

DPIS

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 kwietnia 2011 r.

Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie
Wydział IV Cywilny-
-Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący-Sędzia SO Grażyna Kramarska (spr.)

Sędzia SO Małgorzata Truskolaska- Żuczek

Sędzia SO Wojciech Szcząska

Protokolant apl. adw. Magdalena Świtaj ska

po rozpoznaniu w dniu 6 kwietnia 2011 r. w Warszawie
na rozprawie

sprawy z odwołania wniesionego przez Wykonawcę Konsorcjum: WARBUD S. A. w Warszawie (Lider Konsorcjum), Gülermak Agir Sanayi İnşaat ve Taahhiat A.Ş. z siedzibą w Ankarze w Turcji, Przedsiębiorstwo Tor-Kar-Sson Zbigniew Kargul w Warszawie, Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S. A. w Katowicach, VINCI Construction Grands Projets z siedzibą w Rueil-Malmaison we Francji i ETF-Eurovia Travaux Ferroviaires z siedzibą w Beauchamp we Francji

z udziałem Zamawiającego: Miasto Łódź, Polskie Koleje Państwowe S. A. w Warszawie, PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. w Warszawie (Zamawiający upoważniony PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. w Warszawie) oraz przystępujących do udziału w sprawie po stronie Zamawiającego: Konsorcjum Metrostav a.s. z siedzibą w Pradze w Republice Czeskiej (Lider Konsorcjum), Elektrizace železnice Praha a.s. z siedzibą w Pradze w Republice Czeskiej, Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty- Łódź” S. A. w Łodzi i SUDOP PRAHA a.s. z siedzibą w Pradze w Republice Czeskiej, Konsorcjum Hydrobudowa Polska S.A. w Wysogotowie, PBG S.A. w Wysogotowie, Arrivia S.A. w Wysogotowie, Infra S.A. w Wysogotowie, Zakładu Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A. w Robót

Na oryginała właściwe podpisy
VVa zgodnośćA

Górnicych Metro S.A. w Warszawie oraz Konsorcjum POL-AQUA S.
Piasecznie i Dragados S.A. w Madrycie,
o zamówienie publiczne

na skutek skargi Konsorcjum: WARBUD S. A. w Warszawie (Lider Konsorcjum), Gülermak Agir Sanayi İnşaat ve Taahhiat A.Ş. z siedzibą w Ankarze w Turcji,

Przedsiębiorstwo Tor- Kar-Sson Zbigniew Kargul w Warszawie, Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S. A. w Katowicach, VINCI Construction Grands Projets z siedzibą w Rueil- Malmaison we Francji i ETF- Eurovia Travaux Ferroviaires z siedzibą w Beauchamp we Francji

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie z dnia 22 grudnia 2010r. sygn. akt KIO/UZP 2627/10

I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 1. w ten sposób, że uwzględnia w części , odwołanie wniesione przez Konsorcjum WARBUD S. A. w Warszawie (Lider Konsorcjum), Güllermak Agir Sanayi İnşaat ve Taahhiit A.Ş. z siedzibą w Ankarze

w Turcji, Przedsiębiorstwo Tor- Kar-Sson Zbigniew Kargul w Warszawie, Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S. A. w Katowicach, VINCI Construction Grands Projets z siedzibą w Rueil- Malmaison we Francji i ETF- Eurovia Travaux Ferroviaires z siedzibą w Beauchamp we Francji i nakazuje Zamawiającemu Miasto Łódź, Polskie Koleje Państwowe S. A. w Warszawie, PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. w Warszawie wykluczenie Wykonawcy Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL- AQUA” S. A. w Piasecznie i Dragados S. A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz w punkcie 3. 4) w ten sposób, że nakazuje dokonać wpłaty kwoty 740 zł. 67 gr. (siedemset czterdzieści złotych sześćdziesiąt siedem groszy) przez Zamawiającego Miasto Łódź, Polskie Koleje Państwowe S.

A. w Warszawie, PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego W Konsorcjum firm: WARBUD S. A. w Warszawie (Lider Konsorcjum), Güllermak Agir Sanayi İnşaat ve Taahhiit A.Ş. z siedzibą w Ankarze w Turcji, Przedsiębiorstwo Tor- Kar-Sson Zbigniew Kargul w Warszawie, Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S. A. w Katowicach, VINCI Construction Grands Projets z siedzibą w Rueil- Malmaison we Francji i ETF- Eurovia Travaux Ferroviaires z siedzibą w Beauchamp we Francji stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu połowy wpisu od odwołania;

II. w pozostałym zakresie oddala skargę;

III. zasądza od Zamawiającego Miasto Łódź, Polskie Koleje Państwowe S. A. w Warszawie, PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. w Warszawie na rzecz Wykonawcy Konsorcjum firm: WARBUD S. A. w Warszawie (Lider Konsorcjum), Güllermak Agir Sanayi İnşaat ve Taahhiit A.Ş. z siedzibą w Ankarze w Turcji,

Przedsiębiorstwo Tor- Kar-Sson Zbigniew Kargul w Warszawie, Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S. A. w Katowicach, VINCI Construction Grands Projets z siedzibą w Rueil- Malmaison we Francji i ETF- Eurovia Travaux Ferroviaires z siedzibą w Beauchamp we Francji kwotę 50 000 zł. (pięćdziesiąt tysięcy złotych) tytułem zwrotu kosztów połowy opłaty od skargi, znosząc wzajemnie między stronami koszty zastępstwa prawnego w postępowaniu przed Sądem Okręgowym;

IV. zasądza od Konsorcjum WARBUD S. A. w Warszawie (Lider Konsorcjum), Güllermak Agir Sanayi İnşaat ve Taahhiit A.Ş. z siedzibą w Ankarze w Turcji, Przedsiębiorstwo Tor- Kar-Sson Zbigniew Kargul w Warszawie, Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S. A. w Katowicach, VINCI Construction Grands Projets z siedzibą w Rueil- Malmaison we Francji i ETF- Eurovia Travaux Ferroviaires z siedzibą w Beauchamp we Francji na rzecz Konsorcjum Hydrobudowa Polska S.A. w Wysogotowie, PBG S.A. w Wysogotowie, Arrivia S.A. w Wysogotowie, Infra S.A. w Wysogotowie, Zakładu Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A. w Krakowie, Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Metro S.A. w Warszawie kwotę 600 zł. (sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu przed Sądem Okręgowym.

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 22 grudnia 2010r. wydanym w połączonych sprawach o sygn. KIO/UZP 2627/10, KIO/UZP 2628/10 i KIO/UZP 2629/10 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołania wniesione przez Wykonawców: Konsorcjum firm: WARBUD S. A. w Warszawie (Lider Konsorcjum), Giilermak Agir Sanayi İnşaat ve Taahhut A.Ş. z siedzibą w Ankarze w Turcji, Przedsiębiorstwo Tor- Kar-Sson Zbigniew Kargul w Warszawie, Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S. A. w Katowicach, VINCI Construction Grands Projets z siedzibą w Rueil- Malmaison we Francji i ETF- Eurovia Travaux Ferroviaires z siedzibą w Beauchamp we Francji (zwanego dalej Konsorcjum Warbud) - w sprawie KIO/UZP 2627/10 oraz Konsorcjum Metrostav a.s. z siedzibą w Pradze w Republice Czeskiej (Lider Konsorcjum), Elektrizace železnice Praha a.s. z siedzibą w Pradze w Republice Czeskiej, Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty- Łódź” S. A. w Łodzi i SUDOP PRAHA a.s. z siedzibą w Pradze w Republice Czeskiej (zwanego dalej Konsorcjum Metrostav) - w sprawie KIO/UZP 2628/10, od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego: Miasto Łódź, Polskie Koleje Państwowe S. A. w Warszawie i PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. w Warszawie protestów z dnia 12 listopada 2010r. Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie od rozstrzygnięcia przez w.w. Zamawiającego protestu wniesione w sprawie KIO/UZP 2629/10 przez Konsorcjum firm: Hydrobudowa Polska S. A. w Wysogotowie, PBG S. A. w Wysogotowie, Arrivia S. A. w Wysogotowie, Infra S. A. w Wysogotowie, Zakład Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S. A. w Krakowie, Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Metro S. A. w Warszawie (zwane dalej Konsorcjum Hydrobudowa) i nakazała Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podstawą uwzględnienia odwołania było stwierdzenie przez Izbę, że Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu przewidział przyznawanie punktów jedynie za budowę tunelu, o którym mowa w punkcie III. 2.3)a)1) (tunel kolejowy, drogowy lub metra wykonany metodą odkrywkową o długości nie mniejszej niż 1 km wraz z infrastrukturą obejmującą co najmniej systemy wentylacyjne, systemy odwadniające, systemy przeciwpożarowe). W związku z powyższym nieuprawnione było przyznanie przez Zamawiającego punktów za wykonanie odcinków tunelu krótszego niż 1 km lub nie posiadającego wymaganej infrastruktury.

Wobec tego, że skarga od powyższego wyroku została skutecznie wniesiona przez Wykonawcę Konsorcjum Warbud wyłącznie w części oddalającej odwołanie tego Konsorcjum a dotyczącej zarzutów podniesionych w sprawie KIO/UZP 2627/10 w odniesieniu do Wykonawców Konsorcjum Hydrobudowa i Konsorcjum firm „POL- AQUA” S. A. w Piasecznie i Dragados

S. A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii (zwanego dalej Konsorcjum Pol-; Aqua), w dalszej części uzasadnienia zostaną przedstawione motywy rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej odnoszące się tylko do tych zarzutów.

Postępowanie dotyczyło udzielenia zamówienia publicznego na modernizację linii kolejowej Warszawa- Łódź etap II Lot B2- odcinek Łódź Widzew- Łódź Fabryczna ze stacją Łódź Fabryczna oraz budową części podziemnej dworca Łódź Fabryczna przeznaczonej dla odprawy i przyjęć pociągów oraz obsługi podróży. Przebudowa układu drogowego i

infrastruktury wokół multimodalnego dworca Łódź Fabryczna - budowa zintegrowanego węzła przesiadkowego nad i pod ulicą Węglową.

Pismem z dnia 23 listopada 2010r. Zamawiający rozstrzygnął protest wniesiony przez Konsorcjum Warbud na czynność polegającą na jego (protestującego) zdaniem niewłaściwej ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez wykonawców Konsorcjum Hydrobudowa, Konsorcjum Metrostav, Konsorcjum Pol- Aqua i Konsorcjum Strabag, w ten sposób, że oddalił zarzuty dotyczące Konsorcjum Hydrobudowa, Konsorcjum Metrostav i Konsorcjum Strabag a uwzględnił protest w zakresie dotyczącym zarzutów odnoszących się do Konsorcjum Pol- Aqua i stwierdził, że dokona unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wezwie Konsorcjum Pol- Aqua do złożenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych brakujących dokumentów potwierdzających posiadanie stosownych uprawnień, zgodnie z wymaganiami, jakie zamawiający postawił w Ogłoszeniu o zamówieniu w stosunku do osoby pełniącej funkcję Kierownika Budowy i następnie dokona ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odnosząc się do zarzutu protestu dotyczącego zawyżenia liczby punktów przyznanych Konsorcjum Hydrobudowa za wykonanie tunelu o długości 1108 metrów zamiast za tunel o długości 966 metrów Zamawiający stwierdził, że Konsorcjum Hydrobudowa wykazało wykonanie tunelu o długości 1108 m, w skład którego wchodziła także stacja metra Młociny wraz z torami odstawkowymi. Obiekty te stanowią jeden ciąg tunelowy i były wykonane w ramach jednego zadania, tym samym nie ma znaczenia fakt wydania dwóch pozwoleń na budowę - osobno dla stacji Młociny i osobno dla tunelu przesyłowego metra. Zgodnie z definicją tunelu zawartą w przepisie art. 3 ust. 14 ustawy z dnia 21 marca 1985r. o drogach publicznych przez tunel należy rozumieć budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo- rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji przez przeszkodę terenową lub pod nią w tym przejście podziemne. Z definicji tej wynika, że nawet sama stacja podziemna metra, w której po przeciwległych stronach zlokalizowano wejście i wyjście stanowi tunel. Długość zaś tunelu określa się od jego początku do końca bez względu na to, jakie obiekty i urządzenia będą w nim zlokalizowane.

n

/ Uwzględniając protest w zakresie dotyczącym zarzutów postawionych ocenie

»"Z » k

. (C* ^spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Pol- Aqua '— Zamawiający podniósł, że Konsorcjum to wskazując w uzupełnieniu wniosku z dnia 9 lipca 2010r. na Kierownika Budowy inną osobę (Tadeusza Rogoż) niż pierwotnie wskazana we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Sławomir Chmarek), zobowiązane było przedłożyć również dokumenty dotyczące tej osoby wymagane zgodnie z punktem III.2.3e) Ogłoszenia o zamówieniu. W związku z tym, że Konsorcjum Pol- Aqua tego nie uczyniło, Zamawiający podejmie stosowne czynności t.j. dokona unieważnienia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wezwie to Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia brakujących dokumentów potwierdzających posiadanie stosownych uprawnień, zgodnie z wymaganiami, jakie zamawiający postawił w Ogłoszeniu o zamówieniu w stosunku do osoby pełniącej funkcję Kierownika Budowy i następnie dokona ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że wprawdzie pismem z dnia 29 czerwca 2010r. wezwał Konsorcjum Pol- Aqua do uzupełnienia złożonego wniosku, jednakże treść wezwania

ograniczył wyłącznie do wskazanej we wniosku osoby mającej pełnić funkcję Kierownika Budowy t.j. Sławomira Chmarka i zakresu wykazania wymaganego zgodnie z Ogłoszeniem o zamówieniu doświadczenia tej osoby. W związku z tym nie ma przeszkód prawnych, aby Konsorcjum Pol- Aqua zostało ponownie wezwane do uzupełnienia złożonego wniosku w nowo wyznaczonym terminie, przez dołączenie dokumentów innych niż określone pierwotnie w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 29 czerwca 2010r. Procedura wezwania do złożenia dokumentów przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zezwala na jednokrotne wzywanie wykonawcy do uzupełnienia jedynie tego samego

dokumentu.

W odwołaniu od rozstrzygnięcia protestu Konsorcjum Warbud podtrzymało zarzuty, argumenty i wnioski wyrażone w proteście. Podniosło dodatkowo, że Zamawiający nie jest uprawniony do tego, by wzywać Konsorcjum Pol- Aqua do uzupełnienia dokumentów, ponieważ czynność ta została już dokonana pismem z dnia 29 czerwca 2010r. Osoba Tadeusza Rogoża jako Kierownika Budowy pojawiła się we wniosku na skutek uzupełniania dokumentów, gdy Zamawiający w treści wezwania stwierdził, że wskazany przez Konsorcjum Pol- Aqua jako Kierownik Budowy Sławomir Chmarek jest osobą, której dokumenty dołączone do wniosku, nie potwierdzają posiadania przez niego co najmniej 5 lat doświadczenia na stanowisku kierownika budowy. Skoro w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum Pol- Aqua wymieniło osobę Sławomira Chmarka na osobę Tadeusza Rogoża, to tym samym wraz z informacją na temat posiadania przez niego doświadczenia zobowiązane było złożyć także wszystkie dokumenty w zakresie warunków postawionych Kierownikowi Budowy t.j. dokumenty potwierdzające jego uprawnienia jak i potwierdzające jego aktualny wpis na listę właściwej

Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa. Z treści przepisu art. 26 ust. 3 \ ustawy Pzp wynika, że zamawiający wzywa tylko raz do uzupełnienia wniosku i - że złożone na jego wezwanie oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Skoro treść Ogłoszenia o zamówieniu była dla Wykonawcy Konsorcjum Pol- Aqua zrozumiała, gdyż pierwotnie do wniosku dołączyło wszystkie wymagane dokumenty dotyczące Sławomira Chmarka, to brak podstaw do ponownego wzywania tego Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku, o którym mowa w pkt III.2.3) lit. b) pkt 2) Ogłoszenia oraz dokumentów wskazanych w punkcie e).

Oddalając odwołanie Wykonawcy Konsorcjum Warbud w zakresie dotyczącym Konsorcjum Pol- Aqua Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Konsorcjum Pol- Aqua zostało wezwane do uzupełnienia dokumentów w zakresie doświadczenia osoby wskazanej z imienia i nazwiska t.j. Sławomira Chmarka wymienionego we wniosku jako Kierownik Budowy. Wynikającą z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zasadą jest jednorazowe wezwanie do uzupełnienia dokumentów, jednak dotyczące wezwania do uzupełnienia tego samego dokumentu. Skoro w wezwaniu z dnia 29 czerwca 2010r. Zamawiający żądał od Wykonawcy dokumentów potwierdzających doświadczenie Sławomira Chmarka, brak jest podstaw do przyjęcia, że nie może żądać innych dokumentów niż te, o których uzupełnienie już wzywał. Wykonawca nie może być bowiem pozbawiony możliwości uzupełnienia dokumentów, jeżeli jego uprawnienie do uzupełnienia wynika wprost z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Oddalając odwołanie Konsorcjum Warbud w zakresie dotyczącym Konsorcjum Hydrobudowa Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła argumentację Zamawiającego przedstawioną w rozstrzygnięciu protestu stwierdzając dodatkowo, że ustawa Prawo budowlane w art. 3 pkt 3 nie definiuje pojęcia „tunel”, zalicza jedynie tunel do budowli, czyli obiektu budowlanego nie będącego budynkiem lub obiektem małej architektury. Wykonawcy mogą odwoływać się do innych, powszechnie obowiązujących przepisów prawa w celu ustalenia, co należy rozumieć pod danym pojęciem. Uprawnienie to byłoby

wyłączone, gdyby Zamawiający sam zdefiniował dane pojęcie lub wskazał akt prawny, jakim należy się posługiwać definiując je. Taka sytuacja jednak nie występuje w niniejszej sprawie, w związku z czym nie ma przeszkód, by definiując pojęcie tunel posługiwać się przepisem ustawy o drogach publicznych a tym samym by uznać, że podziemna stacja metra Młociny wchodzi w skład tunelu i jej długość winna być przez Zamawiającego zaliczona do długości tunelu wykazanego przez Konsorcjum Hydrobudowa.

W skardze Konsorcjum Warbud od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wniesionej co do części oddalającej odwołanie tego Konsorcjum a dotyczącej zarzutów podniesionych w sprawie KIO/UZP 2627/10 w odniesieniu do Wykonawców Konsorcjum Hydrobudowa i Konsorcjum firm „POL- AQUA”

S. A. w Piasecznie i Dragados S. A. z siedzibą w Madrycie w Hiszpanii

/<<, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie jego odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez zmianę ilości przydzielonych Konsorcjum Hydrobudowa punktów w kryterium doświadczenie oraz nakazanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Pol- Aqua. Skarżący powołał się na istotne naruszenie prawa materialnego - art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do Konsorcjum Hydrobudowa poprzez przyjęcie, że przy ocenie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie III.2.3) lit. a) ppkt 1) należy w zakresie tunelu metra stosować definicję tunelu zawartą w art. 4 pkt 14 ustawy o drogach publicznych zaliczając tym samym długość stacji metra do doświadczenia w zakresie realizacji „tunelu metra”. Zarzucił też naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do Konsorcjum Pol- Aqua w związku z decyzją Zamawiającego wskazaną w treści rozstrzygnięcia protestu polegającą na uznaniu, że możliwe jest wezwanie po raz kolejny do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku, o którym mowa w pkt III. 2. 3) pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu. Zdaniem skarżącego naruszone zostały też przepisy postępowania-art. 188 ust. 4, ust. 6 i ust. 7 ustawy Pzp poprzez wydanie wyroku bez powołania dowodu z opinii biegłego na okoliczności, które wymagały wiadomości specjalnych. W uzasadnieniu zarzutów skargi Konsorcjum Warbud powtórzyło argumentację przedstawioną uprzednio w proteście i odwołaniu.

Zamawiający wniósł o oddalenie skargi. Do postępowania wywołanego wniesieniem skargi przez Konsorcjum Warbud po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum Hydrobudowa i Konsorcjum Pol- Aqua wnosząc o oddalenie skargi.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga Konsorcjum Warbud zasługuje tylko na częściowe uwzględnienie, tzn. Brak jest podstaw prawnych do jej uwzględnienia w zakresie dotyczącym

żądania nakazania Zamawiającemu dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez zmianę ilości przydzielonych Konsorcjum Hydrobudowa punktów w kryterium doświadczenie. Należy bowiem zauważyć, że w wyroku z dnia 22 grudnia 2010r. Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając sprawę KIO/UZP 2629/10 już nakazała Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jakkolwiek u podstaw takiego rozstrzygnięcia legły inne względy niż zarzuty podniesione w odwołaniu przez Konsorcjum Warbud, jednak zdaniem Sądu Okręgowego dla oceny zasadności skargi Konsorcjum Warbud istotna jest treść sentencji wyroku KIO a nie treść uzasadnienia tego wyroku. Procedurze cywilnej nie jest bowiem znana apelacja (odpowiednio skarga) od uzasadnienia wyroku, skarżona może być wyłącznie jego sentencja. Skoro KIO w swym wyroku nakazała już Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie jest możliwe uwzględnienie

skargi zmierzającej do zmiany tego wyroku poprzez nakazanie Zamawiającemu dokonania tej samej czynności, która została już nakazana wyrokiem KICX \ Zdaniem Sądu Okręgowego brak jest też podstaw do nakazania Zamawiającemu zmiany ilości przydzielonych Konsorcjum Hydrobudowa punktów w kryterium doświadczenie. Wobec nakazania Zamawiającemu przez Krajową Izbę Odwoławczą dokonania ponownie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotychczasowa ocena spełniania tych warunków (w tym przyznana w ramach tej czynności poszczególnym Wykonawcom punktacja) utraciła moc. Żądanie zmiany punktacji sformułowane w skardze odwołuje się więc do nieistniejącej już punktacji. Skoro kwestionowana przez Skarżącego punktacja przestała istnieć, nie jest możliwa obecnie jej zmiana. Zamawiający zgodnie z wyrokiem KIO dokonać ma ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym ponownie ma przyznać Wykonawcom punktację według zasad wskazanych w uzasadnieniu wyroku Izby - odmiennych od zastosowanych uprzednio przez Zamawiającego. Liczba punktów, jakie zostaną przyznane poszczególnym Wykonawcom (w tym Konsorcjum Hydrobudowa), nie jest obecnie znana, nie można zatem ocenić, czy będzie ona prawidłowa, czy też będzie wymagała korekty, jakiej domaga się Skarżący. Od dokonanej ponownie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (w tym punktacji), w przypadku, gdyby naruszała przepisy prawa, uczestnikom postępowania służyć będą środki ochrony prawnej na zwykłych zasadach. Z powyższych względów bezprzedmiotowe jest też obecnie rozstrzyganie przez Sąd Okręgowy spornej kwestii, czy prawidłowo Zamawiający przy ocenie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie IH.2.3) lit. a) ppkt 1) w zakresie tunelu metra stosował definicję tunelu zawartą w art. 4 pkt 14 ustawy o drogach publicznych zaliczając tym samym długość stacji metra do doświadczenia w zakresie realizacji „tunelu metra” (w tym ewentualne zasięganie opinii biegłego), gdyż czynność taka nie jest niezbędna dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Mając powyższe na względzie Sąd Okręgowy częściowo oddalił skargę na podstawie art. 198 ust. 2 ustawy Pzp (w brzmieniu obowiązującym przed zmianą dokonaną ustawą z dnia 2 grudnia 2009r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw).

Zasadne są natomiast zarzuty Skarżącego odnoszące się do naruszenia przepisu 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do Konsorcjum Pol- Aqua. Zgodnie z treścią przepisu art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu żąda od wykonawcy m.in. dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ustawy Pzp, pod rygorem wykluczenia z postępowania (vide art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym do 22 grudnia 2009r., który znajduje zastosowanie w niniejszej sprawie i art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w brzmieniu obowiązującym od dnia 22 grudnia 2009r.). Kompletne i pozbawione błędów dokumenty winny być

członożone co do zasady wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w ■postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego (art. 50 ust. 1 ustawy Pzp). W celu uniknięcia sytuacji wykluczenia z powodów formalnych (braki w zakresie żądanych dokumentów lub złożenie dokumentów zawierających błędy) z postępowania wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, a zatem mogą wykonać zamówienie zgodnie z ogłoszeniem, ustawodawca przewidział możliwość uzupełniania przez wykonawców wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w trybie określonym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Uprawnienie to ma jednak charakter wyjątkowy, w związku tym przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp winien podlegać ścisłej wykładni. W niniejszej sprawie Zamawiający w punkcie III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu określił m.in., jakie wymagania winien spełniać Kierownik Budowy i jakie dokumenty winny być złożone na potwierdzenie spełniania tych wymagań a tym samym na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu wskazanego w art. 22 ust. 1 pkt 2

ustawy Pzp a polegającego na dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (wykaz nadzorowanych robót na potwierdzenie co najmniej 5 lat doświadczenia na stanowisku kierownika budowy, dokumenty potwierdzające, że Kierownik Budowy posiada wymagane odpowiednie uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie - do kierowania robotami budowlanymi, dokumenty potwierdzające posiadanie wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, dokumenty potwierdzające aktualny wpis na listę członków właściwej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa). Z treści wezwania z dnia 29 czerwca 2010r. skierowanego przez Zamawiającego do Wykonawcy Konsorcjum Pol- Aqua wynika, że Konsorcjum Pol- Aqua złożyło wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty mające potwierdzać spełnianie przez Kierownika Budowy wymogów postawionych w Ogłoszeniu o zamówieniu. Treść jednego z nich jednak świadczyła o tym, że osoba wskazana przez Konsorcjum Pol- Aqua na stanowisko Kierownika Budowy nie posiada wymaganego doświadczenia (vide: „dokumenty przedstawione we wniosku nie potwierdzają posiadania przez Pana Sławomira Chmarek co najmniej pięciu lat doświadczenia na stanowisku kierownika budowy”). Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wezwał zatem Konsorcjum Pol- Aqua „do uzupełnienia wniosku we wskazanym zakresie”. Zdaniem Sądu Okręgowego treść wezwania z dnia 29 czerwca 2010r. nie wskazuje na to, że Zamawiający wezwał (jak uznała Krajowa Izba Odwoławcza) Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w zakresie doświadczenia osoby wskazanej z imienia i nazwiska t.j. Sławomira Chmarka. Gdyby tak wąsko interpretować wezwanie z dnia 29 czerwca 2010r. (jako złożenie dokumentów dotyczących doświadczenia Sławomira Chmarka na stanowisku kierownika budowy), to jednocześnie nie można byłoby uznać za dopuszczalne uzupełnienie wniosku w odpowiedzi na to wezwanie poprzez wskazanie innej osoby na Kierownika Budowy, gdyż takie działanie nie

stanowiłoby wykonania wezwania do uzupełnienia wniosku. Tak wąska interpretacja wezwania z dnia 29 czerwca 2010r. mogłaby skutkować tym, że Zamawiający być może uniemożliwiłby Konsorcjum Pol- Aqua w ogóle wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdyby Sławomir Chmarek nie posiadał wymaganego pięcioletniego doświadczenia na stanowisku kierownika budowy a tym samym niewykonalne byłoby uzupełnienie wniosku poprzez złożenie dokumentów potwierdzających jego doświadczenie. W orzecznictwie KIO cytowanym w niniejszej sprawie przyjęta została zasada, że w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca może wskazać inną osobę uczestniczącą w wykonywaniu zamówienia, niż pierwotnie wymieniona we wniosku. Dopuszczenie takiej możliwości opiera się jednak na założeniu, że wezwanie do uzupełnienia wniosku - tak jak w niniejszej sprawie - odnosi się nie do wykazania doświadczenia zawodowego Sławomira Chmarka (gdyż posiadanie przez Sławomira Chmarka doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy nie jest warunkiem udziału w postępowaniu Konsorcjum Pol- Aqua) tylko do wykazania, że Wykonawca - Konsorcjum Pol- Aqua dysponuje osobą (wskazaną oczywiście z imienia i nazwiska) spełniającą wymogi postawione przez Zamawiającego (w tym w zakresie doświadczenia na stanowisku kierownika budowy) dla Kierownika Budowy. W odpowiedzi na takie wezwanie Wykonawca może zatem albo złożyć brakujące dokumenty dotyczące osoby pierwotnie wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy (tu: potwierdzające ostatecznie posiadanie przez Sławomira Chmarka pięcioletniego doświadczenia na stanowisku kierownika budowy - uzupełnienie wykazu prac budowlanych, jakimi kierował), albo w miejsce jednej osoby wskazanej pierwotnie na stanowisko Kierownika Budowy (tu: Sławomira Chmarka), co do której nie może złożyć wymaganych dokumentów, wskazać inną osobę (tu: Tadeusz Rogoż) składając żądane przez Zamawiającego w Ogłoszeniu dokumenty dotyczące tej osoby. Zgodnie z treścią przepisu art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w

postępowaniu. Oznacza to, że po uzupełnieniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie powinny już występować braki wniosku w zakresie tego warunku udziału w postępowaniu, który był przedmiotem wezwania. Oczywiście wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji działania zamawiającego, który nie dostrzegłszy jakiegos braku wniosku wezwał wykonawcę wyłącznie do złożenia konkretnego dokumentu, nie wzywając do złożenia innego - także brakującego dokumentu, skutkiem czego wniosek nadal dotknięty jest brakami. W takiej sytuacji możliwe jest kolejne wezwanie do uzupełnienia wniosku poprzez złożenie innego dokumentu niż pierwotnie żądany (na co wskazują orzeczenia KIO cytowane w uzasadnieniu odpowiedzi na skargę wniesionej przez Zamawiającego k. 529- 530). W niniejszej sprawie

9\

■ jednak wezwanie nie dotyczyło złożenia konkretnego — określonego z nazwy dokumentu. Przedmiotem wezwania z dnia 29 czerwca 2010r. było uzupełnienie wniosku w zakresie dokumentów dotyczących osoby Kierownika Budowy z uzasadnieniem, iż złożone dokumenty (a właściwie jeden z nich - wykaz osób z informacją na temat doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia) nie potwierdzają posiadania przez Sławomira Chmarek co najmniej 5 lat doświadczenia na stanowisku kierownika budowy. Wykonując to wezwanie Konsorcjum Pol- Aqua - jak wcześniej wskazano - mogło złożyć dokument potwierdzający posiadanie wymaganego doświadczenia pierwotnie wskazanego na stanowisko Kierownika Budowy Sławomira Chmarka (tym samym czyniąc kompletnym wniosek w zakresie dokumentów wymaganych w punkcie III.2.3 c) i e) w stosunku do osoby Kierownika Budowy), albo wskazując inną osobę na to stanowisko - złożyć komplet dokumentów dotyczących tej osoby żądanych w Ogłoszeniu o zamówieniu. Nie jest zdaniem Sądu Okręgowego dopuszczalna sytuacja, w której po wykonaniu wezwania do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu poprzez złożenie dokumentów, wniosek ten zostanie „zubożony” i dotknięty jest nadal brakami, nadto w szerszym zakresie niż dotychczas. Taka sytuacja zaistniała zaś w niniejszej sprawie, gdy po „wykonaniu” przez Konsorcjum Pol- Aqua wezwania z dnia 29 czerwca 2010r. wniosek tego Konsorcjum posiadał więcej braków niż w pierwotnym kształcie. Pierwotnie bowiem Konsorcjum to złożyło wszystkie wymagane dokumenty odnoszące się do osoby Kierownika Budowy (choć jeden z nich nie potwierdzał spełniania przez osobę wskazaną na stanowisko kierownika budowy jednego z wymogów postawionych przez Zamawiającego), w tym: dokumenty potwierdzające, że Kierownik Budowy posiada wymagane odpowiednie uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie - do kierowania robotami budowlanymi, dokumenty potwierdzające posiadanie wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, dokumenty potwierdzające aktualny wpis na listę członków właściwej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa. Po „uzupełnieniu” dokumentów przez Konsorcjum Pol- Aqua Zamawiający dysponował wnioskiem tego Konsorcjum zawierającym wyłącznie uzupełnienie wykazu osób uczestniczących w wykonaniu zamówienia z informacją na temat wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i zakresu wykonywanych czynności, dotyczącego „nowego” Kierownika Budowy, a pozbawionym dokumentów, które wcześniej były już dołączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (w odniesieniu do pierwotnie wskazanego Kierownika Budowy) t.j. dokumentów potwierdzających, że Kierownik Budowy posiada wymagane odpowiednie uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie - do kierowania robotami budowlanymi, dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej i dokumentów potwierdzających aktualny wpis na listę członków właściwej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa. Zdaniem Sądu

Okręgowego powyższych - spowodowanych nieprawidłowym działaniem samego Wykonawcy Konsorcjum Pol- Aqua - braków wniosku w zakresie dokumentów żądanych przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie można już uzupełnić w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dopuszczenie takiej możliwości pozostawałoby bowiem w sprzeczności z wymogiem złożenia przez wykonawcę wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu wszystkich oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i charakterem przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wprowadzającego jako wyjątek od tej zasady możliwość złożenia brakujących dokumentów lub oświadczeń w dodatkowym terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Nie sprzyjałoby także zapewnieniu szybkości i sprawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dopuszczenie do sytuacji, gdy w ramach uzupełnienia dokumentów wykonawca składa „częstkowo” poszczególne dokumenty, jednocześnie powodując powstawanie braków w zakresie innych dokumentów i oczekując kolejnego wezwania ze strony Zamawiającego do ich uzupełnienia. Tym samym zdaniem Sądu Okręgowego Konsorcjum Pol- Aqua we wskazanym przez Zamawiającego terminie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie złożyło dokumentów potwierdzających spełnianie przez to Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą Kierownika Budowy spełniającego wymogi określone w Ogłoszeniu o zamówieniu. Zgodnie zatem z treścią przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 tej ustawy podlegało wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na względzie Sąd Okręgowy na podstawie art. 198 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp (w brzmieniu obowiązującym przed zmianą dokonaną ustawą z dnia 2 grudnia 2009r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw) zmienił zaskarżony wyrok w punkcie 1. w ten sposób, że uwzględniając częściowo odwołanie Konsorcjum Warbud nakazał Zamawiającemu wykluczenie Wykonawcy Konsorcjum Pol- Aqua S. A. w Piasecznie i Dragados S. A. w Madrycie w Hiszpanii z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec uwzględnienia w części odwołania należało na podstawie art. 198 ust. 5 ustawy Pzp w związku z art. 98 k.p.c. zmienić także orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego zawarte w punkcie 3.4) wyroku w ten sposób, by Zamawiający zwrócił Konsorcjum Warbud kwotę 740 zł. 67 gr. stanowiącą połowę poniesionych przez to Konsorcjum kosztów z tytułu wpisu od odwołania. Koszty wynagrodzenia pełnomocnika w tym postępowaniu winny być wzajemnie zniesione. Częściowe uwzględnienie skargi skutkować zaś winno zasądzeniem od Zamawiającego na rzecz Skarżącego Konsorcjum Warbud połowy poniesionych przez to Konsorcjum kosztów opłaty od skargi uiszczonej w kwocie 100 000 zł. t.j. kwoty 50 000 zł. i wzajemnym zniesieniem kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu przed Sądem Okręgowym między stronami na podstawie art. 198 ust. 5 ustawy Pzp w związku z art. 100 k.p.c. Na rzecz przystępującego do

udziału w postępowaniu po stronie Zamawiającego Konsorcjum Hydrobudowa należało zaś zasądzić od Skarżącego koszty zastępstwa prawnego w postępowaniu przed Sądem Okręgowym, gdyż w zakresie zarzutów dotyczących Konsorcjum Hydrobudowa skarga została oddalona. Wysokość kosztów z tego tytułu została określona na podstawie przepisu § 10 ust. 1 pkt 4 w związku z § 5 i § 12 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez

□ -- _____