

Sygn. akt KIO/UZP 666/09

KIO/UZP 667/09

KIO/UZP 668/09

KIO/UZP 669/09

KIO/UZP 679/09

WYROK

z dnia 10 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 czerwca 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **26 maja 2009 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa w dniu 20.05.2009 r. (KIO/UZP 666/09),

B. Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o., ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa w dniu 20.05.2009 r. (KIO/UZP 667/09),

C. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EGIS Poland Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa (pełnomocnik konsorcjum), EGIS STRUCTURES ET ENVIRONNEMENT S.A., EGIS Route-Scetauroute S.A. Oddział w Polsce, w dniu 21.05.2009 r. (KIO/UZP 668/09),

D. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EGIS Poland Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa (pełnomocnik konsorcjum), EGIS STRUCTURES ET ENVIRONNEMENT S.A., EGIS Route-Scetauroute S.A. Oddział w Polsce w dniu 21.05.2009 r. (KIO/UZP 669/09),

E. SAFEGE S.A., 15/27 rue du Port, Parc de l'Île, F-92000 Nanterre, Francja w dniu 21.05.2009 r. (KIO/UZP 679/09)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych, ul. Chmielna 120, 00-801 Warszawa** protestów z dn. 30.04.2009 r. złożonych przez:

- **Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. (A, D)**
- **SAFEGE S.A. (B, C, E)**

przy udziale wykonawców:

- **Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o.** zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO/UZP 668/09 i KIO/UZP 669/09 po stronie Zamawiającego,
- **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EGIS Poland Sp. z o.o., EGIS STRUCTURES ET ENVIRONNEMENT S.A., EGIS Route-Scetauroute S.A. Oddział w Polsce** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO/UZP 666/09 i KIO/UZP 679/09 po stronie Zamawiającego
- **SAFEGE S.A.** zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 666/09 po stronie Odwołującego.

orzeka:

1. 1) uwzględnia odwołania złożone przez **Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o.** w sprawach sygn. akt KIO/UZP 666/09 i KIO/UZP 667/09 (A i B) oraz odwołanie złożone przez **SAFEGE S.A.** w sprawie sygn. akt KIO/UZP 679/09 (E), w związku z czym nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z zastosowaniem procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i
- 2) oddala odwołania złożone przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EGIS Poland Sp. z o.o., EGIS STRUCTURES**

**ET ENVIRONNEMENT S.A., EGIS Route-Scetauroute S.A. Oddział w Polsce
w sprawach sygn. akt KIO/UZP 668/09 i KIO/UZP 669/09 (C i D)**

2. Kosztami postępowania obciąża:

- **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych** w zakresie odwołań uwzględnionych (KIO/UZP 666/09, KIO/UZP 667/09 i KIO/UZP 679/09)
- **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EGIS Poland Sp. z o.o., EGIS STRUCTURES ET ENVIRONNEMENT S.A., EGIS Route-Scetauroute S.A. Oddział w Polsce** w zakresie odwołań oddalonych (KIO/UZP 668/09 i KIO/UZP 669/09)

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **914 zł 80 gr** (słownie: dziewięćset czternaście złotych osiemdziesiąt groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o.**,
 - B** koszty w wysokości **914 zł 80 gr** (słownie: dziewięćset czternaście złotych osiemdziesiąt groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o.**,
 - C** koszty w wysokości **914 zł 80 gr** (słownie: dziewięćset czternaście złotych osiemdziesiąt groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EGIS Poland Sp. z o.o., EGIS STRUCTURES ET ENVIRONNEMENT S.A., EGIS Route-Scetauroute S.A. Oddział w Polsce**,
 - D** koszty w wysokości **914 zł 80 gr** (słownie: dziewięćset czternaście złotych osiemdziesiąt groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EGIS Poland Sp. z o.o., EGIS STRUCTURES ET ENVIRONNEMENT S.A., EGIS Route-Scetauroute S.A. Oddział w Polsce**,
 - E** koszty w wysokości **914 zł 80 gr** (słownie: dziewięćset czternaście złotych osiemdziesiąt groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SAFEGE S.A.**,

- 2) dokonać wpłaty niżej wymienionych kwot, stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
- A** kwoty **2 714 zł 80 gr** (słownie: dwa tysiące siedemset czternaście złotych osiemdziesiąt groszy) przez **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych** na rzecz **Zakładów Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o.** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie KIO/UZP 666/09,
 - B** kwoty **2 714 zł 80 gr** (słownie: dwa tysiące siedemset czternaście złotych osiemdziesiąt groszy) przez **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych** na rzecz **Zakładów Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o.** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie KIO/UZP 667/09,
 - C** kwoty **720 zł 00 gr** (słownie: siedemset dwadzieścia złotych zero groszy) przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EGIS Poland Sp. z o.o., EGIS STRUCTURES ET ENVIRONNEMENT S.A., EGIS Route-Scetauroute S.A. Oddział w Polsce,** na rzecz **Miasta Stołecznego Warszawa – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych** z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie KIO/UZP 668/09,
 - D** kwoty **720 zł 00 gr** (słownie: siedemset dwadzieścia złotych zero groszy) przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EGIS Poland Sp. z o.o., EGIS STRUCTURES ET ENVIRONNEMENT S.A., EGIS Route-Scetauroute S.A. Oddział w Polsce,** na rzecz **Miasta Stołecznego Warszawa – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych** z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie KIO/UZP 669/09,
 - E** kwoty **4 514 zł 80 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset czternaście złotych osiemdziesiąt groszy) przez **Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych** na rzecz **SAFEGE S.A.** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie KIO/UZP 679/09.
- 3) dokonać zwrotu kwoty **70 426 zł 00 gr** (słownie: siedemdziesiąt tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

- A** kwoty **14 085 zł 20 gr** (słownie: czternaście tysięcy osiemdziesiąt pięć złotych dwadzieścia groszy) na rzecz **Zakładów Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o.**,
- B** kwoty **14 085 zł 20 gr** (słownie: czternaście tysięcy osiemdziesiąt pięć złotych dwadzieścia groszy) na rzecz **Zakładów Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o.**,
- C** kwoty **14 085 zł 20 gr** (słownie: czternaście tysięcy osiemdziesiąt pięć złotych dwadzieścia groszy) na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EGIS Poland Sp. z o.o., EGIS STRUCTURES ET ENVIRONNEMENT S.A., EGIS Route-Scetauroute S.A. Oddział w Polsce,**
- D** kwoty **14 085 zł 20 gr** (słownie: czternaście tysięcy osiemdziesiąt pięć złotych dwadzieścia groszy) na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EGIS Poland Sp. z o.o., EGIS STRUCTURES ET ENVIRONNEMENT S.A., EGIS Route-Scetauroute S.A. Oddział w Polsce,**
- E** kwoty **14 085 zł 20 gr** (słownie: czternaście tysięcy osiemdziesiąt pięć złotych dwadzieścia groszy) na rzecz **SAFEGE S.A.**

U z a s a d n i e

I. W Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2009/S 3-003593 z dnia 07.01.2009 r., Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych (zwane dalej Zamawiającym), ogłosiło postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn.: „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania Budowa trasy mostu Północnego zadanie 1 etap I od węzła z ul. Pułkową do węzła z ul. Modlińską”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Wartość zamówienia oszacowano na 75 860 655,75 zł (19 566 339,73 euro).

W dniu 21.04.2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o jego wyniku.

Na tą czynność Zamawiającego w dniu 30.04.2009 r. zostały złożone dwa protesty:

- 1) protest złożony przez Zakłady Budownictwa Mostowego Inwestor Zastępczy Sp. z o.o. (dalej: ZBM) kwestionujący zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EGIS Poland Sp. z o.o., EGIS

STRUCTURES ET ENVIRONNEMENT S.A., EGIS Route-Scetauroute S.A. Oddział w Polsce (dalej: EGIS) i Mott McDonald Limited (dalej: Mott McDonald)

- 2) protest SAFEGE S.A. (dalej: SAFEGE), kwestionujący zaniechanie wykluczenia z postępowania EGIS, Mott McDonald i ZBM.

Zamawiający oba protesty rozstrzygnął w dn. 11.05.2009 r. w taki sposób, że część zarzutów oddalił, a część uwzględnił, przy czym uwzględniając protesty co do niektórych zarzutów, dotyczących „potencjału kadrowego i doświadczenia” wykonawców, nie zajął stanowczego stanowiska co do konkretnych zastrzeżeń podnoszonych przez protestujących, lecz jedynie zapowiedział, że w tym zakresie powtórzy czynność badania i oceny ofert. W konsekwencji takiego zachowania Zamawiającego od rozstrzygnięcia protestu w zakresie „uwzględnionych” zarzutów odwołali się wszyscy wykonawcy zainteresowani wynikiem postępowania, uznając z ostrożności (aby nie utracić na późniejszym etapie postępowania możliwości skutecznego wniesienia protestu na zapowiedzianą powtórzoną czynność Zamawiającego), iż skoro Zamawiający nie wypowiedział się w istocie co do meritum, że zarzuty zostały oddalone.

Do łącznego rozpoznania zostały połączone odwołania:

1. W sprawie KIO/UZP 666/09 ZBM w dn. 20.05.2009 r. odwołał się od rozstrzygnięcia złożonego przez siebie protestu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 przez wykluczenie z postępowania EGIS i Mott MacDonald oraz podtrzymując zarzuty podniesione w proteście co do
 - 1) oferty EGIS
 - podania nieprawdziwych informacji w ofercie EGIS dotyczących inspektorów nadzoru robót mostowych,
 - 3) w ofercie MOTT MacDonald
 - niewykazanie dysponowaniem inspektorem robót gazowniczych o wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniu,
 - niewykazanie posiadania wymaganego doświadczenia (ponieważ most Kiezmark Jazowa był modernizowany, a nie wybudowany przez wykonawcę)oraz niezłączenie do obu kwestionowanych ofert zobowiązań innych podmiotów dysponujących potencjałem kadrowym;
2. W sprawie KIO/UZP 667/09 ZBM w dn. 20.05.2009 r. odwołał się od rozstrzygnięcia protestu złożonego przez SAFEGE (uprzednio – w dn. 7.05.2009 r. - przystępując do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia tego protestu), zarzucając

Zamawiającemu nieprawidłowe rozstrzygnięcie protestu i kwestionując następujące zarzuty w proteście SAFEGE wobec oferty ZBM:

- brak wykazania dysponowaniem osobami realizującymi kontrakt „od początku do końca”, zgodnie z wymogami postawionymi przez Zamawiającego,
 - zastrzeżenia do doświadczenia Pana Zdzisława S. i Zbigniewa P.,
 - brak wykazania realizacji mostu metodą nawisową w doświadczeniu inspektorów nadzoru i doświadczeniu wykonawcy,
 - zakres odpowiedzialności cywilnej wynikającej z polisy załączonej do oferty przez ZBM,
 - zarzut rażąco niskiej ceny;
3. W sprawie KIO/UZP 668/09 EGIS w dn. 21.05.2009 r. odwołał się od rozstrzygnięcia protestu złożonego przez SAFEGE (uprzednio – w dn. 7.05.2009 r. - przystępując do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia tego protestu), zarzucając Zamawiającemu nieprawidłowe rozstrzygnięcie protestu i kwestionując zarzuty podniesione w proteście SAFEGE w zakresie podania nieprawdziwych informacji w ofercie EGIS;
4. W sprawie KIO/UZP 669/09 EGIS w dn. 21.05.2009 r. odwołał się od rozstrzygnięcia protestu złożonego przez ZBM (uprzednio – w dn. 7.05.2009 r. - przystępując do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia tego protestu), zarzucając Zamawiającemu nieprawidłowe rozstrzygnięcie protestu i kwestionując zarzuty podniesione w proteście ZBM w zakresie podania nieprawdziwych informacji w ofercie EGIS;
5. W sprawie KIO/UZP 6679/09 SAFEGE w dn. 21.05.2009 r. odwołał się od rozstrzygnięcia złożonego przez siebie protestu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 90 Prawa zamówień publicznych, podtrzymując zarzuty podniesione w proteście dotyczące:
- 1) oferty EGIS
 - podania nieprawdziwych informacji dotyczących inspektorów nadzoru robót mostowych,
 - niewykazanie, że inspektorzy nadzoru na poprzednich kontraktach pełnili funkcje od początku do końca ich trwania,
 - 2) oferty Mott MacDonald
 - niewykazanie, że inspektorzy nadzoru na poprzednich kontraktach pełnili funkcje od początku do końca ich trwania,
 - niewykazanie pełnienia funkcji przez inspektorów nadzoru przy wykonywaniu mostów metodą nawisową,

- braki w doświadczeniu zawodowym osób przewidzianych na stanowisko inspektora do spraw BHP i przyrodnika/ornitologa,
- niewykazanie posiadania wymaganego doświadczenia (ponieważ most Kieźmark Jazowa był modernizowany, a nie wybudowany przez wykonawcę),
- niezachowanie zasady prowadzenia postępowania w języku polskim

3) oferty ZBM

- brak wykazania dysponowaniem osobami realizującymi kontrakt „od początku do końca”, zgodnie z wymogami postawionymi przez Zamawiającego,
- zastrzeżenia do doświadczenia Pana Zdzisława S. i Zbigniewa P.,
- brak wykazania realizacji mostu metodą nawisową w doświadczeniu inspektorów nadzoru i doświadczeniu wykonawcy,
- zakres odpowiedzialności cywilnej wynikającej z polisy załączonej do oferty przez ZBM, oraz wobec wszystkich zakwestionowanych ofert – zaferowanie rażąco niskiej ceny.

Do postępowań odwoławczych zgłosili skutecznie przystąpienie:

- ZBM do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO/UZP 668/09 i KIO/UZP 669/09 po stronie Zamawiającego,
- EGIS do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO/UZP 666/09 i KIO/UZP 679/09 po stronie Zamawiającego
- SAFEGE do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 666/09 po stronie Odwołującego.

Izba na posiedzeniu dopuściła wszystkich wyżej wymienionych wykonawców do postępowań odwoławczych po stronie, po której przystąpili.

Ponadto wykonawca ZBM zgłosił przystąpienie w sprawie KIO/UZP 679/09 zarówno po stronie Zamawiającego, jak i Odwołującego SAFEGE, w związku z czym Izba postanowiła nie dopuścić ZBM jako przystępującego w postępowaniu odwoławczym KIO/UZP 679/09, stwierdzając, zgłoszenie przystąpienia po obu stronach postępowania odwoławczego jest sprzeczne z art. 184 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, bowiem czynności przystępującego nie mogą być sprzeczne z czynnościami strony, do której przystąpił.

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

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołania złożone przez ZBM i SAFEGE

zasługują na uwzględnienie, natomiast nie ma podstaw uwzględnienia odwołań złożonych przez EGIS.

Wynik postępowania z dn. 21.04.2009 r. przedstawiał się następująco:

1. EGIS – z ceną 8 806 651,74 zł (oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą),
2. Mott MacDonald z ceną 9 076 800,00 zł,
3. ZBM z ceną 9 287 860/00 zł,
4. Wykonawca wykluczony/oferta odrzucona z ceną 13 163 439,55 zł,
5. Wykonawca wykluczony/oferta odrzucona z ceną 19 471 200,00 zł,
6. SAFEGE z ceną 21 937 430,00 zł,
7. Oferta z ceną 26 909 662,00 zł.

Wobec powyższego Izba uznała, że wszyscy Odwołujący mają interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia złożonych przez nich odwołań, i powtórnej oceny ofert, oferta każdego z nich miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Zarzuty dotyczące poszczególnych osób, o wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniu.

- I. Zarzuty wobec EGIS odnośnie podania nieprawdziwych informacji w zakresie doświadczenia inspektorów nadzoru mostowego.

Odwołujący ZBM i SAFEGE zarzucili Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia z postępowania EGIS na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, z powodu załączenia do oferty nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia osób przewidzianych na stanowisko inspektorów nadzoru, Panów Rajmunda K. i Roberta T. Zamawiający w SIWZ postawił bardzo wysokie wymagania co do doświadczenia inspektorów nadzoru robót mostowych – m.in. wykonawcy mieli się wykazać dysponowaniem inżynierem, „który pełnił funkcje inspektora nadzoru robót mostowych na co najmniej jednym moście o następującej charakterystyce: most wieloprzęsłowy w układzie belki ciągłej o łącznej długości minimum 250,0m; minimalna rozpiętość przęsła nurtowego 90,0m.” (pkt. 5.3.2 SIWZ). W związku z powyższym, oświadczenie o spełnieniu wymogu nadzorowania mostu długości co najmniej 90m było informacją mającą wpływ na ocenę, czy dany wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Bezsporne jest, że wykonawca EGIS

podał w swojej ofercie nieprawdziwe informacje w tym zakresie – wykonawca złożył oświadczenie o złożeniu nieprawdziwych informacji zarówno w składanych pismach, jak i na rozprawie przed Izbą.

EGIS w toku postępowania nie kwestionował faktu, że rzeczywiście podał w ofercie nieprawdziwe informacje, lecz wskazywał, że zrobił to nieświadomie, w czym upatrywał czynnika egzoneracyjnego, wyłączającego nakaz wykluczenia z postępowania wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. EGIS wywodził, że dla ustalenia, czy podlega on wykluczeniu, należy wykazać, że jego działanie było celowe, nakierowane na wprowadzenie Zamawiającego w błąd, a jego zamiarem było wyłudzenie zamówienia publicznego, wskazując, że nieprawdziwych informacji nie można podać z winy nieumyślnej, przyznając jednak, że doszło do tego (w dokumentach załączonych przez niego do oferty złożonej w postępowaniu) w wyniku niedbalstwa, dlatego, że nie dochował należytej staranności. Skład orzekający Izby przychylił się jednak do stanowiska prezentowanego w odniesieniu do tego zagadnienia przez Odwołujących ZBM i SAFEGE, stwierdzając, że Prawo zamówień publicznych nie rozróżnia skutków podania nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania, ze względu na postać winy wykonawcy (wina umyślna czy niedbalstwo), dlatego nie ma znaczenia, że wykonawca nie miał zamiaru podawać nieprawdziwych informacji; dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja, mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Gdyby w tej mierze istniały jakiegokolwiek wątpliwości, informacje byłyby niepełne (nie potwierdzałyby spełnienia warunku udziału w postępowaniu) bądź zawierały nieścisłości, Zamawiający mógłby je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 Prawa zamówień publicznych. Jednak w danym przypadku żadnych wątpliwości być nie mogło: minimalnym, progowym wymogiem było uczestniczenie w nadzorowaniu mostu długości co najmniej 90m, w doświadczeniu zawodowym Panów Kilarzkiego i Tłustochowskiego takie właśnie mosty podano, tymczasem w toku postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestów wyszło na jaw, że żaden z nich nie nadzorował mostu o takiej długości. Bez znaczenia dla ustalenia tej okoliczności jest fakt, że w kilku miejscach wykazu odnoszącego się do przedmiotowego doświadczenia zawodowego nie podano dokładnych długości, a jedynie posługiwano się określeniami „około” czy „ponad” – skoro minimalnym wymogiem było posiadanie w doświadczeniu mostu długości minimum 90m, to należy przyjąć, że intencją sporządzającego wykaz opisujący oczekiwane przez Zamawiającego było oświadczenie o nadzorowaniu realizacji mostów o minimalnej długości 90m.

Reasumując, Izba uwzględniła zarzut zaniechania wykluczenia EGIS na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, w związku z czym uwzględniła zarzuty w tym zakresie podniesione przez ZBM i SAFEGE (KIO/UZP 666/09 i KIO/UZP 679/09).

W konsekwencji, Izba oddaliła zarzuty w tym zakresie (odnośnie braku konsekwencji podania nieprawdziwych informacji) podniesione odwołaniach EGIS KIO/UZP 668/09 i KIO/UZP 669/09.

II. Zarzuty wobec Mott MacDonald dotyczące inspektora robót gazowniczych.

Izba uwzględniła zarzut dotyczący doświadczenia zawodowego inspektora robót gazowniczych, skierowany przez ZBM wobec Mott MacDonald (KIO/UZP 666/09) co do podstawy faktycznej.

Zamawiający w piśmie z dn. 2 marca 2009 r. (w odpowiedzi na pytanie nr 33), stwierdził, że „kandydaci na stanowisko inspektorów nadzoru branży innej niż drogowa i mostowa winni wykazać nabyte doświadczenie przy robotach drogowych i mostowych”. Pan Dariusz O., zaproponowany na stanowisko inspektora robót gazowniczych przez Mott MacDonald (w trybie uzupełnienia dokumentów w wyniku wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych), ma doświadczenie w wymaganym zakresie w okresie od lutego 2005 r. do maja 2008 r. (co wynika z pozycji 2-6 tabeli zawierającej opis doświadczenia zawodowego uzupełnionej przez Mott MacDonald przy piśmie z dn. 17 kwietnia 2009.; w pozycjach 1 i 7 brak sprecyzowania, zgodnie w wymogiem opisanym w piśmie z dn. 2 marca 2009 r., iż nadzory dotyczyły robót drogowych i mostowych).

Wobec powyższego Izba uwzględniła zarzut zaniechania wykluczenia Mott MacDonald na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, ponieważ na podstawie uzupełnionych dokumentów Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że Mott MacDonald spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Niemniej jednak należy zwrócić uwagę, że co prawda słusznie Odwołujący wskazuje, że w praktyce ugruntowała się zasada „jednokrotnego wzywania” do uzupełniania dokumentów i składania wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych (celem tej zasady jest zachowanie równego traktowania wykonawców; niezgodne z tą zasadą byłoby wielokrotne wzywanie wykonawcy „do skutku”, tj. do momentu, kiedy wykaże on, że spełnia warunek udziału w postępowaniu), jednak w ocenie składu orzekającego nie sprzeciwia się tej zasadzie skorzystanie z art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych w przypadku, kiedy wyjaśnienia już złożone w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych budzą wątpliwości. Dlatego w przypadku dokumentów dotyczących Pana O. wydaje się dopuszczalne wyjaśnienie przez Zamawiającego, czy nadzór wymieniony w poz. 7 uzupełnionego wykazu doświadczenia zawodowego inspektora robót gazowniczych dotyczył robót drogowych i mostowych, zgodnie z wymogiem Zamawiającego.

III. Zarzuty SAFEGE dotyczące pana Zbigniewa P.

1. Wymóg prowadzenia kontraktu „od początku do końca”.

Odwołujący SAFEGE zauważył, że we wszystkich trzech ofertach na pierwszych trzech miejscach w rankingu ofert jako osobę z oczekiwanym przez Zamawiającego doświadczeniem wskazano Zbigniewa Pawłowskiego, lecz w każdej ofercie podano inne informacje dotyczące jego doświadczenia, w szczególności w zakresie wymogu Zamawiającego co do „rozpoczynania, kontraktu, rozliczania kontraktu i przekazania go Inwestorowi” (oferta EGIS – strona 33 i nn, oferta mott – strona 24 i nn, oferta ZBM – strona 15 i nn).

Nie ulega wątpliwości, że są to informacje, które co najmniej mogą mieć wpływ na wynik postępowania, dlatego rozbieżność w złożonych ofertach w odniesieniu do inspektora nadzoru powinna była wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i powinien on je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, i postąpić konsekwentnie z wynikiem przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego.

Należy zauważyć, że Zamawiający postawił dość wygórowane i bardzo szczegółowe warunki udziału w postępowaniu, stosownie do rangi i zakresu przedmiotu zamówienia, dlatego na etapie badania, czy wykonawcy spełnili warunek udziału w postępowaniu, nie może bezkrytycznie akceptować złożonych oświadczeń wykonawców, jeżeli budzą one jakiegokolwiek wątpliwości bądź są sprzeczne (czy to w ramach tej samej oferty, czy to – w związku z przedstawieniem we wszystkich trzech ofertach tych samych osób – zaistniały sprzeczności pomiędzy ofertami), powinien je wyjaśnić w trybie przewidzianym przez Prawo zamówień publicznych. Zamawiający oczekiwał, że inspektor nadzoru będzie miał doświadczenie w wykonywaniu ściśle określonych prac „na kontraktach od początku do końca ich trwania tzn. rozpoczynali kontrakt, rozliczali kontrakt oraz brali udział w przekazaniu Inwestorowi.” (pkt 5.3.1 SIWZ; wymóg ten dotyczył inżyniera rezydenta, inspektorów nadzoru robót mostowych oraz inspektora nadzoru robót drogowych). W opisie warunku Zamawiający kładł nacisk na rodzaj wykonywanych czynności przez inspektorów nadzoru, a nie na datę popisania i zakończenia poszczególnych kontraktów, dlatego konsekwentnie powinien zweryfikować podane w ofertach informacje w tym zakresie i sprawdzić, czy wykonawcy przedstawili osoby posiadające wymagane doświadczenie czyli m.in. wykonywały one wszystkie czynności istotne dla Zamawiającego podczas realizacji kontraktu. Przy czym - wbrew interpretacji ZBM - z tak postawionego warunku udziału w postępowaniu wynikało w ocenie Izby, że każdy z inspektorów przewidzianych na odpowiednie stanowiska ma mieć doświadczenie „od początku do końca” kontraktu, a doświadczenie w wykonywaniu tych czynności w ramach jednego kontraktu nie może być sumowane z doświadczenia dwóch czy więcej osób (tzn. Zamawiający nie dopuszczał, aby

jeden z inspektorów miał doświadczenie w rozpoczynaniu kontraktu, drugi inspektor – doświadczenie w rozliczaniu kontraktu, a trzeci – w przekazaniu inwestorowi).

Analogicznie należy postąpić w przypadku Panów Wojciecha G. i Krzysztofa K. wskazanych w ofercie Mott MacDonald na stanowiska inspektorów nadzoru robót mostowych (odpowiednio strona 20 i 29 oferty Mott MacDonald), co do których SAFEGE podniósł podobne zastrzeżenia, jak wobec Pana Zbigniewa P., a mianowicie, że w załączonych do oferty wykazach brak informacji, czy realizowali oni kontrakty „od początku do końca”. Wymóg Zamawiającego co do rodzajów czynności wykonywanych w trakcie kontraktu dotyczy każdej z 3 osób zaproponowanych na przedmiotowe stanowisko.

Zamawiający powinien wyjaśnić, czy w kolumnie piątej tabeli zawierającej wykaz doświadczenia zawodowego wykonawca podał datę podpisania i zakończenia kontraktu, czy daty, w których dany inspektor nadzoru rozpoczął i zakończył sprawowanie swoich czynności (rozpoczął, rozliczył i przekazał Inwestorowi); te daty mogą, ale nie muszą się pokrywać.

Wobec powyższego Izba uwzględniła zarzut podniesiony wobec Mott MacDonald przez SAFEGE w postępowaniu KIO/UZP 679/09 i nakazuje w tym zakresie skorzystać w trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 bądź 4 Prawa zamówień publicznych.

2. Brak w doświadczeniu inspektorów nadzoru robót mostowych mostu wykonywanego metodą nawisową (zarzut SAFEGE wobec ZBM, podniesiony w postępowaniu KIO/UZP 679/09, któremu ZBM sprzeciwia się w postępowaniu 667/09; analogiczny zarzut podniósł SAFEGE wobec Mott MacDonald)

Zamawiający w SIWZ w pkt. 5.3.2. (str. 5) postawił następujący wymóg „Osoby na ww. stanowisko winne łącznie udokumentować doświadczenia przy nadzorowaniu montażu przęseł mostowych metodą przez nasuwanie, metodą nawisową, przez spławianie i podnoszenie ze środków pływających.” Oznacza to, że wystarczyło, aby przynajmniej jedna ze wskazanych osób posiadała doświadczenie w montażu mostów wszystkimi wskazanymi osobami, bądź wszystkie 3 osoby powinny posiadać doświadczenie łącznie.

W zakwestionowanych przez SAFEGE ofertach Mott i ZBM w wykazach zawierających opis doświadczenia zawodowego osób przeznaczonych do pełnienia funkcji inspektorów nadzoru robót mostowych brak wymienienia *expressis verbis* realizacji mostu metodą nawisową, a realizacja mostów tą metodą nie wynika z innych dokumentów załączonych do oferty. ZBM wskazywał, że nawet jeżeli z innych powodów zakwestionuje się doświadczenie Pana Zbigniewa P., to warunek polegający na realizacji mostu wszystkimi wymaganymi przez Zamawiającego metodami spełnia Kazimierz K. (strona 17 oferty ZBM), ponadto w świetle już posiadanych przez Zamawiającego dokumentów, a mianowicie z wykazu doświadczenia Pana P. dla mostu w Płocku załączonego do oferty EGIS oraz Mott MacDonald Limited) możliwe jest stwierdzenie spełnienia warunku przez Pana P.

Skład orzekający po analizie dokumentów złożonych w postępowaniu i stanowisk zaprezentowanych przez strony, postanowił uwzględnić zarzut podniesiony przez SAFEGE w tym zakresie. Rzeczywiście, Zamawiający na podstawie dokumentów złożonych wraz z ofertami Mott MacDonald i ZBM nie był legitymowany do uznania, że inspektorzy nadzoru wykonywali mosty metodą nawisową (brak informacji w tym zakresie w wykazach opisujących doświadczenie danych osób). W ocenie Izby nie ma podstaw, aby oceniać spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców na podstawie dokumentów złożonych w innych ofertach. Zamawiający powinien wyjaśnić tę kwestię w trybie art. 26 ust. 3 bądź 4 Prawa zamówień publicznych na etapie oceny ofert.

W momencie orzekania przez Izbę, w toku postępowań toczących się w wyniku złożenia protestów, wykonawca ZBM złożył już oświadczenie wyjaśniające, że metodą nawisową realizowany był most w Płocku. Co prawda nie było to oświadczenie złożone w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, ponieważ nastąpiło bez wezwania Zamawiającego, jednak ze względu na ekonomikę postępowania nie ma w ocenie Izby przeszkód, aby takie oświadczenie Zamawiający przyjął do wiadomości (nakazanie przez Izbę zastosowania w tym zakresie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych byłoby niezgodne z art. 191 ust. 1a Prawa zamówień publicznych zastosowanym odpowiednio). Nie zmienia to jednak faktu, że Zamawiający powinien taką procedurę zastosować wobec Mott MacDonald (który nie był uczestnikiem postępowania odwoławczego), wobec czego, aby nie mieć żadnych wątpliwości, a równocześnie nie narazić się na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, Zamawiający może zastosować identyczną procedurę wobec wszystkich wykonawców, co do których zgłoszono zastrzeżenia braku realizacji mostu metodą nawisową.

Analogiczny zarzut (tj. braku realizacji mostu metodą nawisową) SAFEGE postawił co do doświadczenia wykonawcy ZBM i Mott MacDonald – ponieważ Zamawiający, oprócz opisanych wyżej wymogów, o których mowa w pkt. 5.3.2. SIWZ, odnoszących się do doświadczenia posiadanego przez inspektorów nadzoru, również sformułował wymóg co do doświadczenia wykonawcy w pkt. 5.3.1 SIWZ – miał on „wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat, pełnił obowiązki Inżyniera Kontraktu na zadaniach o złożoności porównywalnej z przedmiotem niniejszego zamówienia, to jest przy realizacji co najmniej dwujezdniowego odcinka drogi klasy co najmniej GP, o długości łącznej co najmniej 3 km oraz przy realizacji drogowych obiektów inżynierskich o łącznej długości co najmniej 500,0 m, w tym minimum jeden z przęsłem nurtowym o rozpiętości co najmniej 90,0 m.”. Jak się wydaje, Odwołujący SAFEGE zinterpretował warunek udziału w postępowaniu postawiony wobec doświadczenia wykonawcy, posiłkując się opisem warunku odnoszącego się do potencjału kadrowego, czyli poszczególnych osób przewidzianych do realizacji zamówienia. W konsekwencji przyjęcia takiego punktu widzenia Odwołujący SAFEGE przyjął, że również wykonawca miał wykazać

się sprawowaniem funkcji inżyniera kontraktu wszystkimi metodami, wskazanymi przy opisie warunku dla inspektorów nadzoru robót mostowych.

Jednak skład orzekający stoi na stanowisku, że warunki udziału w postępowaniu należy interpretować w sposób ścisły – wobec czego, skoro Zamawiający nie sformułował wyraźnie wymogu w tym zakresie, wystarczy wykazanie się realizacją usług o zbliżonym zakresie - „o złożoności porównywalnej z przedmiotem niniejszego zamówienia”; przy opisie doświadczenia wykonawcy Zamawiający zaakcentował inne wymagania, niż przy doświadczeniu inspektorów nadzoru (tj. rozmiary obiektu inżynierskiego).

Wobec czego Izba oddaliła zarzut w tym zakresie podniesiony przez SAFEGE wobec Mott MacDonald i ZBM w postępowaniu odwoławczym KIO/UZP 679/09, i uwzględniła odwołanie złożone przez ZBM KIO/UZP 667/09.

IV. Doświadczenie Pana Zdzisława S. (zarzut podniesiony przez SAFEGE wobec ZBM – postępowanie KIO/UZP 679/09, ZBM sprzeciwia się zarzutom w postępowaniu KIO/UZP 667/09)

Zarzuty odnośnie Pana Zdzisława S. są analogiczne, jak wobec Pana Zbigniewa P. pod względem braku realizacji kontraktu „od początku do końca” dlatego Izba nakazuje Zamawiającemu przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w tym zakresie zgodnie z art. 26 ust. 3 bądź 4 Prawa zamówień Publicznych, uwzględniając zarzut SAFEGE w tym zakresie.

Natomiast wobec oświadczenia złożonego przez ZBM, że osoba ta pełniła funkcje koordynatora inspektorów nadzoru (oświadczenie to w ocenie Izby nie zostało w wiarygodny sposób podważone przez SAFEGE, a Zamawiający nie oczekiwał potwierdzenia tego wymogu jakimikolwiek dokumentami) nie ma przeszkód, żeby uznać, że doświadczenie to przewyższa wymagane przez Zamawiającego doświadczenie (Zamawiający wyraźnie w odpowiedziach na pytania wymagał dla określonych osób doświadczenia w pełnieniu funkcji inspektorów nadzoru). Wobec powyższego Izba oddaliła zarzut w tym zakresie podniesiony przez SAFEGE w postępowaniu KIO/UZP 679/09 i uwzględniła stanowisko ZBM zaprezentowane w postępowaniu odwoławczym KIO/UZP 667/09.

V. Pozostałe zarzuty SAFEGE wobec Mott MacDonald dotyczące doświadczenia potencjału kadrowego (KIO/UZP 679/09)

Skład orzekający Izby uznał za zasadne zarzuty podniesione wobec doświadczenia inspektora nadzoru do spraw BHP, Pana Piotra D. (strona 76 oferty Mott MacDonald). Podane w wykazie w kolumnie trzeciej daty rozpoczęcia i zakończenia prac zostały umieszczone w taki sposób, że Zamawiający nie ma wiedzy wystarczającej do oceny, czy zaproponowana osoba spełnia postawiony warunek udziału w postępowaniu (trzyletnie doświadczenie zawodowe), ponieważ nie wynika z nich wprost, kiedy Pan D. rozpoczął działalność zawodową (podany okres może obejmować zarówno doświadczenie zawodowe rozumiane jako wykonywanie pracy, jak i lata studiów magisterskich i podyplomowych). W związku z tym Izba stwierdziła, że Zamawiający powinien powyższą wątpliwość wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 bądź 4 Prawa zamówień publicznych.

Natomiast w ocenie Izby nie potwierdził się zarzut dotyczący osoby przewidzianej na stanowisko przyrodnik/ornitolog (strona 84 oferty Mott MacDonald). Odwołujący zarzucił, że Pan Jacek T. nie ma doświadczenia wymaganego w związku z funkcją, którą ma pełnić, skoro legitymuje się jedynie doświadczeniem z zakresu opracowania dokumentacji przyrodniczej, pracą na stanowisku referenta ds. ochrony przyrody i środowiska w UG (okres 13.03.1998-31.12.2008, i od 08.03.1995 do 12.03.1998).

W odpowiedzi z dn. 2.03.2009 r. na pytanie nr 32 dotyczące m.in. sposobu wykazania doświadczenia osoby przewidzianej na stanowisko przyrodnika/ornitologa Zamawiający wskazał, że osoba ta może wykazać „doświadczenie z prac podobnych do swojej specjalności”. W związku z powyższym nie ma przeszkód, aby uznać doświadczenie Pana T. za podobne do specjalności „przyrodnik/ornitolog” – skoro Zamawiający nie określił żadnych bardziej szczegółowych wymogów odnośnie doświadczenia związanego z pełnieniem takiej funkcji. Wobec powyższego Izba oddaliła zarzut podniesiony przez SAFEGE wobec Mott MacDonald w tym zakresie.

Zarzuty podniesione przez ZBM i SAFEGE wobec Mott MacDonald (KIO/UZP 666/09 i KIO/UZP 679/09) związane z doświadczeniem zawodowym wykonawcy.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia Mott MacDonald z postępowania, mimo że nie wykazał on, że spełnia warunek udziału w postępowaniu polegający na posiadaniu odpowiedniego doświadczenia zawodowego przez wykonawcę.

W załączonym do oferty wykazie doświadczenia zawodowego (strona 86 oferty) wskazał on doświadczenie polegające na „budowie 7 obiektów mostowych wraz z modernizacją mostu drogowego”.

Zamawiający opisał wymóg co do doświadczenia wykonawcy w pkt. 5.3.1 SIWZ następująco: wykonawca miał „wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat, pełnił obowiązki

Inżyniera Kontraktu na zadaniach o złożoności porównywalnej z przedmiotem niniejszego zamówienia, to jest przy realizacji co najmniej dwujezdniowego odcinka drogi klasy co najmniej GP, o długości łącznej co najmniej 3 km oraz przy realizacji drogowych obiektów inżynierskich o łącznej długości co najmniej 500,0 m, w tym minimum jeden z przęsłem nurtowym o rozpiętości co najmniej 90,0 m.”. Jak już wyżej w uzasadnieniu wskazano, Zamawiający, stawiając w tym zakresie warunek udziału w postępowaniu, kładł nacisk na wymiary obiektu inżynierskiego. Jednak pojęcie „realizacja obiektu” w kontekście przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie może zostać uznane za równoznaczne zrealizowaniu obiektu, czyli zbudowania go od podstaw.

Wobec powyższego Izba uwzględniła zarzut SAFEGE i ZBM wobec Mott MacDonald podniesiony w tym zakresie i nakazuje przeprowadzić procedurę przewidzianą w art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych.

Zarzut dotyczący naruszenia zasady prowadzenia postępowania w języku polskim (KIO/UZP 679/09)

Skład orzekający oddalił zarzut podniesiony w odwołaniu SAFEGE wobec Mott MacDonald, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady prowadzenia postępowania w języku polskim.

Zgodnie z § 4 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 24 maja 2006 r.) dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez wykonawcę. Przepisy jednak nie przesądzają, jak to poświadczenie ma wyglądać w praktyce.

W ocenie składu orzekającego, co prawda zarówno zarzut Odwołującego, jak i ustosunkowanie się do niego przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu nie jest jasne, jednak Izba zapoznała się z dokumentami załączonymi do oferty Mott MacDonald i z analizy wynika, że na niektórych tłumaczeniach widnieją jedynie parafy wykonawcy (np. strona 241 oferty Mott MacDonald). Zamawiający, rozstrzygając protest, zapowiedział, że wezwie wykonawcę do uzupełnienia tłumaczeń w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, co jest prawidłowe, jeżeli sposób poświadczenia tłumaczeń wzbudził wątpliwości Zamawiającego na skutek wniesienia protestu. Ponieważ Odwołujący SAFEGE w pełni podtrzymał zarzut wcześniej złożony w proteście, mimo uwzględnienia go przez Zamawiającego co do zasady, skład orzekający zarzut ten oddalił.

Zarzut dotyczący braku zobowiązań do współpracy osób nie będących etatowymi pracownikami wykonawców (zarzut ZBM wobec EGIS i Mott MacDonald KIO/UZP 666/09)

Zamawiający wymagał w pkt. 6.1.3. SIWZ, aby do oferty wykonawcy załączyli „Informację o osobach, którymi dysponuje lub będzie dysponował Wykonawca i które będą skierowane do wykonania zamówienia („Potencjał kadrowy”) – zał. nr 3 do oferty.”. Równocześnie w tym samym punkcie Zamawiający zażądał, „pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, jeżeli w wykazie, o którym mowa powyżej, Wykonawca wskazał osoby, którymi będzie dysponował.”.

Odwołujący ZBM zarzucił wykonawcy Mott MacDonald, że nie załączył on do oferty takich zobowiązań dla osób, które są ujęte w jego wykazie, a które bądź prowadzą własną działalność gospodarczą, bądź są etatowymi pracownikami zatrudnionymi u innych podmiotów.

Izba oddaliła powyższy zarzut, stwierdzając, że dla tych osób wykonawca Mott MacDonald nie mógł przedstawić „zobowiązań innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia”, bowiem te osoby same sobą dysponują.

Co do osób prowadzących samodzielnie własną działalność gospodarczą, nie ulega wątpliwości, że w pełnym zakresie dysponują własnym czasem pracy; trudno byłoby w takim wypadku oczekiwać, że dana osoba to „inny podmiot” i złoży pisemne zobowiązanie do udostępnienia samej siebie.

Odnośnie pracowników pozostających w innych stosunkach pracy – również uprawniony jest pogląd, że osoby te mogą same sobą dysponować i nie jest konieczne „udostępnienie” ich przez ich dotychczasowych pracodawców.

W ocenie Izby, osoby zatrudnione na podstawie stosunku pracy nie pozostają w absolutnej dyspozycji pracodawcy, ale równolegle mogą świadczyć pracę dla innych podmiotów, czy nawet nawiązać drugi stosunek pracy. Dotychczasowi pracodawcy mogliby złożyć „zobowiązanie do udostępnienia osób zdolnych do realizacji zamówienia” w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych tylko wówczas, gdyby zamierzali udostępnić swoich pracowników w ramach nawiązanego z nimi stosunku pracy. Wówczas takie osoby byłyby skierowane przez dotychczasowego pracodawcę do świadczenia pracy u innego podmiotu. Jednak taka sytuacja nie jest regułą; przeciwnie, często występują osoby świadczące równolegle, obok „pierwszego” stosunku pracy również inne czynności, czy to w ramach drugiego stosunku pracy, czy to w ramach umów prawa cywilnego. Nie można uznać takiej sytuacji za niedopuszczalną i rozumieć „dyspozycyjności” (dla osób z wykazu –

na dzień składania ofert) w dosłowny, ścisły sposób, bowiem prowadziłyby to do sytuacji, w której osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje, musiałyby w dniu otwarcia ofert pozostawać bezczynne zawodowo.

Po pierwsze zatem, sam fakt świadczenia pracy dla innego pracodawcy nie tamuje możliwości wykonywania pracy na rzecz innych podmiotów, po drugie – gdyby praca w systemie „dwuetatowym” (gdyby osoby te chciały równocześnie świadczyć pracę dla dotychczasowego pracodawcy, jak i dla Mott MacDonald podczas realizacji umowy z Zamawiającym) okazała się niemożliwa (bez względu z jakiego powodu), osoby te mogą zupełnie zrezygnować z pracy u dotychczasowego pracodawcy i całkowicie poświęcić się współpracy z Mott MacDonald, albo zrezygnować z tej współpracy – wówczas Mott MacDonald będzie miało obowiązek zastąpić je innymi osobami o takich samych uprawnieniach. W analogicznym stanie faktycznym Izba wypowiedziała się podobnie w uzasadnieniu wyroku KIO/UZP 485/09.

Wobec powyższego, Izba ustaliła, że aby zadośćuczynić wymaganemu w pkt. 6.1.3 SIWZ złożeniu „zobowiązań innego podmiotu”, należało załączyć je do oferty wyłącznie w takim wypadku, kiedy podmiot trzeci zamierza udostępnić swój potencjał kadrowy, a nie w wypadku, kiedy potencjał kadrowy „sam siebie” udostępnia, i oddaliła zarzut w tym zakresie podniesiony wobec EGIS i Mott MacDonald przez ZBM.

Zarzut dotyczący polisy złożonej przez ZBM (KIO/UZP 679/09)

Zamawiający zgodnie z wymogiem opisanym w SIWZ pkt. 6.1.9. oczekiwał „Polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, w tym działalności zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż wymagana przez Zamawiającego.”

ZBM załączył do swojej oferty polisę obejmującą następujący zakres ubezpieczenia: „odpowiedzialność cywilna związana z posiadaniem mienia i prowadzoną działalnością gospodarczą”. Jako rodzaj prowadzonej działalności podano: „prowadzenie pośrednictwa inwestycyjnego i konsultingu”.

W ocenie składu orzekającego Izby powyżej opisana polisa wzbudziła słuszne wątpliwości Odwołującego SAFEGE.

Po pierwsze, nie ma pewności, czy zakresem ubezpieczenia ZBM objęta jest rzeczywiście działalność gospodarcza odpowiadająca przedmiotowi zamówienia – działalność polegająca na „pośrednictwie inwestycyjnym i konsultingu”, o której mowa w polisie, jest pojęciem bardzo szerokim, a równocześnie mało określonym, przy czym dodatkowo, jak zauważył

Odwołujący SAFEGE, jak wynika z ogólnych warunków umowy ubezpieczyciela (które nie były sporne, znajdują się w aktach sprawy), wyłączono odpowiedzialność z tytułu „szkód powstałych wskutek uchybień przy wykonywaniu czynności projektantów, inspektorów nadzoru”. Nie budzi wątpliwości, że osoby te (których dotyczy wyłączenie) na podstawie przepisów szczególnych mają obowiązek posiadać własne, indywidualne ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, a polisa ubezpieczeniowa miała poświadczać ubezpieczenie wykonawcy (Spółki ZBM), a nie osób, które będą wykonywały zamówienie.

Jednak sformułowanie postanowienia wyłączającego może oznaczać, że polisa nie obejmuje żadnych szkód powstałych w związku z czynnościami osób posiadających uprawnienia budowlane, a takie czynności będą istotą przedmiotu zamówienia, co ma istotne znaczenie dla ustalenia, czy polisa ta spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego.

Zamawiający protest SAFEGE w tym zakresie oddalił, wskazując, że skoro polisa obejmuje prowadzenie działalności gospodarczej przez ZBM, a z odpisu z KRS wykonawcy wynika, że przedmiot zamówienia mieści się w działalności ZBM, to wykonawca warunek związany z polisą spełnia - Zamawiający całkowicie pominął kwestię klauzuli wyłączającej odpowiedzialność związaną ze szkodami związanymi z czynnościami podejmowanymi przez osoby z uprawnieniami budowlanymi. Od takiego rozstrzygnięcia Zamawiającego odwołał się Safage (KIO/UZP 679/09).

Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana żądaniem Odwołującego (który domagał się wykluczenia ZBM na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych), lecz wyłącznie zarzutami – i wobec okoliczności, iż skład orzekający uznał zarzut za uzasadniony co do podstawy faktycznej, Izba nakazuje Zamawiającemu przeprowadzić procedurę przewidzianą w art. 26 ust. 3 bądź 4 Prawa zamówień publicznych, w celu ustalenia, czy ZBM posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej zgodnej z przedmiotem zamówienia, a klauzula zawarta w § 4 ust. 2 pkt 23 ogólnych warunków umowy ubezpieczyciela nie dyskwalifikuje polisy ZBM z punktu widzenia postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Zauważyć należy również, że w tym zakresie jakiegokolwiek oświadczenie wykonawcy niepoparte odpowiednim dokumentem (np. umową modyfikującą OWU) będzie niewystarczające, a wobec zgłoszonych wątpliwości jedynie ubezpieczyciel jest legitymowany złożyć wyjaśnienie co do zakresu odpowiedzialności ubezpieczeniowej.

Izba nie wzięła przy rozstrzyganiu powyższego zarzutu pisma złożonego przez SAFEGE w dn. 10.05.2009 r. (po zamknięciu rozprawy, w dniu ogłoszenia wyroku).

Zarzut rażąco niskiej ceny w ofertach złożonych przez ZBM, EGIS, Mott MacDonald (KIO/UZP 679/09)

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, podobnie jak wcześniej w orzeczeniach Zespołów Arbitrów, wykształcił się pogląd, iż za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia (wyrok Izby z dnia 9 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1441/07, wyrok Izby z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 73/08, KIO/UZP 74/08, wyrok Izby z dnia 9 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 258/08).

Wartość zamówienia oszacowano we wrześniu 2009 r. na kwotę 75 860 655,75 zł; Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 61 700 000 zł.

Odwołujący SAFEGE nie wykazał, że oferowana przez oprotestowanych wykonawców cena jest nierealistyczna – jedynie wskazał, że za punkt odniesienia należy przyjąć jego własną cenę, skoro on sam skalkulował cenę oferty przyjmując jedynie minimalny zysk, a mimo to jest około dwukrotnie droższy od pierwszych trzech ofert w rankingu (spośród ofert złożonych przez wykonawców będących nadal uczestnikami postępowania).

Skład orzekający zauważa, że pewnością nie można stwierdzić, że ceny zaoferowane przez wykonawców ZBM, EGIS i MottMacDonald są cenami nierynkowymi, skoro są na porównywalnym poziomie, tak samo, jak nie można arbitralnie uznać, że cena rażąco niska to taka, która o określony procent różni się od wartości zamówienia. O tym, czy cenę można uznać za rażąco niską, decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona realna, a nierealności trzech pierwszych cen w rankingu ofert Odwołujący nie wykazał.

Co prawda, wykazanie, iż cena jest nierealna, jest szczególnie trudne w odniesieniu do usług o charakterze niematerialnym, jakimi w znacznej mierze jest przedmiot zamówienia, ale Odwołujący w ogóle próby takiej nie podjął.

Z tego punktu widzenia – badając wyłącznie relacje między cenami ofert złożonych w postępowaniu - nie można jednoznacznie stwierdzić, czy ceny trzech wykonawców z najniższymi ceną są rażąco niskie. Jednak za punkt odniesienia do badania rażąco niskiej ceny służy jeszcze jeden czynnik, na który odwołujący SAFEGE zwrócił uwagę, a mianowicie oszacowana przez Zamawiającego z należyłą starannością wartość zamówienia. Trudno określić, jaka różnica pomiędzy wartością zamówienia a ceną oferty uprawnia (czy może obliguje) Zamawiającego do wszczęcia procedury w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - powinno być to każdorazowo badane w odniesieniu do specyfiki danego zamówienia.

W ocenie składu orzekającego, różnice pomiędzy wartością szacunkową zamówienia, a cenami zaoferowanymi w postępowaniu są tak duże, że powinny były one wzbudzić

wątpliwości Zamawiającego i powinien on wszcząć procedurę w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Niewykluczone, że Zamawiający uzyska w jej wyniku wiarygodne wyjaśnienia wykonawców co do czynników, jakie miały wpływ na wielkość ceny oferty, wówczas będzie mógł uznać, że przeszacował wartość zamówienia (co go upoważni do konstatacji, że różnica pomiędzy pierwotną wartością szacunkową a cenami złożonych ofert nie może być podstawą do uznania, że złożono oferty z rażąco niską ceną); ogólne stwierdzenia Zamawiającego na rozprawie że „trwa kryzys i ceny spadają” nie mogą go legitymować do bezkrytycznej akceptacji każdej z cen złożonych w postępowaniu. Zauważyć należy również, że tak niskie ceny zaoferowane w postępowaniu w stosunku do pierwotnej wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego mogą hipotetycznie wynikać bądź z niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia, bądź z nieuwzględnienia w ofertach jego pełnego zakresu, co jest argumentem tym bardziej przemawiającym za przeprowadzeniem procedury wyjaśniającej.

Wobec powyższego Izba oddala zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 5 Prawa zamówień publicznych (odrzućenie ofert z powodu rażąco niskiej ceny byłoby przedwczesne – najpierw należy wszcząć procedurę wyjaśniającą) i uwzględnić zarzut naruszenia art. 90 Prawa zamówień publicznych. Należy zauważyć, że wszczęcie procedury w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w żaden sposób nie powoduje uszczerbku w interesie prawnym wykonawców, przy założeniu, że rzeczywiście nie zaoferowali oni ceny rażąco niskiej. Procedura ta powinna być przeprowadzona z zachowaniem równego traktowania wykonawców.

Reasumując, wobec potwierdzenia się zarzutów podniesionych przez ZBM w obu odwołaniach i przez SAFEGE, uwzględniono odwołania KIO/UZP 666/09, KIO/UZP 667/09 oraz KIO/UZP 679/09 i oddalono oba odwołania złożone przez EGIS, KIO/UZP 668/09 i KIO/UZP 669/09.

Niezależnie od rozstrzygnięcia zarzutów podniesionych w złożonych odwołaniach, skład orzekający Izby stwierdził, iż słusznie wszyscy Odwołujący zarzucili Zamawiającemu nieprecyzyjne rozstrzygnięcie wniesionych w postępowaniu protestów (w szczególności Zamawiający nie podał podstaw faktycznych, które w jego ocenie zadecydowały o zapowiedzi powtórzenia badania i oceny ofert). Na skutek zaniechania przez Zamawiającego odniesienia się szczegółowo do postawionych zarzutów, oraz w związku z tym, że Zamawiający nie zweryfikował wcześniej wielu informacji podanych w ofertach i konieczne będzie przeprowadzenie procedur wyjaśniających przewidzianych przez art. 26

ust. 3 i 4 oraz art. 90 Prawa zamówień publicznych, wydłuży się procedura udzielenia zamówienia publicznego, a ponieważ rezultat przeprowadzonych postępowań wyjaśniających jest niepewny w momencie orzekania przez Izbę, trzeba założyć, że wynik postępowania uzyskany po powtórzeniu czynności badania i oceny ofert będzie się różnił od wyniku pierwotnego z dn. 21.04.2009 r., a że będzie to nowa czynność Zamawiającego, może wywołać nowe protesty i odwołania.

Na podstawie § 28 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z dnia 12 października 2007 r.) w sprawach sygn. akt. KIO/UZP 666/09, KIO/UZP 667/09, KIO/UZP 668/09, KIO/UZP 669/09 i KIO/UZP 679/09 wydano wyrok łączny.

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

Uwzględniono koszty zastępstwa Odwołujących ZBM i SAFEGE w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) dla każdego z nich zgodnie ze złożonymi przez nich rachunkami zgodnymi z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

Wynagrodzenie pełnomocnika ZBM zostało przypisane stosunkowo odpowiednio do dwóch postępowań odwoławczych, w których był pełnomocnikiem. Stosunkowo do pięciu postępowań odwoławczych przypisano również wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w łącznej wysokości 3 600 zł, co skutkowało zasądzeniem na jego rzecz dwukrotnie kwoty 720 zł, w związku z oddaleniem dwóch odwołań.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....