną. Wypowiedź konsorcjum Kolmen, że pismo zostało

złożone omyłkowo nie stanowi odpowiedzi na powyższe pytanie, co zamawiający zignorował podejmując decyzję o wyborze oferty tego wykonawcy, nie bacząc także na powinność formalnej oceny przedstawionych przez tego wykonawcę dokumentów i informacji. Zaznaczał przy tym, że uwzględnienie przez zamawiającego oferty konsorcjum Kolmen zawierającej w/w braki spełnienia warunków SIWZ oraz jednocześnie niewiarygodnej, w istotny sposób naruszyło zasady rzetelnej oceny ofert przez zamawiającego, co stanowi w istocie nadużycie prawa i naruszenie zasad współżycia społecznego, co w świetle art. 5 K.c., mającego zastosowanie w niniejszym postępowaniu na podstawie art. 14 ustawy Pzp, jest niedopuszczalne. W przypadku gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła wyżej przytoczonej argumentacji, odwołujący zwracał uwagę, że czyn potwierdzenia za zgodność z oryginałem dokumentu tj. pisma Lubelskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 21 stycznia 2011 r. poświadczającego za zgodność z oryginałem w dniu 22 listopada 2010 r., może być zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta bądź narusza ten interes. Potwierdzenie za zgodność z oryginałem dokumentu z datą, kiedy jeszcze nie istniał, należy zakwalifikować nie tylko jako działanie sprzeczne z prawem ale także z dobrymi obyczajami, które naruszyło interes odwołującego. Zauważył, że zarówno konsorcjum Kolmen jak i odwołujący są konkurentami w niniejszym postępowaniu, a zatem współzawodniczą w zakresie udzielenia przedmiotowego zamówienia. Przez wybór oferty zawierającej dokument niewiarygodny,

sprzeczny z prawem i z dobrymi obyczajami zamawiający doprowadził do nierzetelności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zagrożenia dla bezpieczeństwa obrotu prawnego, co w istocie naruszyło prawo oraz dobre obyczaje oraz interes odwołującego. W związku z powyższym, złożenie przez konsorcjum Kolmen pisma Lubelskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 21 stycznia 2011 r. poświadczonego za zgodność z oryginałem w dniu 22 listopada 2010 r. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji a w związku z tym oferta konsorcjum Kolmen, zdaniem odwołującego, powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie odwołującego, pismo konsorcjum Kolmen z dnia 19 maja 2011 r. nie dostarczyło odpowiedzi na zadane przez zamawiającego pytania, a także nie uzupełniło braków spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu, które zostały w sposób szczegółowy wyliczone w niniejszym odwołaniu. Prawidłowo złożona odpowiedź winna być szczegółowa i jednoznaczna, a z argumentów przytoczonych przez konsorcjum Kolmen w piśmie z dnia 19 maja 2011 roku nie można wnioskować, że:

16

- 1) SIWZ oraz OPZ dopuszczają możliwość wskazania kilku osób na stanowisko Kierownika Przeglądu Dokumentacji;
- 2) przez to, że do pełnienia funkcji Kierownika Przeglądu Dokumentacji konsorcjum Kolmen wskazało pana Ireneusza Z. do dwóch projektów tj. przetargów nr 1.1 i 1.2 oraz pana Romualda C. do czterech projektów tj. przetargów nr 1.3, 2.1, 2.2 oraz 2.3 albo pana Romualda C. do wszystkich sześciu przetargów o numerach 1.1, 1.2, 1.3, 2.1, 2.2 oraz 2.3, oferta konsorcjum Kolmen nie jest ofertą wariantową;
- 3) pan Ireneusz Z. zatrudniony w trzech podmiotach będzie osobą w pełni dyspozycyjną zgodnie z wymogami SIWZ;
- 4) w związku z tym, że konsorcjum Kolmen nie przedstawiło żadnego dokumentu potwierdzającego stosunek zobowiązaniowy między panem Ireneuszem Z. a spółką SGS Czech Republic s.r.o., konsorcjum Kolmen ma prawo dysponowania osobą pana Ireneusza Z. w niniejszym postępowaniu;
- 5) konsorcjum Kolmen przekazało zgodne z wymaganiami SIWZ referencje, tj. że usługa polegająca na prowadzeniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie modernizacji, przebudowy lub budowy linii kolejowej została wykonana należycie;
- 6) konsorcjum Kolmen przekazało zgodne z prawem i dobrymi obyczajami dokumenty, w tym w szczególności pismo Lubelskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 21 stycznia 2011 r. poświadczonego za zgodność z oryginałem w dniu 22 listopada 2010 r., potwierdzające kwalifikacje pana Ireneusza Z.

Odwołujący podkreślał, że zgodnie z art. 6 K.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W związku z powyższym to konsorcjum Kolmen powinno przedstawić dowody, które jednoznacznie świadczyłyby o tym, że oferta spełnia warunki określone w SIWZ oraz jest zgodna z prawem i dobrymi obyczajami i nie narusza interesu odwołującego, a zatem nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zaznaczył, że w orzecznictwie Zespołu Arbitrów dominuje pogląd, że nie tylko oferta wykonawcy, który nie złożył żadnych wyjaśnień, ale również tego, który złożył niepełne lub niedostateczne wyjaśnienia winna być odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21 listopada 2007 roku, UZP/ZO/0-1272/07). W związku z powyższym, utrzymywał, że dokonanie oceny i wybór oferty konsorcjum Kolmen pomimo tego, że była ona niekompletna, stanowiło nieobiektywne działanie zamawiającego co w sposób istotny naruszyło zasady uczciwej konkurencji. Z uwagi na wyczerpanie procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w powyższym zakresie, wykonawca - konsorcjum Kolmen nie może być ponownie wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu a zatem podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz SIWZ. Stosownie do art. 24 ust. 4 Pzp ofertę

17

naruszeń przepisów Pzp, iż miały istotny wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Pzp) skutkując bezpośrednio wyborem jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu, zamiast oferty odwołującego, wnosił jak na wstępie. Załączył dowody wskazane w treści odwołania, jak: wezwanie zamawiającego z dnia 17 maja 2011 r., pismo konsorcjum Kolmen z dnia 19 maja 2011 r., pismo konsorcjum Kolmen z dnia 3 kwietnia 2011 r., oświadczenie pana Jarosława S. o udostępnieniu zasobu SGS, poświadczenie z dnia 22 listopada 2010 r. przez konsorcjum Kolmen pisma Lubelskiej Izby Inżynierów, itd.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 13 czerwca 2011 r., pismem złożonym w dniu 15 czerwca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w kopii przesłanym stronom, do postępowania odwoławczego przystąpił wybrany wykonawca: Firma Menadżersko Konsultingowa Kolmen Sp. z o. o. z siedzibą w Lublinie, Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Hurtkol Sp. z o.o., zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, powołując się na interes, aby czynności zamawiającego wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej zostały zachowane. Wnosił w pierwszej kolejności o odrzucenie odwołania względnie o jego oddalenie. W uzasadnieniu podał, że odwołanie podlega odrzuceniu, albowiem wniesione zostało z naruszeniem 10-dniowego terminu, od kiedy odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach je uzasadniających. Przystępujący wskazywał, że wszystkie okoliczności faktyczne stanowiące podstawę odwołania przedstawione zostały przez samego odwołującego już podczas rozprawy przed KIO w dniu 4 maja 2011 r. sygn. akt KIO 827/11, bądź wynikały z treści załączników do protokołu postępowania w postaci wyjaśnień przystępującego Kolmen pismami z dnia 3 kwietnia 2011 r. oraz 19 kwietnia 2011 r. Ponieważ zamawiający w myśl przytaczanych w odwołaniu przepisów Pzp obligatoryjnie odrzuca, nie zaś fakultatywnie może odrzucić ofertę nie potwierdzającą spełniania warunków udziału, odwołujący w terminie 10 dni od zaniechania dokonania tej czynności winien był wnieść odwołanie od zaniechania. W ocenie przystępującego, nie zasługuje na akceptację pogląd, iż odwołanie przysługuje wyłącznie od działań, tj. czynności zamawiającego. Odwołujący jako podmiot w pełni profesjonalny winien mieć to na uwadze, a dodatkowo zainteresowany przedmiotowym zamówieniem i niczym nie ograniczony w prawie wglądu w akta postępowania, winien wykazywać w tym zakresie zainteresowanie i inicjatywę. Przyjmując hipotetycznie, że zamawiający w analogicznych okolicznościach po rozprawie z dnia 4 maja 2011 r. w ogóle nie podejmuje żadnych działań, dla nadania dalszego biegu postępowaniu, bezwzględnie koniecznym byłoby wniesienie odwołania na zaniechanie, a 10-dniowy termin musiałby być liczony od chwili doręczenia zamawiającemu uzasadnienia wyroku KIO. Po bezskutecznym upływie

18

tegoż terminu koniecznym byłoby uznanie, iż wyczerpał się tryb zaskarżenia statutowany przepisami Pzp, a wniesienie odwołania w terminie późniejszym powodowałoby konieczność jego odrzucenia. Nie zasługiwałby w takich okolicznościach na aprobatę pogląd, iż dla odwołującego 10-dniowy termin ustawowy liczy się dopiero po upływie dalszego dowolnego czasu, kiedy to stało się oczywistym, iż działań ze strony zamawiającego nie będzie. Tym samym tylko i wyłącznie od wniesienia odwołania od zaniechania zależałby dalszy byt postępowania. Powyższe ilustruje w opinii przystępującego, jak istotna i konieczna jest dbałość wykonawcy w śledzeniu zaniechań zamawiającego, a także iż pozbawione podstaw jest zwlekanie w oczekiwaniu, aż zamawiający podejmie jakąkolwiek decyzję - w ocenie odwołującego z góry błędną (skoro w konsekwencji i tak stawia się wyłącznie zarzuty zaniechania). Podkreślił, iż zarzutami niniejszego odwołania są zaniechania zamawiającego, a nie jego działanie. Tym samym odwołujący winien w uzasadnieniu dochowania terminu podać, dlaczego w jego ocenie zaniechanie, od którego liczy się 10-dniowy termin nastąpiło właśnie w dniu 31 maja 2011 r. W ocenie przystępującego było przeciwnie, - w dniu 31 maja 2011 r. miało miejsce działanie, czyli czynność zamawiającego, nie zaś zaniechanie. Zamawiający w niniejszym postępowaniu zastosował się do wyroku Izby. Badając ofertę przystępującego wezwał go do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i wyjaśnienia otrzymał w otwartym do 20 maja 2011 r. terminie. Wyboru oferty dokonał w dniu 31 maja 2011 r. Skoro jednak, zdaniem odwołującego oferta oceniona w całokształcie podlegała odrzuceniu, zarzucając zamawiającemu zaniechanie tej czynności odwołujący winien był wnieść odwołanie najpóźniej w dniu 1 czerwca 2011 r. Tym bardziej, iż większa

część podnoszonych obecnie okoliczności stała mu się wiadoma znacznie wcześniej, bo już podczas rozprawy w dniu 4 maja 2011 r. Nadmieniał, iż rozprawa odbyła się nie tylko przy udziale pełnomocnika procesowego odwołującego, ale i w obecności jego pracowników, co wystarczające jest dla przyjęcia, iż oświadczenia oraz fakty stały się w tym dniu wiedzą odwołującego. Stąd w ocenie przystępującego, odwołanie złożone zostało z naruszeniem ustawowego terminu i jako takie podlega odrzuceniu.

Niezależnie od powyższego, odnosząc się merytorycznie do treści odwołania, uznał, że podlega ono także oddaleniu z uwagi na treść zarzutów, gdyż odwołujący dokonując oceny oferty przystępującego nie konfrontuje jej z treścią specyfikacji SIWZ, a ze swoim własnym o niej wyobrażeniem. Nie zgodził się z twierdzeniem, iż na stanowisko Kierownika Przeglądu Dokumentacji wymagana była maksymalnie jedna osoba, skoro z treści SIWZ literalnie wynika, iż ma to być „minimum po jednej osobie.” Wykładnię celowościową SIWZ - uczynioną przez odwołującego poczytał za niedopuszczalną, skoro treść SIWZ jest literalnie jednoznaczna i zrozumiała. Przyjął, że nie zasługuje na aprobatę pogląd, iż pełnomocnik procesowy zamawiającego podczas rozprawy 4 maja 2011 r. mógł skutecznie sprostować, wyjaśnić, czy tym bardziej zmienić treść SIWZ. Taki tryb jest bowiem nieznanym ustawie Pzp.

19

Analogicznie niepodobna uznać, że pełnomocnik przystępującego na rzeczowej rozprawie swoimi oświadczeniami „uzupełnił” ofertę, gdyż ustawa nie przewiduje w ogóle uzupełniania oferty, a jedynie wyjątkowo - uzupełnianie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3. Także dalsze zarzuty, w ocenie przystępującego, pozostają dla sprawy indyferentne w świetle treści ustawy Pzp. Twierdzenie, jakoby oferta przystępującego winna zostać odrzucona z powodu rzekomo wadliwego zaświadczenia Okręgowej Izby Inżynierów odnośnie pana Ireneusza Z. jest pozbawione podstaw, albowiem takie zaświadczenie w ogóle w niniejszym postępowaniu nie było wymagane. Niecelowe jest zatem dokonywanie pogłębionych analiz co do treści tegoż dokumentu, skoro nie mógł on stanowić legalnej podstawy dla oceny, czy oferta potwierdza albo nie potwierdza spełniania warunków udziału w tymże postępowaniu. Dywagacje na temat stanu dyspozycyjności pana Ireneusza Z. uznał również za niecelowe. Fakt posiadania udziałów czy akcji w jakiegokolwiek spółce oczywiście nie stanowi o braku dyspozycyjności danej osoby. Podobnie funkcja właściciela przedsiębiorstwa, czy nawet członka jej zarządu. Obowiązkiem członka zarządu w świetle k.s.h. jest prowadzenie spraw spółki, a nie pełnoetatowa w niej praca. Tym samym obawy odwołującego uznał za pozbawione racji. Nadto wskazał, że pan Ireneusz Z. nie jest jedyną osobą, którą przystępujący wskazał na stanowisko Kierownika Przeglądu Dokumentacji, W załączniku do swej oferty przystępujący pod pozycją nr 1 zaproponował na to stanowisko pana Romuła C., który już pozostaje do całkowitej dyspozycji przystępującego bez żadnych ograniczeń i oczywiście spełnia wszelkie określone w SIWZ wymagania, dodatkowo nie stawia mu się zarzutu uczestnictwa w innych spółkach. Pomijanie tego faktu przez odwołującego poczytał jako niezrozumiałe. Powołał się na pogląd doktryny i orzecznictwa, że wykonawca może wykazywać spełnianie warunków udziału w postępowaniu kilkoma doświadczeniami czy kilkoma osobami w myśl zasady *a minori ad maius*. Tym samym zaprzeczył twierdzeniom, że została złożona oferta wariantowa, a jedynie stanowiący załącznik do oferty wykaz osób, zawierający więcej niż jedną pozycję. Podobnie wskazał, iż poglądy odwołującego odnośnie udostępnienia zasobów przez SGS Czech Republic s.r.o. nie zasługują na aprobatę. W szczególności, iż udział tej spółki w wykonaniu zamówienia ma być iluzoryczny. Czyniąc swoje rachunki, odwołujący udział ten (wynoszący rzekomo 2,94%) sprowadził wyłącznie do wynagrodzenia pana Zyski. Uważniejsza lektura dokumentu udostępnienia pozwala natomiast dostrzec, że zamówienie będzie realizowane przede wszystkim w oparciu o zasoby osobowe tegoż podmiotu, albowiem obok pana Zyski SGS Czech Republic s.r.o. udostępni przystępującemu także część personelu zmiennego, Dodatkowo, argument odwołującego o konieczności sprawowania przez tę spółkę „nadzoru inwestorskiego, służenia radą, przekazania „know-how” uznał za niczym nie poparte wyobrażenie odwołującego o tym, jak powinien wyglądać udział SGS w wykonaniu zamówienia. W przedmiotowej sprawie udział SGS polegał będzie na zapewnieniu części zespołu

20

zmiennego oraz Kierownika Przeglądu Dokumentacji. Co podkreślał sam odwołujący, pisząc, że najbardziej cennym jest tu kapitał ludzki. SGS nie posiada żadnego znanego przystępującemu „know-how,” stąd nie ma potrzeby, aby się nim dzieliła. Polemikę z treścią referencji wystawionych spółce SGS przyjął jako opartą na niczym nie popartym wyobrażeniu odwołującego o tym, jak dokument referencji powinien wyglądać. Wskazał, iż w Republice Czeskiej, podobnie jak w RP nie obowiązuje określony wzór dokumentu referencyjnego, jak i schemat jego treści. Treść referencji każdorazowo badana ma być przez zamawiającego. Oczywistym jest, że wystawienie innemu podmiotowi referencji oznacza pozytywne skwitowanie z wykonania zobowiązania oraz polecenie jego usług innym podmiotom. Nie istnieje natomiast obowiązek wystawienia pozytywnych referencji wobec podmiotu nierzetelnego, czy takiego, który nienależycie wykonał zobowiązanie. A skoro tak, to za nieprawidłowe uznał stanowisko odwołującego, jakoby poświadczenie o braku istotnych naruszeń obowiązków zawodowych i niezgodności z umową oznaczało automatycznie, że musiały mieć miejsce inne, mniej doniosłe naruszenia. Przeprowadzone rozumowanie *a contrario* uznał jako obarczone błędem logicznym. Ponadto odwołujący podnosi powyższą okoliczność dopiero po kilku miesiącach od powzięcia o niej wiedzy, skoro dokument referencyjny zalega w aktach postępowania od kwietnia 2011 r. Przywołane argumenty, w opinii przystępującego, w żadnej mierze nie uzasadniają postawionych zarzutów zaniechania, a stanowią raczej generalną polemikę z treścią SIWZ, ofertą przystępującego i czynnością zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę: konsorcjum Kolmen: Firma Menadżersko Konsultingowa Kolmen Sp. z o. o. z siedzibą w Lublinie, Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A., Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe Hurtkol Sp. z o.o. Zamawiający nie uznał zarzutów odwołania, zatem nie zachodziły podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w trybie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

W oparciu o dokumentację akt niniejszej sprawy oraz akta postępowań odwoławczych w sprawach: sygn. akt KIO 471/11, sygn. akt 511/11, sygn. akt 827/11 oraz sygn. akt 857/11, które to dowody Izba dopuściła z urzędu w trybie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp, skład orzekający Izby rozpatrując sprawę na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania, ustalił co następuje.

Niniejsze odwołanie jest piątym, wniesionym w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wszczętym ogłoszeniem w dniu 5 października 2010 r. Pismem z dnia 25 lutego 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty konsorcjum Kolmen w składzie: Firma Menadżersko Konsultingowa Kolmen Sp. z o. o. z

21

siedzibą w Lublinie, Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Lublinie EXPOL S.A. z siedzibą w Lublinie, Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe Hurtkol Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie. W wyniku rozpatrzenia odwołania na czynność wyboru oferty konsorcjum Kolmen, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 marca 2011 r. sygn. akt KIO 471/11 nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum Kolmen i przeprowadzenie ponownej oceny i wyboru oferty, przy uwzględnieniu wskazań uzasadnienia, iż konsorcjum Kolmen winno zostać wezwane do uzupełnienia zakwestionowanych dokumentów podmiotowych, obrazujących wymaganą zdolność do realizacji zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia, która to obligatoryjna procedura nakazana ustawą Pzp, nie została wyczerpana (str. 36 i 37 uzasadnienia wyroku).

Uczestnikiem wymienionego postępowania odwoławczego na zasadzie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp był obecny odwołujący konsorcjum firm: Mott MacDonald.

Zamawiający wykonując wyrok Izby, pismem z dnia 30 marca 2011 r. wezwał konsorcjum Kolmen na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do „uzupełnienia brakujących dokumentów zgodnie z sentencją wyroku KIO w sprawie nr 471/11 z dnia 18 marca 2011 w terminie do 4.04.2011 r. W określonym terminie konsorcjum Kolmen przy piśmie z dnia 3 kwietnia 2011 r. złożyło, między innymi:

1. pełnomocnictwo udzielone spółce SGS Polska sp. z o.o. przez SGS Czech Republic s.r.o. w Pradze,
2. oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia SGS Czech Republic s.r.o. w Pradze

- oraz o braku podstaw do wykluczenia SGS Polska sp. z o.o. (poz. 2, 3 i 4 pisma),
3. zobowiązanie do udostępnienia zasobów wykonawcy przez SGS Czech Republic s.r.o. w Pradze,
4. kopię umowy zlecenia podwykonawstwa usług pomiędzy wykonawcą a SGS Czech Republic s.r.o. w Pradze oraz SGS Polska sp. z o.o.,
5. dokumenty rejestrowe SGS Czech Republic s.r.o. w Pradze i SGS Polska sp. z o.o., oraz dalsze dokumenty dotyczące braku podstaw do wykluczenia z postępowania,
6. załącznik nr 3 do oferty – wykaz osób, którymi będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, ze wskazaniem na stanowisko Kierownika Przeglądu Dokumentacji: pana Ireneusza Z., wraz z oświadczeniem wykonawcy, że wskazana osoba posiada wymagane kwalifikacje i oświadczeniem podmiotu udostępniającego, że osoba którą dysponuje ma wymagane kwalifikacje,
7. załącznik nr 4 do oferty: wykaz prac, czynności i zamówień wykonanych przez wykonawcę w wymaganym okresie,
8. kopie referencji Kolei Republiki Słowackiej dla podmiotu SGS Czech Republic s.r.o.,
9. oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie,

22

-
10. warunkową umowę o współpracy między wykonawcą a podmiotem udostępniającym SGS Czech Republic s.r.o.,

Pismem z dnia 12 kwietnia 2011 r. zamawiający powiadomił o wyborze oferty konsorcjum firm: Mott MacDonald oraz o wykluczeniu konsorcjum Kolmen z postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Podał, że powyższe spowodowane jest niewykazaniem przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu polegających na dysponowaniu wiedzą i doświadczeniem zgodnie z wymaganiami SIWZ. Zgodnie bowiem z sentencją wyroku KIO 471/11, wykonawca - konsorcjum Kolmen - nie może wykazać swojej zdolności do wykonania zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia na podstawie zobowiązania osoby trzeciej - Centralnego Biura Projektowo Badawczego Budownictwa Kolejowego „Kolprojekt” sp. z o.o. Jednocześnie uzupełnione dokumenty wskazujące na udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez osobę trzecią: SGS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ul. Bema 86 działającą w imieniu SGS Czech Republic s.r.o. (...) posiadają charakter warunkowy, uzależniający udostępnienie wiedzy i doświadczenia od wprowadzenia do oferty zmiany Kierownika Przeglądu Dokumentacji. Zdaniem zamawiającego uzupełnione dokumenty, wobec braku kwestionowania zarówno przez zamawiającego jak i przez KIO kwalifikacji dotychczasowego personelu podanego w ofercie przez konsorcjum Kolmen, świadczą o próbie zmiany treści oferty w zakresie niedopuszczalnym przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zapisami SIWZ. Przyjęcie przez zamawiającego zmian proponowanych w uzupełnionych dokumentach wykonawcy musiałoby być uznane za prowadzenie negocjacji.

W wyniku odwołania konsorcjum Kolmen od powyższej czynności, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 maja 2011 r. sygn. akt KIO 827/11 i 857/11 uwzględniła odwołanie o sygn. akt KIO 827/11 i nakazała unieważnienie czynności wykluczenia konsorcjum Kolmen z postępowania oraz nakazała przeprowadzenie ponownej oceny i wyboru ofert.

Uczestnikiem wymienionego postępowania odwoławczego na zasadzie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp był obecny odwołujący - konsorcjum firm: Mott MacDonald.

W treści uzasadnienia wymienionego wyroku, Izba odnosząc się do zarzutu, iż zamawiający nie wiedział w jakim celu złożone zostały poszczególne dokumenty, wskazała, że w takiej sytuacji powinien on skorzystać z procedury określonej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, który to przepis dotyczy również dokumentów uzupełnionych.

Wykonując powyższy wyrok, zamawiający pismem z dnia 17 maja 2011 r. zwrócił się do konsorcjum Kolmen o następujące wyjaśnienia:

- 1) Jaki jest charakter stosunku prawnego łączącego firmę SGS Czech Republic s.r.o. lub SGS Polska sp. z o.o. z panem Ireneuszem Z. i czy ten stosunek prawny

23

- upoważnia wzmiankowane firmy do dysponowania wymienioną osobą,
- 2) W oparciu o „Zobowiązanie do udostępnienia zasobów...” z dnia 21.11.2010r. podpisane przez pana Jarosława S. punkt 2 podpunkt f): które kontrakty (dokładnie) byłyby obsługiwane przez pana Ireneusza Z.,
 - 3) Jak jest możliwe potwierdzenie za zgodność z oryginałem z datą 22.11.2010r. dokumentu, który został wytworzony w dniu 21.01.2011r. (pismo Lubelskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa nr OKK-0059-0004(2)/11) oraz czy stan podany we wspomnianym dokumencie był taki sam w dniu otwarcia ofert.

W odpowiedzi na powyższe zapytanie konsorcjum Kolmen pismem z dnia 19 maja 2011 r. podało co następuje:

Ad. pytania nr 1: Stosunek prawny łączący firmę SGS Czech Republic s.r.o. z panem Ireneuszem Z. ma charakter zobowiązaniowy. Jego treścią jest zobowiązanie pana Z. do pozostawiania do całkowitej dyspozycji tej spółki w zakresie realizacji przez tę spółkę - w jakiegokolwiek formie i zakresie - zadania pn. Pełnienie nadzoru nad modernizacją linii kolejowej E 30/ C-E30 odcinek Kraków - Rzeszów, z prawem do dalszego rozporządzania jego osobą w powyższym zakresie przez spółkę SGS Czech Republic s.r.o. W związku z tym przedmiotowy stosunek prawny oczywiście upoważnia wyżej wskazaną spółkę do dysponowania osobą pana Ireneusza Z. Wbrew stanowisku prezentowanemu przez zamawiającego, które negatywnie zaopiniowała KIO w sprawie 827/11, udostępnienie i ewentualne wykorzystanie pana Zyski nie jest warunkiem skorzystania przez wykonawcę w zasobów SGS Czech Republic s.r.o. w pozostałym zakresie.

Ad. pytania nr 2. W oparciu o treść udostępnienia osoby pana Ireneusza Z. przez SGS Czech Republic s.r.o., przez pana Ireneusza Z. byłyby obsługiwane kontrakty dotyczące; odcinka Podłęże - Bochnia od km 16,000 do km 39,000 oraz odcinka Bochnia - Biadoliny od km 39,000 do km 61,300. Pozostałe cztery kontrakty byłyby obsługiwane przez pana Romualda C., który jest osobą oczywiście spełniającą warunki określone w SIWZ dla Kierownika Przeglądu Dokumentacji i pozostającą do naszej dyspozycji, w myśl złożonej oferty. Możliwa jest także sytuacja, iż wszystkie 6 kontraktów na roboty budowlane będzie obsługiwał jako Kierownik Przeglądu Dokumentacji pan Romuaid C. Wbrew twierdzeniom podnoszonym podczas rozprawy w sprawie KIO 827/11 w zapisach SIWZ nie figuruje wymóg, aby funkcję Kierownika Przeglądu Dokumentacji pełniła jedna osoba. Jest wręcz przeciwnie. W myśl pkt 5.1.1 OPZ „Stały Zespół Inżyniera” wykonawca miał zaproponować stały zespół złożony z ekspertów obejmujący „minimum” (...) m.in. w pkt 7) jednego Kierownika Przeglądu Dokumentacji. Tym samym wykonawca dysponujący aż dwoma osobami o odpowiednich kwalifikacjach spełnia przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu w stopniu wyższym niż minimalny. Upředzajaco wskazał, iż nie jest to żadna „oferta wariantowa,” co zarzucano podczas ww. rozprawy. Obowiązkiem wykonawcy jest

24

bowiem udowodnić i wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu (nawet za pomocą kilku alternatywnych „zespołów”) - z którym jednocześnie koreluje obowiązek zamawiającego polegający na zbadaniu tego stanu rzeczy (zbadaniu, czy wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu choćby w minimalnym zakresie). Przypomniał, że zamawiający nie wymagał nawet w proponowanej umowie imiennego wskazania osób ze stałego zespołu, co uznał za potwierdzenie prawidłowości swego stanowiska.

Ad. pytania nr 3. Przedmiotowy dokument został złożony omyłkowo. Potwierdził, że treść w nim zawarta była aktualna na dzień otwarcia ofert (odpowiedni dokument w załączeniu). Jednocześnie sprzeciwił się stanowisku zamawiającego, jakoby podstawą do zadania tego pytania było wykonanie wyroku KIO 827/11. W wyroku tym Izba nakazała m.in. ponowne badanie oferty wykonawcy Kolmen. Dokument w postaci zaświadczenia właściwej Izby inżynierów budownictwa nie był w przedmiotowym postępowaniu wymagany ani przepisami ustawy Pzp, ani treścią SIWZ. Tym samym jakiegokolwiek treść by zawierał, nie może mieć jakiegokolwiek znaczenia przy ocenie, czy oferta wykonawcy potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu, czy też kwalifikuje się do odrzucenia. Dokument ten złożony został ponad osnowę oferty i wezwania, w związku z czym pozostaje indyferentny przy nakazanej zamawiającemu ocenie i badaniu oferty.

Zamawiający przyjął złożone wyjaśnienia za odpowiednie i w dniu 31 maja 2011 r.

powiadomił o wyborze oferty konsorcjum Kolmen, której to czynności dotyczy odwołanie rozpatrywane w niniejszej sprawie.

Izba zważyła, że zarzuty podnoszone przez odwołującego w niniejszej sprawie były ponoszone w przystąpieniu do odwołania w piśmie z dnia 22 kwietnia 2011 r. ze strony konsorcjum firm: Mott MacDonald, jako ówczesnego przystępującego do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 827/11 oraz w trakcie rozprawy w dniu 4 maja 2011 r., co potwierdza treść protokołu rozprawy, o którego uwzględnienie jako dowodu, odwołujący wnosił. Mianowicie protokół w sprawie sygn. akt KIO 827/11 stwierdza, że wykonawca - konsorcjum Kolmen, skoro zamawiający zrezygnował ze szczegółowego sformułowania zakresu wezwania, oświadczył, że zastosował się do wyroku Izby. Jego zdaniem skutek wezwania został osiągnięty. Stwierdził też, iż w ramach uzupełnienia dokumentów dołączył dodatkowe dokumenty dotyczące wskazywanej firmy SGS, gdyż z wyroku KIO 471/11 wynika, że ogólna kondycja podmiotu udostępniającego jest istotna. Podtrzymał stanowisko, iż uzupełnione dokumenty nie stanowią treści oferty, bowiem w wyroku sygn. akt KIO 350/11, Izba wskazała, że treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do realizacji zamówienia na rzecz zamawiającego. Dokumenty podmiotowe potwierdzają zaś jedynie możliwość tej realizacji. Natomiast w uzupełnionych dokumentach zostało wykazane

25

dysponowanie podmiotami trzecimi w zakresie wskazanym w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, który wymaga, aby wykonawca dysponował nimi w przyszłości - na okres korzystania z nich do wykonania zamówienia, przy czym uzyskanie zamówienia jest warunkiem koniecznym dla podjęcia tej współpracy. Stwierdził, iż z treści zobowiązania podmiotu SGS Czech Republic s.r.o. nie wynika warunek zmiany osoby Kierownika Przeglądu Dokumentacji.

Zamawiający podnosił, iż uzupełnienie dokumentów powinno być jednoznaczne i wskazywać, co wykonawca chce osiągnąć. Nie mógł się on wykonawcy o to spytać, gdyż mogło to być uznane za element negocjacji.

Odwołujący konsorcjum Mott MacDonald, ówczesny przystępujący, podnosił co następuje. Stwierdził, iż definicja treści oferty będzie różna w zależności od tego, co jest przedmiotem umowy. Oferta jest to kategorię wyrażenie chęci związania się umową, zatem elementy umowy powinny stanowić treść oferty. W niniejszym przedmiocie zamówienia, osoby personelu kluczowego stanowią istotny element umowy, zatem i oferty. Nie ma znaczenia, że są one wykazane w załączniku na potwierdzenie zdolności podmiotowej. Zdaniem przystępującego, odwołujący złożył ofertę wariantową wskazując osoby do wyboru. W wyroku 471/11 KIO nie otworzyła drogi do wskazania nowego podmiotu udostępniającego doświadczenie, a jedynie podała, że uzupełnienie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest obligatoryjne, niezależnie od tego, czy wykonawca będzie w stanie dokumenty uzupełnić. Podkreślał, iż zamawiający nie wezwał do złożenia nowych dokumentów dotyczących nowej firmy. Przystępujący wskazywał na znajdujące się w uzupełnionych dokumentach pismo Lubelskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z 21 stycznia 2011r. dotyczące uprawnień pana Z., które zostało potwierdzone za zgodność z oryginałem z datą 22 listopada 2010 r., podnosił, iż data potwierdzenia za zgodność z oryginałem jest niemożliwa, zatem pełnomocnik odwołującego poświadczył nieprawdę, co narusza dobre obyczaje i interesy innych wykonawców oraz zamawiającego, czyli stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. (...). Zwracał też uwagę, iż pan Z. został podany jako Kierownik Przeglądu Dokumentacji tylko dwóch kontraktów, podczas gdy wymogiem SIWZ było, aby jedna osoba została wyznaczona dla całości zamówienia, czyli sześciu kontraktów, aby zapewnić jednolitość rozwiązań. Z tego powodu warunek postawiony przez SGS był istotny (...). Konsorcjum Mott MacDonald podnosiło, iż udostępnienie pana Z. przez SGS Czech Republic s.r.o. wynika ze zobowiązania do udostępnienia zasobów w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp oraz umowy zlecenia podwykonania usługi z 21 listopada 2010 r. Stwierdziło, iż w obliczu przedstawionych dokumentów podstawa dysponowania panem Z. jest dyskusyjna.

Drugi przystępujący - konsorcjum ZBM podnosił, iż zamawiający powinien co najmniej wyjaśnić sposób dysponowania osobą pana Z. - firma SGS twierdzi, że może nim dysponować, z uzupełnionego wykazu osób wynika, iż jest on udostępniony w trybie art. 26

26

ust. 2b ustawy Pzp, natomiast z publicznie dostępnego odpisu z KRS wynika, iż jest on Prezesem Biura Projektów Kolejowych sp. z o.o. w Lublinie.

Odwolujący wyjaśnił, iż pan Z. jest właścicielem zarówno Spółki Biuro Projektów Kolejowych jak i „Bukol” sp. z o.o., poza tym przyjmuje zlecenia innych firm. Na ten kontrakt ma umowę z SGS Czech Republic s.r.o. Odwołujący przyjmował, iż każdy kontrakt będzie miał swojego sprawdzającego, a pracami będzie kierował jeden kierownik.

Zamawiający podnosił, iż poddał przedstawione dokumenty analizie merytorycznej, co wynika z protokołu posiedzenia komisji przetargowej, lecz ocena ta nie wypadła korzystnie dla odwołującego, który przedstawił szereg dokumentów, których celu przedłożenia i znaczenia nie wyjaśnił. Zamawiający ustalił jednakże, że odwołujący w miejsce doświadczenia spółki „Kolprojekt” przedstawił możliwość dysponowania doświadczeniem udzielonym przez firmę SGS Polska sp. z o.o. reprezentującą - SGS Czech Republic s.r.o. Jej zobowiązanie wbrew przepisom ustawy ma charakter warunkowy, uzależniony od uzyskania zamówienia przez odwołującego oraz od wskazania przez SGS Polska sp. z o.o. osoby na stanowisko Kierownika Przeglądu Dokumentacji. Prowadzi to do zmiany zakresu zobowiązań przyjętych w ofercie i nie daje dostatecznej gwarancji, że doświadczenie zostanie rzeczywiście udzielone. Zamawiający oceniając uzupełniony wykaz osób, którymi będzie dysponował odwołujący, i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, stwierdził, iż dodana została pozycja wskazująca kolejną osobę na stanowisko Kierownika Przeglądu Dokumentacji bez jednoczesnego usunięcia wcześniej wskazanej na to stanowisko osoby. Zamawiający uznał, że odwołujący - konsorcjum Kolmen przedstawia alternatywne w stosunku do wcześniejszego rozwiązanie kwestii udzielenia doświadczenia i składu osobowego, który będzie wykonywał zamówienie.

W oparciu o ustalony stan faktyczny Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie o sygn. akt KIO 827/11 zasługuje na uwzględnienie. Izba przyjęła, że z dokumentów przedstawionych przez odwołującego – konsorcjum Kolmen w ramach uzupełnienia wyniku, że SGS Czech Republic s.r.o. reprezentowane przez SGS Polska Sp. z o.o. zobowiązuje się oddać do dyspozycji odwołującego wiedzę i doświadczenie oraz wziąć udział w wykonaniu odpowiedniej części zamówienia oraz udostępnić do wykonania zamówienia osobę pana Ireneusza Z. do pełnienia funkcji Kierownika Przeglądu Dokumentacji dla przetargu nr 1i 2 oraz personel zmienny w ilości niezbędnej do prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia w zakresie nadzoru nad pracami geotechnicznymi. Rzeczywiście, zgodnie z § 3 ust. 1 „Umowy zlecenia usługi” jedną z form uczestnictwa w realizacji zadania miało być udostępnienie osoby na stanowisko Kierownika Przeglądu Dokumentacji dla dwóch kontraktów na roboty budowane z projektowaniem, ale ani z postanowień tej umowy, ani z treści „Zobowiązania do udostępnienia zasobów w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp” nie

wynika, że powierzenie panu Z. właśnie tej funkcji jest warunkiem koniecznym dla udostępnienia wiedzy i doświadczenia i udziału w realizacji zamówienia, tym bardziej SGS Czech Republic s.r.o. i SGS Polska Sp. z o.o. nie żądały wprowadzenia do oferty zmiany Kierownika Przeglądu Dokumentacji. O warunkowości nie świadczy również stwierdzenie, że współpraca zostanie podjęta w razie uzyskania przez odwołującego przedmiotowego zamówienia, gdyż jest to okoliczność oczywista, *condicio sine qua non*, gdyż w innym wypadku odwołujący w ogóle tego zadania nie będzie wykonywał, zatem oczywiste jest, iż w przypadku nieuzyskania zamówienia zobowiązanie podmiotów do współpracy wygasa. W odniesieniu zaś do poglądu zamawiającego, że zmiana osoby wskazanej na stanowisko Kierownika Przeglądu Dokumentacji, jest próbą zmiany oferty, nawet przyjmując, że w niniejszym postępowaniu, ze względu na powiązanie przez zamawiającego osób wskazanych dla potwierdzenia warunku z wykonaniem umowy, osoby te stanowią treść i istotną część oferty, to złamanie zawartego w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zakazu prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywania zmiany jej treści należy odczytywać jako skutkujące bezskutecznością dokonanych zmian i ustaleń negocjacji i jej funkcjonowanie w pierwotnej formie, a nie samą w sobie przesłankę do odrzucenia oferty, a tym bardziej wykluczenia wykonawcy z postępowania. Poza tym, skoro zamawiający nie wiedział, w jakim celu zostały złożone poszczególne dokumenty, to powinien był skorzystać w możliwości wyjaśnienia ich treści, o czym mowa w art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, który to przepis dotyczy również dokumentów

uzupełnionych. W odniesieniu do pozostałych podniesionych podczas rozprawy argumentów Izba, jakkolwiek zbadała je pod kątem dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, stwierdziła, że nie może rozszerzyć zakresu rozpatrzenia sprawy poza zakres odwołania, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponieważ odwołanie sygn. akt KIO 827/11 dotyczy okoliczności mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji, uwzględniając odwołanie konsorcjum Kolmen.

Przechodząc do podstaw odrzucenia odwołania, zgodnie z sentencją niniejszego postanowienia, Izba uznała w oparciu o przeprowadzone na posiedzeniu i omówione wyżej dowody, iż odwołanie dotyczy czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroków Izby: z dnia 18 marca 2011 r. sygn. akt KIO 471/11 oraz z dnia 5 maja 2011 r. sygn. akt KIO 827/11. Zatem powyższe ustalenia stanowią podstawę do odrzucenia odwołania w oparciu o postanowienia art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Przepis ten nakazuje bowiem odrzucić odwołanie dotyczące czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby, lub w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Treść wyjaśnień konsorcjum Kolmen z dnia 19

28

maja 2011 r. sprowadzała się do podtrzymania jego wcześniejszego stanowiska i nie wprowadzała żadnych nowych okoliczności, mających wpływ na czynności zamawiającego. Izba w wyroku z dnia 5 maja 2011 r. sygn. akt KIO 827/11 uwzględniła odwołanie i orzekła zgodnie z żądaniami, poddając ocenie uzupełnione przez konsorcjum Kolmen dokumenty dla wykazania jego wiedzy i doświadczenia zawodowego, Izba zatem uznała je za odpowiednie. Faktem jest, że zakres uzupełnienia dokumentów jakiego dokonał wykonawca tj. konsorcjum Kolmen, wykraczał ponad rzeczową potrzebę wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia - w sposób jaki zamawiający przewidział w SIWZ. Stąd też Izba, co do zasady uznając, że wykonawca – konsorcjum Kolmen wykazał spełnienie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, a czynność jego wykluczenia i odrzucenia oferty naruszała przytoczone przepisy art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, wskazała, że o ile zamawiający nie wiedział w jakim celu zostały złożone poszczególne dokumenty, mógł to wyjaśnić w drodze zapytań, a nie odrzucać ofertę z powołaniem się na taką argumentację. Z przytaczanej treści uzasadnienia wyroku sygn. akt KIO 827/11, nawet nie można wywieść, iż Izba uznała za nieodzowne zasięganie wyjaśnień od wykonawcy Kolmen przed nakazaną ponowną oceną ofert i wyborem oferty. Zamawiający, mimo wyjaśnienia wielu okoliczności w trakcie postępowania odwoławczego, pismem z dnia 17 maja 2011 r. przytoczonym wyżej, zwrócił się do konsorcjum Kolmen i w piśmie z dnia 19 maja 2011 r. również wyżej przytoczonym – uzyskał odpowiedź na zadane pytania. W ocenie Izby, wymienione wyjaśnienia nie wniosły żadnych odmiennych treści, od tych które wynikały z uzupełnionych dokumentów w dniu 3 kwietnia 2011 r. Zatem czynność zamawiającego unieważnienia wyboru oferty odwołującego, dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty konsorcjum Kolmen, jako oferującej wykonanie przedmiotu zamówienia za niższą ceną niż odwołujący, została wykonana zgodnie z treścią wyroku Izby i znajdowała umocowanie w art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Reguła ta znajduje wzmocnienie w treści art. 185 ust. 6 ustawy Pzp, który stanowi, iż wykonawca wezwany zgodnie z ust. 1 nie może następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby. Bezspornie odwołujący posiadał status uczestnika postępowania zarówno w sprawie KIO 471/11 jak i w sprawie KIO 827/11. Nie zachodzą jakiegokolwiek podstawy dla twierdzeń, iż skarżone czynności zamawiającego zostały wykonane niezgodnie z treścią wyroku sygn. akt KIO 827/11. Jeżeli odwołujący uznawał, że zachodzą jeszcze inne podstawy do odrzucenia oferty konsorcjum Kolmen w dniu 12 kwietnia 2011 r., mógł nie poprzestać na zgłoszeniu przystąpienia w zakresie zarzutów zamawiającego, a wnieść własne odwołanie z przytoczeniem dalszych zarzutów podnoszonych obecnie, które były już wówczas znane. Odwołanie takie czyniłoby zadość warunkom skuteczności jego wniesienia, podanym w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Ilekroć bowiem

29

ustawa Pzp, mówi o wyniku postępowania, należy przez to rozumieć ostateczny wybór oferty wykonawcy, z którym zostaje zawarta umowa o realizację zamówienia, a nie oceny ofert, które z różnych względów podlegają wzruszeniu i unieważnieniu, jak ówczesny wybór oferty odwołującego. Skoro Izba stwierdziła, iż odwołujący został powiadomiony przez zamawiającego o wniesieniu odwołania przez wykonawcę – konsorcjum Kolmen w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp oraz złożył przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 827/11, stanowi to więc dodatkową okoliczność obligującą obecnie Izbę do odrzucenia odwołania, w oparciu o postanowienia art. 185 ust. 6 ustawy Pzp. Wymieniony przepis nie dopuszcza możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby, przez wykonawcę wezwanego zgodnie z ust. 1 art. 185 ustawy Pzp. Odwołujący w treści niniejszego odwołania nie powoływał się na okoliczność, iż zamawiający wykonał czynności, czy powtórzył czynności w sposób odbiegający od nakazów zawartych w treści wyroku - sygn. akt KIO 827/11. Poza tym, zdaniem Izby, zarzuty odwołującego, wobec oferty konkurencyjnej – konsorcjum Kolmen, należało uznać za spóźnione w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Powinnością zamawiającego jest bowiem dokonanie oceny ofert i wyboru oferty, przy uwzględnieniu wszystkich ustanowionych warunków. Natomiast dalszym następstwem, nałożonym przepisem art. 92 ust. 1 ustawy Pzp jest jednocześnie zawiadomienie wykonawców, którzy złożyli oferty o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty,
- 2) punktacji przyznanej ofertom (łącznie i w każdym kryterium),
- 3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone,
- 4) wykonawcach wykluczonych z postępowania.

Mając na względzie, iż oferty zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, udostępnia się od chwili ich otwarcia, każdy z zainteresowanych wykonawców mógł powziąć wiadomość o brakach konkurencyjnych ofert z chwilą ich udostępnienia wraz z uzupełnieniami, a zaskarżyć odwołaniem pierwsze dokonane czynności czy zaniechania zamawiającego, które by tych okoliczności nie uwzględniały. W ocenie Izby, obowiązkiem zamawiającego było skrupulatne i całościowe zbadanie złożonych ofert, czemu służył okres związania ofertą. Każdy wykonawca, którego interes w uzyskaniu danego zamówienia nawet potencjalnie może być zagrożony oraz który może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, jest legitymowany, aby skutecznie skorzystać ze środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Z wymienionych względów, w przekonaniu Izby, niezależnie od tego, że oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza w dniu 12 kwietnia 2011 r., a oferta konsorcjum Kolmen, została wówczas odrzucona, to i tak odwołujący posiadał interes w skarżeniu ewentualnego zaniechania zamawiającego co do prawidłowej oceny konkurencyjnej oferty konsorcjum

Kolmen, o ile uważał, iż oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu jeszcze z innych przyczyn niż podał zamawiający w swoim piśmie z dnia 12 kwietnia 2011 r. Ówczesny wybór oferty odwołującego, jak i czynność odrzucenia oferty konsorcjum Kolmen - z najniższą ceną, nie miały charakteru ostatecznego, czyli takiego na który nie przysługuje żaden środek zaskarżenia. Jak pokazała praktyka, w wyniku powtórzenia czynności oceny, zgodnie z wyrokiem Izby, została wybrana oferta wykonawcy: konsorcjum Kolmen, która była korzystniejsza w jedynym ustanowionym kryterium ceny.

Odwołanie dotyczy zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy: konsorcjum Kolmen, a w następstwie tego zaniechania dokonania wyboru tej oferty do realizacji zamówienia. Zatem zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Odwołaniem zostały objęte zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum Kolmen oraz zaniechania odrzucenia jego oferty pomimo braku wykazania przez konsorcjum Kolmen spełniania warunków udziału w postępowaniu to jest:

- wskazanie pana Ireneusza Z. do pełnienia funkcji Kierownika Przeglądu Dokumentacji wyłącznie co do dwóch projektów tj. przetargów nr 1.1 i 1.2, podczas gdy postanowienia SIWZ oraz OPZ w zakresie wskazania Kierownika Przeglądu Dokumentacji

określają wymóg wskazania jednej osoby, która będzie sprawować tę funkcję w ramach Stałego Zespołu Inżyniera w zakresie całego zamówienia:

- złożenie przez konsorcjum Kolmen oferty wariantowej w postaci zgłoszenia do pełnienia funkcji Kierownika Przeglądu Dokumentacji w wariantcie pierwszym (i) pana Ireneusza Z. do dwóch projektów tj. przetargów nr 1.1 i 1.2 oraz pana Romualda C. do czterech projektów tj. przetargów nr 1.3, 2.1, 2.2 oraz 2.3 albo w wariantcie drugim (ii) pana Romualda C. do wszystkich sześciu przetargów o numerach 1.1, 1.2, 1.3, 2.1, 2.2 oraz 2.3, podczas gdy zgodnie z pkt 5 SIWZ zamawiający nie dopuścił do składania ofert wariantowych;
- braku wykazania dyspozycyjności pana Ireneusza Z. do pełnienia funkcji Kierownika Przeglądu Dokumentacji, pomimo tego, że w SIWZ oraz OPZ wskazano, że osoby wymienione w ofercie w Stałym Zespole Wykonawcy powinny pozostawać do pełnej dyspozycji zamawiającego z dniem podpisania umowy na nadzór, podczas gdy z odpisu z rejestru przedsiębiorców KRS oraz innych publicznie dostępnych dokumentów wynika, że pan Ireneusz Z. jest zaangażowany w prace na rzecz kilku podmiotów tj. pełni funkcje zarządzające jako dyrektor spółki „Bukol” Spółka jawna z siedzibą w Lublinie, jest wspólnikiem oraz członkiem zarządu spółki „Biuro Projektów Kolejowych” sp. z o.o. z

31

siedzibą w Lublinie, a także działa jako wspólnik (partner) Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego „Bumat” oraz na podstawie oświadczeń pełnomocnika konsorcjum Kolmen, zamieszczonych w protokole z rozprawy Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2011 roku w sprawie o sygn. akt KIO 827/11, że wymieniony wykonywał zlecenia innych firm, w tym w szczególności spółki SGS Czech Republic s.r.o.;

- braku przedstawienia przez wykonawcę dokumentu, z którego wynika, że konsorcjum Kolmen ma prawo dysponowania osobą pana Ireneusza Z. do pełnienia funkcji Kierownika Przeglądu Dokumentacji pomimo, że stosunek zobowiązaniowy pomiędzy SGS Czech Republic s.r.o. a panem Ireneuszem Z., na który powołuje się wykonawca nie został potwierdzony za pomocą żadnego dokumentu, w tym zwłaszcza nie jest stosunkiem pracy;
- braku wykazania przez wykonawcę wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, co najmniej jednej usługi o wartości 10 000 000,00 złotych, polegającej na prowadzeniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie modernizacji, przebudowy lub budowy linii kolejowej, a w szczególności braku dokumentu potwierdzającego, że usługa ta została wykonana należycie oraz braku pisemnego zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (wiedzy i doświadczenia) oraz sposobu określającego przekazanie doświadczenia, które jest niezbędne do wykonania zamówienia;
- braku wykazania warunku dysponowania przez konsorcjum Kolmen zasobami wiedzy i doświadczenia spółki SGS Czech Republic s.r.o., w tym wykazania kwalifikacji pana Ireneusza Z., w związku z tym, że w dniu składania ofert pismo Lubelskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 21 stycznia 2011 r. zostało poświadczane za zgodność z oryginałem z datą 22 listopada 2010 r.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Kolmen jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pomimo tego, że pismo Lubelskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 21 stycznia 2011 roku zostało poświadczane za zgodność z oryginałem z datą 22 listopada 2010 roku, co nosi znamiona fałszu intelektualnego i stanowi naruszenie dobrych obyczajów przyjętych w obrocie gospodarczym;

Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez wybór niekompletnej oferty konsorcjum Kolmen oraz dokonanie oceny ofert w sposób nieobiektywny, co narusza zasady uczciwej konkurencji.

Wiadomość o podnoszonych jak wyżej zaniechaniach przez zamawiającego prawidłowego zbadania i wadliwego wyboru kwestionowanej oferty, odwołujący mógł powziąć po otrzymaniu wyniku oceny ofert po wyborze, przeprowadzonym przez zamawiającego w dniu 12 kwietnia 2011 r. Od wymienionej daty biegł termin na wniesienie

32

odwołania, w którym odwołujący mógł skutecznie ponosić zarzuty przytaczane w niniejszym odwołaniu.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, odwołujący uprawniony był aby zgłosić przystąpienie do toczącego się postępowania w wyniku odwołania wykonawcy: konsorcjum Kolmen, wykazując swój interes prawny w przystąpieniu oraz określając swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu. Jeżeli nawet odwołujący skorzystał z możliwości przystąpienia do wcześniejszego postępowania odwoławczego, to nie zamykało to odwołującemu drogi do złożenia, we właściwym terminie, własnego odwołania na inne czynności lub zaniechania zamawiającego, niż te które stały się powodem odrzucenia kwestionowanej oferty wykonawcy: - konsorcjum Kolmen w dniu 12 kwietnia 2011 r.

Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, winien samodzielnie ocenić swoje szanse na uzyskanie zamówienia oraz zdecydować o tym, czy zaskarżyć czynności lub zaniechania zamawiającego wobec ofert, które nawet potencjalnie mogły zagrażać jego pozycji, niezależnie od możliwości zgłoszenia przystąpienia w zakresie wniesionego ówczesnie odwołania przez konsorcjum Kolmen.

Wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity, a jego upływ powoduje utratę możliwości skorzystania z tego środka ochrony prawnej.

Izba nie podziela poglądów, iż wykonawca nie ma interesu w skarżeniu zaniechań zamawiającego, w sytuacji gdy jako najkorzystniejsza została wybrana jego oferta. Otóż wybór ten, jeżeli nie miał charakteru ostatecznego, to odwołujący winien się liczyć z tym, że konkurent, który złożył ofertę z korzystniejszą ceną, może skorzystać ze środków zaskarżenia i podnieść skuteczne zarzuty przeciwko odrzuceniu jego oferty, co w niniejszym przypadku faktycznie nastąpiło. Dla wykazania interesu, nie jest konieczne doznanie uszczerbku, ale wystarczy samo jego zagrożenie, potencjalna możliwość prowadząca do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Potwierdza to orzecznictwo ETS w wyroku z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH i inni v. Autobahnenund Schnellstrassen-Finanzierungs-AG, Asfinag (C-410/01, [2003] ECR 6413, nr w SIP Lex: 158605), gdzie Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd: "fakt, że artykuł 1 ust. 3 Dyrektywy 89/665 w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych, odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej Dyrektywą 92/50 odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych, wyraźnie pozwala Państwom Członkowskim określać szczegółowe zasady, wedle których muszą wprowadzić procedury odwoławcze (zapewnione tą dyrektywą), dostępne dla każdej osoby, która ma lub miała interes w uzyskaniu danego zamówienia i która była lub ryzykuje bycie poszkodowaną w

wyniku domniemanego naruszenia, co nie upoważnia instytucji zamawiających do nadawania terminowi "interes w uzyskaniu danego zamówienia" interpretacji, która mogłaby ograniczać efektywność tej dyrektywy."

W świetle powyższego, zdaniem Izby, istnienie interesu po stronie odwołującego, aby po dokonaniu oceny ofert w dniu 12 kwietnia 2011 r. domagać się odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum Kolmen, z wszystkich przyczyn czynność taką uzasadniających, a nie tylko z tych które podał zamawiający, - skoro zdaniem odwołującego, zachodziły uzasadnione ku temu powody, jest niewątpliwy. Jeżeli bowiem zamawiający nie zbadał oferty w sposób skrupulatny, dokładny i całościowy, do czego był zobowiązany, zachowując zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji, to już wówczas należało przypisać zamawiającemu naruszenie przepisów i zaniechanie wykonania czynności nakazanych ustawą, stanowiące podstawę i uprawniające do wniesienia odwołania. Kolejna ocena ofert, w tym przypadku nakazana wyrokiem Izby z dnia 5 maja 2011 r. w sprawie sygn. akt sygn. akt KIO 827/11 oraz wykonana zgodnie z tym wyrokiem w dniu 31 maja 2011 r. nie przywróciła odwołującemu terminu na zaskarżenie czynności czy zaniechań zamawiającego, o których mógł powziąć wiadomość po dokonaniu poprzedniej oceny w dniu 12 kwietnia 2011 r.

Zdaniem Izby, zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej, wymaga aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone w zasadzie po pierwszej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. W tym przypadku także kolejnej – z dnia 12

kwietnia 2011 r., z uwagi na uzupełnione dokumenty oferty konsorcjum Kolmen i zaistniałą zmianę okoliczności. Ustawodawca nakazał jednocześnie wykonywanie wszystkich tych czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie postępowania, w tym jednocześnie korzystanie ze środków ochrony prawnej. Powiadomieni równocześnie wykonawcy mają dostępny ten sam termin na zapoznanie się z wynikami przetargu, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości, na jego zakwestionowanie przewidzianymi ustawą Pzp środkami ochrony prawnej. Powyższa zasada znajduje odzwierciedlenie między innymi w przepisach art. 92, art. 182, art. 185, art. 186 ust. 4, art. 189 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W przekonaniu Izby, po 12 kwietnia 2011 r. nie nastąpiły w przedmiotowym postępowaniu żadne nowe okoliczności, poza czynnościami wykonanymi zgodnie z rozstrzygnięciem poprzedniego odwołania przytaczanym wyrokiem Izby sygn. akt KIO 827/11, które mogłyby stanowić podstawę wnoszenia nowych środków zaskarżenia na czynności i zaniechania zamawiającego. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej urzeczywistnia zaś istotny z punktu widzenia procedur zamówień publicznych postulat, szybkiego i sprawnego systemu weryfikacji czynności podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie do pogodzenia z tymi celami jest, aby wykonawca kwestionował każdy kolejny wybór oferty, wynajdując po każdym etapie

34

oceny, co raz to nowe powody i wady oferty, stwarzające preteksty do wnoszenia kolejnych odwołań. Dla wykonawcy jest dostępny termin na odwołanie od czynności czy zaniechań zamawiającego wobec konkurencyjnej oferty, liczony od przesłania powiadomienia w zasadzie o pierwszej ocenie ofert. W niniejszym przypadku, także po drugiej ocenie, skoro oferta konsorcjum Kolmen uległa istotnym uzupełnieniom przy piśmie z dnia 3 kwietnia 2011 r. Wadliwość oferty konsorcjum Kolmen, którą starał się wykazać odwołujący, była możliwa do sformułowania na podstawie dokumentacji oferty, po dokonaniu drugiego wyboru, nawet gdyby zamawiający odrzucając ówczesnie ofertę tego wykonawcy, nie dostrzegł wszystkich okoliczności, które tą czynność uzasadniały. Izba uznała, iż nie zachodzą żadne nowe okoliczności w sprawie, które upoważniałyby do wniesienia przedmiotowego odwołania.

W wyniku dokonanych ustaleń Izba uznała również, że 10 - dniowy termin na złożenie odwołania, uwzględniając podnoszone zarzuty, upłynął w dniu 22 kwietnia 2011 r. Przy czym odwołujący przy dochowaniu należytej staranności mógł i powinien poznać wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, po drugim wyborze oferty najkorzystniejszej, o którym wykonawcy zostali powiadomieni pismem z dnia 12 kwietnia 2011 r. Termin na wniesienie odwołania ma charakter zawity i jego bezskuteczny upływ w dniu 22 kwietnia 2011 r. spowodował wygaśnięcie uprawnień wykonawcy do skorzystania z tego środka ochrony prawnej. Z tych względów Izba nie miała podstaw do merytorycznego rozpoznania odwołania.

Postępowanie w sprawie wykazało, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, co obligowało Izbę do jego odrzucenia w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie. Dowody w sprawie potwierdziły, iż odwołanie zostało wniesione nie tylko na czynności wykonane zgodnie z wcześniejszym wyrokiem Izby, ale również z uchybieniem terminu, określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Zatem kumulatywnie zachodziły obligatoryjne przesłanki do odrzucenia odwołania przewidziane art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 189 ust. 2 pkt 5 tej ustawy.

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego konsorcjum Mott MacDonald z dnia 17 czerwca 2011 r. o dopuszczenie stron do udziału w posiedzeniu niejawnym Izby. Wszystkie okoliczności, dotyczące spełnienia przesłanek formalnych wniesionego odwołania, były możliwe do ustalenia na podstawie dopuszczanej z urzędu, jako dowód dokumentacji oznaczonych wyżej akt poprzednich i obecnego postępowania odwoławczego.

Zaistnienie którejkolwiek z podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które Izba ustala z urzędu, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania. Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

35

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Skoro odwołanie zostało odrzucone kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego.

Przewodniczący:

.....

.....