

Sygn. akt: KIO/UZP 1082/09,

KIO/UZP 1095/09,

KIO/UZP 1112/09.

WYROK

z dnia 4 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

**Członkowie: Marek Koleśnikow
Emil Kuriata**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.08.2009 r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Firma Menadżersko Konsultingowa Kolmen Sp. z o.o., 20-270 Lublin, ul. Rataja 15 b

B. JACOBS POLSKA Sp. z o.o., 02-626 Warszawa, al. Niepodległości 58

C. Konsorcjum: MGGP S.A., AGUA Y ESTRUCTURAS S.A., 33-100 Tarnów, ul. Kaczkowskiego 5,

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** protestów:

A Firma Menadżersko Konsultingowa Kolmen Sp. z o.o., 20-270 Lublin, ul. Rataja 15 b
z dnia **10 lipca 2007 r.**

B. JACOBS POLSKA Sp. z o.o., 02-626 Warszawa, al. Niepodległości 58 z dnia **9 lipca 2009 r.**

C. Konsorcjum: MGGP S.A., AGUA Y ESTRUCTURAS S.A., 33-100 Tarnów, ul. Kaczkowskiego 5 z dnia 10 lipca 2009 r.

przy udziale wykonawców:

A. Konsorcjum: MGGP S.A., AGUA Y ESTRUCTURAS S.A. 33-100 Tarnów, ul. Kaczkowskiego 5,

Jacobs Polska Sp. z o.o., 02-626 Warszawa, al. Niepodległości 58,

Mott MacDonald Limited, 00-851 Warszawa, ul. Waliców 11

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (sygn.akt KIO/UZP 1082/09),

B. Mott MacDonald Limited, 00-851 Warszawa, ul. Waliców 11 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (KIO/UZP 1095/09),

C. Mott MacDonald Limited, 00-851 Warszawa, ul. Waliców 11,

Jacobs Polska Sp. z o.o., 02-626 Warszawa, al. Niepodległości 58,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (KIO/UZP 1112/09).

orzeka:

1.

A. Uwzględnić odwołanie Firmy Menadżersko Konsultingowej Kolmen Sp. z o.o., 20-270 Lublin, ul. Rataja 15 b i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego (sygn. akt KIO/UZP 1082/09),

B. Uwzględnić odwołanie JACOBS POLSKA Sp. z o.o., 02-626 Warszawa, al. Niepodległości 58 i nakazuje unieważnienie wyboru oferty Mott MacDonald Limited oraz wezwanie ww. wykonawcę do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w zakresie wskazanym w uzasadnieniu wyroku (sygn. akt KIO/UZP 1095/09),

C. Oddać odwołanie Konsorcjum: MGGP S.A., AGUA Y ESTRUCTURAS S.A., 33-100 Tarnów, ul. Kaczkowskiego 5 (sygn. akt KIO/UZP 1112/09).

2. Kosztami postępowania obciąża:

A. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74

B. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74

C. Konsorcjum: MGGP S.A., AGUA Y ESTRUCTURAS S.A., 33-100 Tarnów, ul. Kaczkowskiego 5,

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero grosz) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **1 487 zł 34 gr** (słownie: tysiąc złotych czterysta osiemdziesiąt siedem złotych trzydzieści cztery grosze) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Firmę Menadżersko Konsultingową Kolmen Sp. z o.o., 20-270 Lublin, ul. Rataja 15 b,**
 - B** koszty w wysokości **1 487 zł 33 gr** (słownie: tysiąc złotych czterysta osiemdziesiąt siedem złotych trzydzieści trzy grosze) z kwoty wpisu uiszczonego przez **JACOBS POLSKA Sp. z o.o., 02-626 Warszawa, al. Niepodległości 58**
 - C** koszty w wysokości **1 487 zł 33 gr** (słownie: tysiąc złotych czterysta osiemdziesiąt siedem złotych trzydzieści trzy grosze) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: MGGP S.A., AGUA Y ESTRUCTURAS S.A., 33-100 Tarnów, ul. Kaczkowskiego 5,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **5 504 zł 67 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset cztery złote sześćdziesiąt siedem) stanowiącej uzasadnione koszty stron , w tym:
 - A** kwoty **1 487 zł 34 gr** (słownie: tysiąc złotych czterysta osiemdziesiąt siedem złotych trzydzieści cztery grosze) przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** na rzecz **Firmy Menadżersko Konsultingowej Kolmen Sp. z o.o., 20-270 Lublin, ul. Rataja 15 b,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,
 - B** kwoty **4 017 zł 33 gr** (słownie: cztery tysiące siedemnaście złotych trzydzieści trzy grosze) przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74,** na rzecz **JACOBS POLSKA Sp. z o.o., 02-626 Warszawa, al. Niepodległości 58,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **40 538 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy pięćset trzydzieści osiem groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty **13 512 zł 66 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset dwanaście złotych sześćdziesiąt sześć groszy) na rzecz **Firmy Menadżersko Konsultingowej Kolmen Sp. z o.o., 20-270 Lublin, ul. Rataja 15 b,**
- B** kwoty **13 512 zł 67 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset dwanaście złotych sześćdziesiąt siedem groszy) na rzecz **JACOBS POLSKA Sp. z o.o.,02-626 Warszawa, al. Niepodległości 58,**
- C** kwoty **13 512 zł 67 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset dwanaście złotych sześćdziesiąt siedem groszy) na rzecz **Konsorcjum: MGGP S.A., AGUA Y ESTRUCTURAS S.A., 33-100 Tarnów, ul. Kaczkowskiego 5.**

U z a s a d n i e n i e

Stan faktyczny

POSTĘPOWANIE

Zamawiający, PKP PLK S.A. z siedzibą w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia na „Projekt i zabudowa systemu ETCS poziom 1 na odcinku linii E 65, CMK, Grodzisk Mazowiecki Zawiercie”.

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Jedynym kryterium wyboru ofert w postępowaniu była najniższa cena.

Pierwsze 5 ofert w kolejności pod względem najniższej ceny (z 10 złożonych):

1. Firma Menadżersko-Konsultingowa Kolmen Sp. z o.o.
2. Konsorcjum: MPPG S.A oraz AGUA y ESTRUCTURAS S.A.
3. Mott MacDonald Limited
4. Konsorcjum: TPF PLANEGE S.A. oraz E&L Architects Sp. z o.o.
5. Jacobs Polska Sp. z o.o.

W dniu 01.07.2009 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Mott Mac Donald Ltd. z Wielkiej Brytanii oraz odrzuceniu ofert: Firma Menadżersko-Konsultingowa Kolmen Sp. z o.o., Konsorcjum: MPPG S.A oraz AGUA y ESTRUCTURAS S.A., Konsorcjum: TPF PLANEGE S.A. oraz E&L Architects Sp. z o.o.

Jako podstawę prawną wykluczenia wykonawcy Firma Menadżersko-Konsultingowa Kolmen Sp. z o.o. wskazano art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Natomiast w uzasadnieniu faktycznym podniesiono, iż wykonawca złożył gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium, w którym figuruje zapis, że cesja wierzytelności z gwarancji na rzecz osoby trzeciej jest możliwa za pisemną zgodą gwaranta, co jest sprzeczne z zapisami pkt 10.4 siwz. W przypadku wnoszenia przez wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja ma być co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwoalną, nieprzenoszalną i płatną na każde pierwsze żądanie zamawiającego. Powyższe w ocenie zamawiającego wypełniało dyspozycję ww. przepisu.

Jako podstawę prawną wykluczenia Konsorcjum: MPPG S.A oraz AGUA y ESTRUCTURAS S.A. wskazano art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy w związku z niespełnieniem warunku określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2. Natomiast w uzasadnieniu faktycznym podniesiono, iż osoby przewidziane na wskazane stanowiska nie spełniają wymogów określonych w pkt 8.1.2 i 8.2.1 b, 8.3.1 b siwz, tj.:

1) Na stanowisko Inżyniera projektu wykonawca wskazał p. Andrzeja K. Z przedstawionych wyjaśnień i wykazu sporządzanego na podstawie załącznika nr 5 do siwz nie wynika, iż ww. osoba pracowała na stanowiskach Inżyniera projektu, inżyniera rezydenta, kierownika budowy/robót.

2) Na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (w dziedzinie komputerowe urządzenia zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym) wykonawca wskazał p. Sylwestra G. Z przedstawionych wyjaśnień i załącznika nr 5 do siwz wynika, iż ww. osoba nie posiada trzyletniego doświadczenia na stanowiskach kierownika budowy/kierownika robót lub inspektora nadzoru na robotach związanych z budową, przebudową/modernizacją infrastruktury kolejowej w zakresie urządzeń zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym.

KIO/UZP 1082/09 - odwołanie FMK Kolmen Sp. z o.o.

PROTEST

W dniu 10.07.2009 FMK Kolmen Sp. z o.o. wniosła protest wobec ww. czynności zamawiającego podnosząc nieprawidłowe wykluczenie protestującego z postępowania i zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy.

Protestujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenia art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez bezpodstawne jego zastosowanie w stosunku do protestującego,
2. naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy, poprzez uzależnienie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez protestującego -od literalnego sformułowania zapisu w gwarancji wadialnej, podczas, gdy z jej treści wynika, iż spełnia ona warunki stawiane w SIWZ,
3. naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy, poprzez brak wezwania do wyjaśnień treści gwarancji wadialnej złożonej przez protestującego,
4. naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez wykluczenie z udziału w postępowaniu protestującego na iluzorycznej podstawie,
5. naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy poprzez brak jego zastosowania w stosunku do wykonawcy Mott MacDonald Ltd.

Wobec wyżej wymienionych zarzutów, protestujący żądał:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej decyzją Zamawiającego z dnia 30 czerwca 2009 r.
2. wykluczenia zgodnie z treścią art. 24 ust. 2pkt 3 z udziału w postępowaniu wykonawcy Mott MacDonald Ltd.,
3. dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez protestującego, dokonania merytorycznej oceny jego oferty, z uwzględnieniem dalej przedstawionej argumentacji dotyczącej treści gwarancji wadialnej,
4. dokonania ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu oraz dokonania wyboru -jako najkorzystniejszej, uwzględniając przyjęte dla postępowania kryteria -oferty złożonej przez protestującego

W uzasadnieniu protestu podniesiono m.in.:

1. Zamawiający na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy wyklucza z postępowania wykonawców, którzy nie wnieśli wadium (...). W SIWZ zamawiający postawił wymóg w następującym brzmieniu: "W przypadku wnoszenia przez wykonawcę wadium w formie

gwarancji, gwarancja ma być co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwołalną, nieprzenaszalną i płatną na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego". O ile nie budzą wątpliwości zamawiającego pozostałe sformułowania, o tyle zamawiający uznał, iż treść gwarancji sprzeczna jest z zapisem SIWZ w tym sensie, że nie spełnia warunku "nieprzenoszalności". Ponieważ zgodnie z SIWZ gwarancja zawiera dokładne oznaczenie postępowania, które zabezpiecza, termin ważności, jak również firmę zleceniodawcy -nie ma wątpliwości, iż stanowić może tylko zabezpieczenie roszczeń wynikających z ewentualnych czynności lub ich braku, podejmowanych przez danego wykonawcę w danym postępowaniu przetargowym. Nie istnieje więc możliwość, by ta sama gwarancja w jakikolwiek sposób wykorzystana została przez innego wykonawcę, lub nawet przez tego samego wykonawcę, lecz w innym postępowaniu. Przy jakiegokolwiek zmianie danych w niej zawartych stałaby się ona natomiast inną gwarancją, innym zobowiązaniem. Tym samym wymóg "nieprzenoszalności" odnosić więc należy tylko i wyłącznie do ewentualnej cesji praw wynikających z gwarancji, a przysługujących jednemu uprawnionemu z gwarancji, beneficjentowi, czyli zamawiającemu -na rzecz podmiotu trzeciego. Zamawiający w SIWZ wymagał, by oprócz innych warunków-gwarancja była co najmniej nieprzenoszalna. Tytułem istotnej uwagi -Zamawiający nie tyle postawił warunek, by gwarant oświadczył *expressis verbis*, że gwarancja jest nieprzenoszalna, a jedynie -by gwarancja była nieprzenoszalna. Uwaga ta ma znaczenie o tyle, iż w protestowanej decyzji zamawiający zdaje się stawiać zarzut braku literalnego oświadczenia o nieprzenoszalności praw z gwarancji, równocześnie zupełnie pomijając to, co w obrocie cywilnoprawnym oznacza gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium w postępowaniu przetargowym. Zamawiający również nie bierze pod uwagę, iż jego prawa z wystawionej gwarancji, w tym brak istnienia zagrożenia, a nawet możliwości pozbawienia go ww. praw wskutek cesji pomiędzy innymi podmiotami -wynikają przede wszystkim *ex lege* z przepisów kodeksu cywilnego w związku z regulacją ustawy Pzp.

Nie ulega wątpliwości, że:

- uprawnienie z gwarancji jest wierzytelnością,
- do wierzytelności tej mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego dotyczące zobowiązań (m. in. art. 509, art. 519 k.c.)
- jedynym uprawnionym z gwarancji -wierzycielem jest zamawiający

Wobec powyższego, jedynym podmiotem, któremu przysługuje wierzytelność wynikająca z przedmiotowej gwarancji jest jej beneficjent -wierzyciel, czyli Zamawiający. Tylko on uprawniony jest do rozporządzania swoim prawem. Nie istnieje prawem przewidziany tryb, który pozwalałby, aby prawo zamawiającego z gwarancji zostało przez gwaranta na

jakikolwiek inny podmiot przeniesione -wobec tego gwarancja ma w wymaganym znaczeniu charakter nieprzenoszalny i czyni zadość wymogowi postawionemu w SIWZ -"wymogowi nieprzenaszalności". W treści gwarancji -co bardzo istotne -nie jest wymieniony żaden inny beneficjent, ani jakikolwiek podmiot, któremu na jakiegokolwiek innej podstawie (przykładowo wielości wierzycieli, zobowiązania solidarnego, zastrzeżenia warunku itd.) przysługiwałyby, obok beneficjenta -zamawiającego jakiegokolwiek prawa z tej wierzytelności. Tak więc nie ma żadnego argumentu za tezą, iż treść gwarancji wskazuje na możliwość przeniesienia przez gwaranta choćby części praw do niej na rzecz innego podmiotu.

"Nieprzenoszalność" praw z gwarancji w kolejnym jej aspekcie wynika również z przepisów prawa bankowego -art. 82 ustawy Prawo bankowe. Przelewu wierzytelności z gwarancji, czyli wierzytelności przysługującej beneficjentowi (zamawiającemu) wobec gwaranta (np. banku) można dokonać tylko wraz z przeniesieniem wierzytelności zabezpieczonej gwarancją, (świadczenie dłużnika beneficjenta -wykonawcy). Ponieważ w zamówieniach publicznych, z ich istoty -zmiana "wierzyciela zamówienia" poprzez cesję jego wierzytelności nie wchodzi w rachubę, również wierzytelność z gwarancji nie podlega przeniesieniu na inny podmiot. Zamawiający zobligowany jest do stosowania ustawy Pzp . Do umowy w sprawie zamówienia stosuje się z mocy art. 139 ustawy przepisy k.c. i to wprost, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie regulują danej kwestii inaczej. Ratio legis zamówień publicznych nie pozwala na cesję zamówienia publicznego. Sprzeciwia się to ustawie. Cesja powodowałaby choćby ten skutek, że cedent przestałby być wierzycielem a stałby się nim cesjonariusz -który wstępowałby niejako w prawa zamawiającego. Taka umowa cesji (analogicznie -umowne jej zastrzeżenie w gwarancji) dotknięta byłaby nieważnością jako mająca na celu obejście ustawy (art. 58 § 1 k.c.). Stąd też deklarowanie "nieprzenoszalności" wierzytelności zamawiającego jest zbędne, stanowiłoby swego rodzaju superfluum, zaś jedynym wytłumaczeniem dla takiego żądania stawianego obecnie przez zamawiającego wydaje się być automatyczne powtarzanie tego zwrotu, jak czyni się to w czysto cywilnym obrocie, gdzie jednak ma to uzasadnienie i sens.

Wobec powyższego Zamawiający błędnie uznał, że gwarancja załączona do oferty protestującego nie spełnia warunków określonych w SIWZ i dopuszcza możliwość przeniesienia praw z niej wynikających na inny -oprócz zamawiającego -podmiot. Podkreślić raz jeszcze należy, że gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest ex lege nieprzenoszalna przez gwaranta, nadto żaden z zapisów komentowanej gwarancji nie dopuszcza ograniczenia odpowiedzialności gwaranta względem zamawiającego -na rzecz osób trzecich.

Tym samym, w sytuacji zapisu w SIWZ, by prawa z gwarancji były nieprzenoszalne oraz przy spełnieniu tego warunku przez protestującego -przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy został zastosowany bezpodstawnie. Tytułem ostrożności -uprzedzając na ewentualny zarzut zamawiającego dotyczący braku protestu na treść SIWZ -w ocenie protestującego, zapis SIWZ nie jest błędny i nie było podstaw do wnoszenia w jego przedmiocie protestu. Treścią tego zapisu jest wymóg, by gwarancja zgodnie z jej treścią -była nieprzenoszalna. Błędna jest natomiast obecna interpretacja, a raczej nadinterpretacja tego zapisu, czyniona przez zamawiającego, który wymaga już nie tylko tego, by prawa z gwarancji były nieprzenoszalne rzecz osób trzecich, a zdaje się wymagać bezskutecznego prawnie oświadczenia gwaranta, iż on sam (zamawiający) nie ma prawa przenieść swojej wierzytelności na inne podmioty.

Protestujący zwraca w tym miejscu uwagę na zupełnie inny, niezależny i nie pozostający w związku z powyższymi -zapis znajdujący się w treści gwarancji -w postaci zastrzeżenia poczynionego przez gwaranta, iż ewentualna cesja praw z gwarancji -dokonana w przyszłości przez zamawiającego -wymaga pisemnej zgody gwaranta. W ocenie protestującego, potwierdzonej następnie pisemnie przez gwaranta! -zapis ten w najmniejszym stopniu nie stoi w opozycji do okoliczności, iż prawa z gwarancji przysługują jedynie zamawiającemu i nie podlegają przeniesieniu przez gwaranta na rzecz osób trzecich, są więc nieprzenaszalne. Zastrzeżenie to dotyczy natomiast innej sytuacji -gdyby sam zamawiający zdecydował, iż przeniesie swoją wierzytelność na inny podmiot. Mógłby to zrobić, z uwagi na treść przepisów kodeksu cywilnego -art. 509 § 1 k.c. Gwarant natomiast zgodnie z art. 514 k.c. miał prawo dokonać takiego zastrzeżenia, ponieważ jako zobowiązany do świadczenia, może mieć preferencje co do osoby wierzyciela i z prawa tego skorzystał. Niedopuszczalna jest jednak nadinterpretacja zamawiającego, iż takie zastrzeżenie czyni wątpliwym fakt, że wystawiona gwarancja nie podlega przeniesieniu przez gwaranta na rzecz osób trzecich.

2. Poza przedmiotem postępowania przetargowego pozostaje natomiast, co Zamawiający uczyniłby lub uczyni z przysługującą mu wierzytelnością z tytułu gwarancji wadialnej w razie ziszczenia się jej warunków -mógłby sam zrealizować swoje uprawnienie, zbyć je odpłatnie, albo przekazać nieodpłatnie na rzecz innego podmiotu. Oświadczenie gwaranta lub protestującego wykonawcy, iż prawa zamawiającego z gwarancji są dalej przez zamawiającego nieprzenoszalne -nie miałyby żadnej podstawy, sensu, a przede wszystkim -skuteczności. Nawet, gdyby gwarant lub wykonawca oświadczyli, iż zamawiający nie może przenieść swojej wierzytelności na inny podmiot -obiektywnie oświadczenie takie nie spowodowałoby żadnej zmiany w stosunkach i pozostałoby bezskuteczne. A skoro tak -

należy postawić pytanie -czy zamawiający miał podstawę, a nawet prawo -żądać złożenia przez Wykonawcę lub gwaranta nie zastrzeżonego w SIWZ oświadczenia, a następnie - kwalifikować ewentualnie złożone a bezskuteczne prawnie oświadczenie (lub jego brak) jako spełnianie (lub a contrario -nie spełnianie) warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego? Treść przepisu art. 25 ust. 1 ustawy oraz wykładnia w jego zakresie wskazują jednoznacznie na odpowiedź przeczącą. Z

1 Załączona opinia gwaranta -PTU -z dnia 2 lipca 2009 r.

komentowanego artykułu wynika, iż ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu może być dokonywana wyłącznie w oparciu o oświadczenia i dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Płyne z powyższego kilka wniosków -zamawiający ma prawo żądać dokumentów, co w przedmiotowym postępowaniu uczynił -żądając załączenia do oferty gwarancji. Złożona gwarancja potwierdza wymogi określone w SIWZ, ponieważ miała być „nieprzenaszalna” -i taką jest (z mocy prawa i braku w jej treści zastrzeżeń przeciwnych). Ewentualne oświadczenie wykonawcy lub gwaranta, iż prawa zamawiającego z gwarancji są bezwzględnie nieprzenoszalne -po pierwsze nie było treścią SIWZ wymagane, a nadto -byłoby bezskuteczne. Tak więc sytuacja złożenia bezskutecznego oświadczenia byłaby tożsama w skutkach z brakiem złożenia oświadczenia. Nie sposób więc przyjąć, iż takie oświadczenie miałyby jakąkolwiek przydatność dla przeprowadzenia postępowania, a tym bardziej niepodobna dostrzec jego "niezbędności". Wykładnia komentowanego przepisu jednoznacznie wskazuje, że zamawiający nie może żądać dowolnych oświadczeń, a zgodnie z orzeczeniem „art. 25 p.z.p. wskazuje, iż Zamawiający ma prawo żądać od potencjalnych wykonawców przedstawienia dokumentów niezbędnych do rzetelnego przeprowadzenia postępowania. Rodzaj i liczba tych dokumentów zależy w pierwszej kolejności od charakteru i złożoności zamówienia oraz sposobu jego realizacji”² • "Sposobem udowodnienia przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu są składane na żądanie zamawiającego dokumenty oraz oświadczenia o spełnianiu warunków (...) Będą to oświadczenia i dokumenty, jakich żąda zamawiający na podstawie art. 25 i 26 ustawy od wykonawcy na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zasadnym jest postawienie pytania, czy wykonawca może złożyć w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu inne, niż wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty. Należy stwierdzić, że nawet gdyby wykonawca złożył oświadczenia i dokumenty niewymagane przez zamawiającego, to zamawiający nie może na ich podstawie stwierdzić, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.”³

Powyższe uwagi mają zasadniczo walor dygresji, ponieważ zamawiający w ogóle w SIWZ nie żądał oświadczenia o nieprzenoszalności swoich praw z gwarancji, zaś rozstrzygnięcie w przedmiocie wykluczenia protestującego z postępowania oparł pośrednio właśnie o brak takiego oświadczenia.

² *Sygn. akt UZP/ZO/O-290/Os WYROK Zespołu Arbitrów z dnia 23 lutego 2005 r.*

³ *A. Kurowska (...) Analiza wyroków Sądów Okręgowych oraz analiza orzeczeń Zespołów Arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy Pzp, UZP, 2006 r. s. 110*

3. W uzasadnieniu zarzutu naruszenia jednoznacznie sformułowanego przepisu art. 26 ust. 4 ustawy -protestujący posłuży się komentarzem" Na zamawiającym ciąży obowiązek żądania uzupełnienia oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw (...). Fakt, iż dokument lub oświadczenie jest „niejasny” w swej treści, a więc nie da się stwierdzić, iż zawiera błąd, daje podstawę do żądania wyjaśnień od wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy. Obowiązek żądania uzupełnienia jest wyłączony, gdy pomimo ich uzupełnienia zamawiający i tak zobowiązany byłby odrzucenia oferty lub do unieważnienia postępowania."⁴ W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający mając wątpliwości co do treści gwarancji złożonej przez protestującego -obowiązany był wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, czego nie uczynił. Redakcja przepisu art. 26 ust. 4 nie pozostawia wątpliwości, iż żądanie wyjaśnień w takiej sytuacji było obowiązkiem, a nie przywilejem zamawiającego -ustawodawca posługuje się pojęciem "zamawiający wzywa" , nie zaś np. może wezwać. Ostatnie zdanie, dotyczące wyłączenia obowiązku wezwania nie znajduje zastosowania z uwagi na to, że treść gwarancji wadliwej jest jedyną przyczyną odrzucenia oferty protestującego, gdyby zaś została ona zgodnie z przepisami prawa "wyjaśniona" , protestujący nie zostałby wykluczony z udziału w postępowaniu, zaś jego oferta -nie podlegała odrzuceniu.

4. "Do naczelných zasad udzielania zamówień publicznych należą zasada równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne i zasada prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Zasady te obejmują wszelkie czynności Zamawiającego i dotyczą wszystkich faz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (...),⁵ W ocenie protestującego, zamawiający dopuścił się naruszenia zasady uczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu, poprzez dokonanie oceny warunków udziału oraz złożonych ofert w oparciu o niedopuszczalne kryteria nie wymagany w SIWZ i bezskuteczny zapis o nieprzenoszalności przez gwaranta uprawnień zamawiającego, oraz -istnienie w polisie protestującego dodatkowego zastrzeżenia (dopuszczalnego i zgodnego z prawem) o wymaganej zgodzie gwaranta na

dalsze rozporządzanie prawami z polisy przez zamawiającego -podczas gdy zastrzeżenie to nie ogranicza wymogów gwarancji określonych w SIWZ, a w szczególności nie przenosi praw z gwarancji na żaden podmiot trzeci. Zamawiający naruszył więc zasadę równego traktowania wykonawców, dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez protestującego z uwzględnieniem dodatkowych aspektów, które nie mogły być brane pod rozwagę.

⁴ *Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. -red. J. Sadowy, Prezes UZP, Warszawa 2008 r. s. 115*

⁵ *Sygn.akt UZP/ZO/0-3430/05 WYROK Zespołu Arbitrów z dnia 24 listopada 2005 r*

Wykonawcy, których gwaranci nie poczynili analogicznego zastrzeżenia -godzą się na swobodne rozporządzanie ich zobowiązaniem przez zamawiającego -i nie spełniają z tego tytułu w większym stopniu warunków udziału w postępowaniu niż protestujący.

Przytoczona podstawa wykluczenia wydaje się tym bardziej pozorna, że dotychczasowa praktyka zamawiającego nie wskazuje, by miał on wcześniej tego rodzaju wątpliwości. W postępowaniach o analogicznych warunkach udziału gwarancje protestującego -w takim samym brzmieniu -czyniły im zadość. ⁶

5. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt. 3 zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców nie spełniających warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Protestującego oferta złożona przez Mott MacDonald Ltd. nie potwierdza spełniania warunku udziału wyrażonego w pkt. 8.3.1 lit. B) SIWZ, tj. przedstawienia pisemnego zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia osoby zdolnej do wykonania zamówienia - w zakresie dotyczącym specjalisty ds. geodezji.

Oświadczenie dotyczące Pana Janusza W., mimo uzupełnienia -wskutek wezwania zamawiającego o złożone dokumenty -nie potwierdza, iż w dniu złożenia ofert osoba ta udostępniona była przez upoważniony podmiot. Załączone zaświadczenie z ewidencji działalności gospodarczej wystawione zostało w 2005 r. i jako takie nie może stanowić skutecznego potwierdzenia, iż w dniu składania ofert przedmiotowa działalność była prowadzona, a tym samym iż Pan Janusz W. został skutecznie "udostępniony". Ustawodawca w § 1 ust. 1 pkt. 2 i 3 rozporządzenia Prezesa RM z 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (...) w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy nadaje przymiot wiarygodności dokumentom rejestrowym oraz ze stosownych ewidencji wystawionych nie wcześniej niż na 6 m-cy oraz 3 m-ce od dnia składania ofert. Podkreślić w tym miejscu należy, że w przedmiotowym postępowaniu, z uwagi na wartość zamówienia (powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.

8) -zgodnie z treścią art. 26 ust. 1 ustawy -zamawiający jest obowiązany, a nie jedynie uprawniony - żądać takich dokumentów od wykonawców.

W ocenie protestującego wymóg ten ma zastosowanie również do wyżej wskazanego zaświadczenia. Przeciwna wykładania prowadziłaby do paradoksu polegającego na tym, że dokumenty rejestrowe firmy bądź spółki zachowywałyby "ważność" pomimo ustania działalności tej osoby/spółki, a nawet już po jej wyrejestrowaniu ze stosownego rejestru lub ewidencji. W ocenie protestującego wezwaniu zamawiającego czyniłby zadość dokument, z treści którego jednoznacznie wynikałoby, iż w dniu składania ofert stosowna działalność była prowadzona. Przeciwna interpretacja powodowałaby, iż wezwanie do złożenia dokumentów, z których miało wynikać spełnianie warunków udziału na dzień składania ofert -pozostawałoby jedynie pozorne, iluzoryczne. Z uwagi na powyższe przyjąć należy, iż wykonawca mimo wezwania go do uzupełnienia -nie złożył wymaganych dokumentów, na skutek czego jego oferta podlegała odrzuceniu.

⁶ *SIWZ i gwarancje z innych postępowań*

[...]"

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W dniu 21.07.2009 r. zamawiający ww. protest w całości oddalił. W uzasadnieniu protestu podniesiono m.in.:

„[...]

W ocenie Zamawiającego zarzuty Protestującego są bezpodstawne.

I. Protestujący zarzuca, że Zamawiający niesłusznie wykluczył go z postępowania. Zamawiający podtrzymuje, że gwarancja wadialna złożona przez Protestującego nie spełnia wymagań SIWZ, a co za tym idzie, Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania. Zgodnie z SIWZ „W przypadku wnoszenia przez wykonawcę wadium formie gwarancji, gwarancja ma być, co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwoalną, niepodlegającą przeniesieniu na rzecz osób trzecich i płatną na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego. Zamawiający nie może zgodzić się z poglądem Protestującego, że gwarancja przez niego złożona jest gwarancją niepodlegającą przeniesieniu na rzecz osób trzecich (nieprzenoszalną).

W treści dokumentu gwarancji wadialnej Protestującego nie zostało w jakikolwiek sposób zapisane, iż gwarancja ta jest gwarancją nieprzenoszalną. Zdaniem Zamawiającego, z treści gwarancji winno wynikać wprost, iż żadne wierzytelności z tej gwarancji nie mogą być

przeniesione na osoby trzecie a więc ma to być gwarancja nieprzenoszalna. Tym samym przedmiotowa gwarancja wadialna nie spełnia wymagań Zamawiającego.

Konieczność wykluczenia Protestującego potwierdza orzecznictwo KIO: „Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez bezpodstawne wykluczenie konsorcjum Kolprojekt z postępowania z powodu wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej bez zawartej w niej klauzuli nieprzenoszalności. Zamawiający w pkt 11.4 SIWZ wymagał w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej STU Ergo Hestia S.A. z dnia 20 listopada 2008r. załączonej w ofercie konsorcjum Kolprojekt na stronie 166 wynika, iż nie jest to gwarancja nieprzenoszalna. (...) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż konsorcjum Kolprojekt nie wniosło wadium zgodnie z wymaganiami dotyczącymi tej formy jej wniesienia określonymi w pkt 11.4 SIWZ. Postanowienie to obowiązywało wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, a jego zapis nie został oprotestowany. Zamawiający dbając o swój interes prawny w zabezpieczeniu postępowania oraz stosując art. 7 ustawy był zobowiązany do wykluczenia konsorcjum Kolprojekt z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy” (sygn. Akt KIO/UZP 224/09).

Zamawiający wskazuje, że dokument wadium nie może być przedmiotem uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Wobec powyższego zakres uzupełnianych dokumentów został ograniczony do dokumentów wskazanych w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605), a dokument potwierdzający wniesienie wadium nie jest do nich zaliczany. Powyższe potwierdza orzecznictwo: "W odniesieniu do dokumentu gwarancji wadialnej Zamawiający nie jest uprawniony do żądania uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp bądź złożenia wyjaśnienia przez wykonawcę w trybie art. 26 ust. 4 lub art. 87 ust. 1 Pzp" (sygn. akt UZP/ZO/02599/06, sygn. akt KIO/UZP 266/09).

Tym samym należy uznać zarzuty Protestującego zawarte w pkt 14 należy uznać za bezzasadne.

II. Protestujący zarzuca zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp przez niewłaściwą ocenę ofert złożonych przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Uznanej przez

Zamawiającego za najkorzystniejszą ofertę firmy Mott MacDonald Ltd., Protestujący zarzuca, że oświadczenie dotyczące Pana Janusza W., mimo uzupełnienia powoduje naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp poprzez brak jego zastosowania. W przedmiotowym postępowaniu w toku badania ofert Zamawiający, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Przystępującego A do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w ofercie w związku z brakiem dokumentu poświadczającego, że Pan Janusz W. jest upoważniony do podpisania zobowiązania, które znajduje się na stronie 40 oferty Mott MacDonald Ltd. W odpowiedzi na wezwanie zostały przedstawione wyjaśnienia oraz dokumenty zgodnie, z którymi Pan Janusz W. jest upoważniony do podpisania zobowiązania, sporządzonego i złożonego zgodnie z SIWZ.

Protestujący podnosi, iż załączone zaświadczenie z ewidencji działalności gospodarczej Pana Janusza W., nie spełnia wymogów SIWZ. ponieważ data jego wystawienia wykracza poza wymagany w SIWZ termin 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Zdaniem Zamawiającego zarzut jest bezpodstawny, ponieważ Pan Janusz W. nie jest Wykonawcą składającym ofertę, a jedynie członkiem zespołu osób, którym Wykonawca dysponuje dla wykonania zamówienia. To Wykonawcę składającego ofertę obowiązuje zawarty w pkt 8.3.3.a SIWZ rygor przedstawienia dotyczących niego dokumentów rejestrowych, które zostały wystawione co najmniej 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Z kolei zgodnie z pkt 8.3.1.b SIWZ Wykonawca zobowiązany był do przedstawienia pisemnego zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia osoby zdolnej do wykonania zamówienia (tutaj: w zakresie dotyczącym specjalisty ds. geodezji). Pan Janusz W., jako osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą może zobowiązanie takie wyrazić we własnym imieniu poprzez wydanie oświadczenia.

Wobec powyższego uzasadnienia, wszystkie zarzuty Protestującego należy uznać za bezzasadne.

ODWOŁANIE

W dniu 27.07.2009 r. protestujący wniósł odwołanie wobec ww. rozstrzygnięcia protestu.

W odwołaniu wniesiono o:

I. uwzględnienie odwołania w całości,

II. nakazanie zamawiającemu uwzględnienia wszystkich oddalonych żądań zawartych w proteście złożonym w dniu 10 lipca 2009 r., poprzez: nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia protestującego z udziału w postępowaniu, nakazanie dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez protestującego oraz przez

wykonawcę Mott Mac Donald Ltd., oraz nakazanie dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu -zgodnie z prawidłową oceną uwzględniając argumentację protestującego

III. uwzględnienie wszystkich zarzutów i argumentacji odwołującego zawartych w proteście złożonym 10 lipca 2009 r.

Odwołujący zarzucił rozstrzygnięciu protestującego naruszenie następujących przepisów:

1. naruszenia art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez bezpodstawne jego zastosowanie w stosunku do protestującego,
2. naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy, poprzez uzależnienie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez protestującego-od literalnego sformułowania zapisu w gwarancji wadialnej, podczas, gdy z jej treści wynika, iż spełnia ona warunki stawiane w SIWZ,
3. naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy, poprzez brak wezwania do wyjaśnień treści gwarancji wadialnej złożonej przez protestującego,
4. naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez wykluczenie z udziału w postępowaniu protestującego na iluzorycznej podstawie,
5. Naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy poprzez brak jego zastosowania w stosunku do wykonawcy Mott MacDonald Ltd.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, m.in.:

„[...]”

Odwołujący w całości podtrzymuje zarzuty, żądania oraz argumentację zawartą w proteście, odnosząc się równocześnie do błędnej -w naszej ocenie argumentacji zamawiającego przedstawionej w rozstrzygnięciu protestu. I tak zamawiający w rozstrzygnięciu podkreśla, iż złożona przez odwołującego gwarancja wadialna jest gwarancją przenoszalną, zaś za takim poglądem przemawiać ma dodatkowo rozstrzygnięcie KIO w analogicznej sprawie -sygn. KIO/UZP/224 -09. Odwołujący po analizie tego orzeczenia wskazuje, iż stan prawny przywoływanej sprawy odbiega od zaistniałego w przedmiotowej sprawie przede wszystkim z uwagi na to, iż gwarancja złożona w przywołanym postępowaniu była gwarancją ubezpieczeniową, co wynika tak z jej treści, jak następnie argumentacji przedstawionej przez wnoszącego ją wykonawcę. Oczywistym pozostaje, że gwarancja ubezpieczeniowa nie jest bezwzględna, już przepisy kodeksu cywilnego wprowadzają cały szereg ograniczeń odpowiedzialności gwaranta z ubezpieczenia. Wobec powyższego odwołanie do sprawy o sygn. KIO/UZP/224 -09 uznać należy za nieprzydatne w braku analogii.

Odwołujący na poparcie argumentacji zawartej w proteście zwraca uwagę, że gwarancja wadialna złożona przez zamawiającego czyni zadość wymogom postawionym w SIWZ, gdyż:

-jest zgodnie z wymogiem -gwarancją niepodlegającą przeniesieniu na rzecz osób trzecich (nie zaś gwarancją, na której ktoś umieścił zapis, iż nie podlega przeniesieniu na rzecz osób trzecich -wobec braku wymogu takiego zapisu, a jedynie w wymogu posiadania przymiotu nieprzenoszalności)

-nieprzenoszalność gwarancji wadialnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynika z powszechnie obowiązującego prawa, wykładni i orzecznictwa

-gwarant nawet w najmniejszym stopniu nie zastrzegł, iż prawo z gwarancji może przysługiwać komukolwiek innemu -niż jedynie zamawiającemu

Nieprzenoszalność wszelkich praw z zawartej umowy (w tym i z gwarancji wadialnej) stanowi istotę zamówień publicznych. Warto w tym miejscu przytoczyć wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2004 roku (sygn. V CK 97/03), który podtrzymuje Wyrok Sądu Apelacyjnego zakazujący jakichkolwiek zmian podmiotowych umów zawartych w wyniku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (nawet w przypadku jeśli zapis umożliwiający cesję byłby zawarty w umowie o zamówienie publiczne). Zgodnie z treścią tego orzeczenia:

"Kodeks cywilny nie normuje problemu wstąpienia w pozycję strony umowy wzajemnej, jednakże judykatura oraz doktryna dopuszcza taką możliwość przy spełnieniu określonych wymagań, a mianowicie łącznego przeniesienia składających się na tę pozycję obowiązków (przejęcia długu) uprawnień (przelewu wierzytelności), chyba że zmiana strony sprzeciwia się ustawie, zastrzeżeniu umownemu albo właściwości zobowiązania. (...) "Przepis art. 12a (dzisiejszy 7.3 Pzp) uzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący, nie może być zatem "korygowany" wolą stron. W doktrynie i judykaturze podkreśla się, że mamy tu do czynienia z ograniczeniem zasady swobody umów wyrażonej w art. 353[1] kc (...) Wynika to z celu ustawy o zamówieniach publicznych, eksponującego interes publiczny, eliminującego sytuacje korupcjogenne, powódka nie może więc powoływać się na uzgodnienia zamawiającego wykonawcy w przedmiocie "cesji na nią praw i obowiązków wynikających z umowy (...)", uzgodnienia te, wyrażone w §1 ust. 2 lit. b umowy przetargowej, są bowiem nieważne (art. 72 ust. 2 uzp) (-dzisiejszy 146.1 Pzp). Nieważna jest również - jak trafnie stwierdził Sąd Apelacyjny - umowa (...); gdyż prowadzi do obejścia bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 12a uzp (art. 58 §1 kc)." (...) "Zasadnie Sąd Apelacyjny uznał, że umowa (...) miała zapewnić powódce wejście w prawa wykonawcy, przy zastosowaniu instytucji przelewu wierzytelności i przejęcia długu. W konsekwencji w umowie tej ucieleśnił się skutek zobowiązująco-rozporządzający (art. 510 §1 kc). Następstwem nieważności tej

umowy jest nieważność cesji i niemożność korzystania przez powódkę z uprawnień mogących wynikać z przelewu."

Wobec powyższego, oraz przy słusznym założeniu, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma możliwości przeniesienia praw z gwarancji bez zmiany podmiotowej tj. podmiotu uprawnionego z gwarancji (czyli zamawiającego) cesja praw z gwarancji nie jest możliwa - a tym samym - gwarancja wadialna jest nieprzenoszalna. Zamawiający twierdząc przeciwnie, musi więc dopuszczać możliwość zmian podmiotowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co oczywiście sprzeciwia się ustawie.

Zagadnienie nieprzenoszalności zobowiązań z tytułu zamówienia publicznego w ocenie odwołującego jest jednoznaczne i nie było potrzeby protestowania zapisu SIWZ tym bardziej, że statuował on w odniesieniu do gwarancji jedynie wymóg nie podlegania przeniesieniu na rzecz osób trzecich (który gwarancja spełnia) nie zaś wymóg złożenia oświadczenia o tejże nieprzenoszalności. Tym niemniej odwołujący - niejako uprzedzająco - pragnie powołać się na jeszcze jedno orzeczenie, w postaci wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 28 kwietnia 2006 r. sygn. akt II Ca 455/06 : "Wbrew stanowisku zamawiającego i Zespołu Arbitrów wykonawca nie miał obowiązku wykazywania aktywności i domagania się wyjaśnień treści siwz co do zakresu żądanych przez zamawiającego dokumentów skoro określony w SIWZ zakres żądania zamawiającego co do dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie budził wątpliwości wykonawców, a jedynie zamawiającego. Przepis art. 38 ust. 1 pzp ani żaden inny przepis tej ustawy nie nakłada na wykonawców obowiązku żądania wyjaśnień treści siwz w przypadku powstania jakichkolwiek niejasności, ani też nie wprowadza zasady obciążenia wykonawcy negatywnymi skutkami braku żądania wyjaśnień, nawet w przypadku gdy taka potrzeba obiektywnie istniała. Wynikający z ogólnych zasad prawa cywilnego obowiązek współdziałania zamawiającego i wykonawcy przy zawieraniu i wykonaniu umowy o zamówienie publiczne nie uchyla obowiązków zamawiającego wynikających z omówionych wyżej przepisów art. 25 pzp, 26 § 3 npzp i art. 36 ust. 1 pkt 9 pzp".

W odniesieniu zaś do rozstrzygnięcia protestu w części oddalającej żądanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Mott MacDonald Ltd - odwołujący stoi na stanowisku, iż wobec treści przepisu art. 22 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy - zamawiający ma obowiązek żądać m.in. dokumentów, z których wynika, iż najpóźniej w dniu składania ofert wykonawca posiada sam lub jako udostępnione mu - osoby zdolne do wykonania zamówienia. Zaświadczenie składane przez osobę fizyczną prowadzącą działalność

gospodarczą ma ten walor, iż właśnie z niego wynika, że dana osoba jest "samo zatrudniona", a dopiero w konsekwencji -iż może swobodnie rozporządzać swoim czasem i zaciągać zobowiązania. Odwołujący ma świadomość i nie kwestionuje faktu, iż osoba prowadząca działalność gospodarczą jest zdolna do zaciągania zobowiązań we własnym imieniu -lecz okoliczność prowadzenia tej działalności w określonej dacie, tj. dniu składania ofert musi z jakiegoś dokumentu wynikać. Dlatego w ocenie protestującego -wobec braku załączenia do oferty zaświadczenia pracodawcy Pana Janusza Wernika (nawet gdyby pracodawcą był sam wykonawca), zasadnym było żądanie dokumentu, z którego wynikałoby, że wskazana osoba najpóźniej w dniu składania ofert była samo zatrudniona. Jak podkreślono w komentarzu do nowelizacji ustawy "Zobowiązanie to musi mieć formę pisemną, niemniej jednak jego złożenie będzie odpowiadało zasadom na jakich składa się inne dokumenty"¹ Z zaświadczenia z ewidencji działalności gospodarczej załączonego w trybie uzupełnienia, oraz w ogóle z oferty Mott MacDonald Ltd. -nadal nie wynika, czy w dniu składania ofert ewentualny pracodawca Pana Wernika wyrażał zgodę na jego udostępnienie, jak również nie wynika, że Pan Janusz Wernik w dniu składania ofert był "samo zatrudniony", czyli że mógł swobodnie dysponować swoją osobą. Nadmienić tu należy, że gdyby nadinterpretować w niedopuszczalny sposób treść przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, można dojść do przekonania, iż pozostaje on w opozycji do przepisów o swobodzie wyboru pracy, gwarantowanych choćby konstytucyjnie. Celem ustawodawcy natomiast było nałożenie na wykonawców obowiązku nie zapewnienia, lecz wykazania, iż posiadają oni potencjał i osoby zdolne do wykonania zamówienia.

1 Pzp po nowelizacji z dnia 4 września 200Br., pod red. Jacka Sadowego Prezesa UZP, Warszawa 2008, s. 113

KIO/UZP 1095/09 - odwołanie Jacobs Polska Sp. z o.o.

PROTEST

W dniu 09.07.2009 r. Jacobs Polska Sp. z o.o. wniosła protest na:

1. brak czynności wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp a następnie wykluczenia z postępowania firmy Mott MacDonald Limited;
2. dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z rażącym naruszeniem Pzp poprzez uznanie za najkorzystniejszej oferty Mott MacDonald Limited, a więc Wykonawcy, który podlega wykluczeniu z postępowania.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 Pzp -poprzez brak zastosowania względem Mott MacDonald Limited;
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z § 2ust. 1 i 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 (zwane dalej „rozporządzeniem”);
3. art. 7 ust. 1 Pzp

Protestujący wniósł o:

1. dokonanie ponownej oceny ofert w zakresie oferty złożonej przez Mott MacDonald Limited;
2. wezwanie Mott MacDonald Limited do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp;
3. wykluczenie Mott MacDonald Limited w trybie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z § 2 ust. 1 i 3 rozporządzenia;
4. odrzucenie oferty Mott MacDonald Limited w trybie art. 24 ust. 4 Pzp;
5. uznanie oferty Protestującego za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu protestu podniesiono m.in.:

„[...]”

I. Wykonawca Mott MacDonald Limited jest zarejestrowany w rejestrze spółek dla Anglii i Walii (str. 51-54 oferty Mott MacDonald Limited).

Zamawiający w pkt 8.3.3. SIWZ wymagał od wykonawców przedłożenia m.in.:

- 1) aktualnego odpisu z właściwego rejestru albo aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru

lub zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

2) aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 48 u.p.z.p., wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

3) aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 u.p.z.p., wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

4) aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające odpowiednio, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub zaświadczeń, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu -wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

II. Równocześnie Zamawiający w pkt 8.3.4 SIWZ wskazał w jakiej formie powinni składać powyższe dokumenty wykonawcy mający siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Przywołany zapis SIWZ stanowił powielenie zapisu z § 2 ust. 1-3 rozporządzenia.

Zgodnie z § 2 ust. 1 rozporządzenia wykonawcy mający siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zamiast dokumentów wymienionych powyżej w pkt I niniejszego uzasadnienia powinni przedkładać odpowiednio:

1) dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzający, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości;

2) zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy;

3) dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzający, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie;

4) dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzający, że nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Natomiast, zgodnie z § 2 ust. 3 rozporządzenia, dopiero w sytuacji, gdy w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Podkreślić należy, iż rozporządzenie w tej ostatniej sytuacji wymaga dokumentu zawierającego oświadczenie złożone przed notariuszem.

III. Wykonawca Mott MacDonald Limited nie przedłożył w swojej ofercie dokumentów przywołanych powyżej w pkt I i II niniejszego uzasadnienia z uwzględnieniem zapisów pkt 8.3.4 SIWZ i § 2 ust. 1-3 rozporządzenia.

Wykonawca Mott MacDonald Limited w swojej ofercie przedłożył odpowiednio:

1) na stronach 51-54 przedłożono wypis z rejestru spółek, z którego wynika, iż względem wykonawcy "w chwili obecnej nie są podejmowane żadne działania przez Rejestr Spółek w celu wykreślenia spółki z rejestru, rozwiązania spółki jako nieczynnej, oraz zgodnie z posiadaną wiedzą:

a) Spółka nie jest w stanie likwidacji ani nie jest przedmiotem nakazów administracyjnych oraz

b) nie wyznaczono zarządcy ani komisarza dla majątku spółki"

Powyższy dokument potwierdza jedynie, iż względem Mott MacDonald Limited nie otwarto likwidacji natomiast nie potwierdza braku ogłoszenia upadłości. W zakresie braku ogłoszenia upadłości nie przedłożono żadnego innego dokumentu czy oświadczenia. Reasumując brak w ofercie dokumentu potwierdzającego nie ogłoszenie upadłości względem Mott MacDonald Limited. Tym samym Zamawiający naruszył § 2 ust. 1 i 3 rozporządzenia;

2) na stronach 74-77 oświadczenie, iż żaden z członków zarządu ani wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-9 u.p.z.p. Oświadczenie to nie zostało złożone zgodnie z wymaganiami pkt 8.3.4 SIWZ i § 2 ust. 1-3 rozporządzenia. Nie zostało ono bowiem złożone przed notariuszem. Oświadczenie złożono w dniu 26.03.2009 r. a następnie w dniu 30.03.2009 notariusz zaświadczył, iż podpisy pod oświadczeniem z dnia 26.03.2009 są autentyczne. Notarialne poświadczenie podpisu nie jest tożsame z oświadczeniem złożonym przed notariuszem -narusza zatem § 2 ust. 1 i 3 rozporządzenia;

3) ponadto oświadczenie złożone na stronach 74-77 jest złożone w sposób sprzeczny z treścią § 2 ust. 1-3 rozporządzenia. § 2 ust. 1 rozporządzenia stanowi, iż wykonawcy mający siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zamiast zaświadczeń z KRK w zakresie osób zarządzających wykonawcą składają zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy. Zatem w takim wypadku powinny być przedłożone dokumenty dla każdego z 13 dyrektorów zarządzających wydane przez kraj pochodzenia lub zamieszkania osoby, której dokument dotyczy. W ofercie nie podano narodowości dyrektorów Mott MacDonald Limited zatem nie można stwierdzić, jaki mają kraj pochodzenia czy narodowości. Niemniej jednak Mott MacDonald Limited nie udowadniając, iż w krajach pochodzenia czy narodowości nie wydaje się dokumentów wymaganych § 2 ust. 1 rozporządzenia od razu przedłożył oświadczenie - w jego zamyśle z § 2 ust. 3 rozporządzenia (o nieprawidłowości i brakach tego zamyśłu szerzej w poprzednim punkcie). Niemniej jednak składając oświadczenia (o tym, że powinny być przed notariuszem było już w poprzednim punkcie) zgodnie z § 2 ust. 3 rozporządzenia każda z osób powinna złożyć takie oświadczenie samodzielnie a nie jak to uczyniono w ofercie jedna z osób oświadczyła, iż względem 13 dyrektorów nie zachodzą okoliczności z art. 24 ust. 1 pkt 4-8. Nigdzie też nie załączono pełnomocnictw do złożenia takich oświadczeń. Konieczność złożenia takich oświadczeń przez osoby, których oświadczenie dotyczy wynika z analizy treści przywołanego w pkt II niniejszego uzasadnienia § 2 ust. 3 rozporządzenia. Ponadto powyższe potwierdza treść art. 45 ust. 1 i 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 Z 30.4.2004, str. 114). Zgodnie z art. 45 ust. 1 ostatnie zdanie okoliczności wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 4-8) u.p.z.p. odnoszą się do "osób prawnych lub fizycznych, w tym, stosownie, dyrektorów przedsiębiorstw oraz wszelkich osób posiadających uprawnienia do reprezentowania, decydowania lub sprawowania kontroli nad kandydatem lub oferentem." Natomiast art. 45 ust. 3 dyrektywy stanowi, iż "w przypadku gdy dany kraj nie wydaje takich dokumentów lub zaświadczeń, lub też gdy nie obejmują one wszystkich przypadków określonych w ust. 1 oraz ust. 2 lit. a), b) i c), mogą być one zastąpione oświadczeniem złożonym pod przysięgą lub - w Państwach Członkowskich, w których prawo nie przewiduje składania oświadczeń pod przysięgą - uroczystym oświadczeniem złożonym przez daną osobę przed właściwym organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem albo przed właściwą organizacją zawodową lub gospodarczą kraju pochodzenia lub kraju, z którego ta osoba przybywa." Reasumując oświadczenie z § 2 ust. 3 rozporządzenia w zakresie okoliczności z art. 24 ust. 1 pkt 4-8 u.p.z.p. powinny być złożone przez każdego z 13 dyrektorów Mott MacDonald Limited

przed notariuszem kraju pochodzenia takiego dyrektora lub kraju miejsca jego zamieszkania. Tym samym Zamawiający naruszył § 2 ust. 1 i 3 rozporządzenia;

4) na stronach 59-61 oświadczenie, iż wobec niego nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówień publicznych. Oświadczenie to nie zostało złożone zgodnie z wymaganiami pkt 8.3.4 SIWZ i § 2 ust. 1-3 rozporządzenia. Nie zostało ono bowiem złożone przed notariuszem. Wykonawca złożył bowiem jedynie na str. 59-60 swojej oferty zaświadczenie notariusza, że podpisy złożone na jego oświadczeniu są autentyczne. Notarialne poświadczenie podpisu nie jest tożsame z oświadczeniem złożonym przed notariuszem - narusza zatem § 2 ust. 1 i 3 rozporządzenia;

5) na stronach 79-80 zaświadczenie z HM Revenue & Customs o nie zaleganiu z ubezpieczeniem społecznym oraz podatkiem dochodowym od osób prawnych. Zaświadczenie z HM Revenue & Customs zgodnie z § 2 ust. 1 rozporządzenia nie zawiera zaświadczenia o nie zaleganiu z pozostałymi podatkami (w tym VAT) oraz składkami na ubezpieczenie zdrowotne. W zakresie składek na ubezpieczenie zdrowotne złożono oświadczenie (str. 83). Oświadczenie to nie zostało złożone zgodnie z wymaganiami pkt 8.3.4 SIWZ i § 2 ust. 1-3 rozporządzenia. Nie zostało ono bowiem złożone przed notariuszem. Oświadczenie złożono w dniu 27.03.2009 r. a następnie w dniu 30.03.2009 notariusz zaświadczył, iż podpisy pod oświadczeniem z dnia 27.03.2009 są autentyczne. Notarialne poświadczenie podpisu nie jest tożsame z oświadczeniem złożonym przed notariuszem - narusza zatem § 2 ust. 1 i 3 rozporządzenia w zakresie składek na ubezpieczenie zdrowotne. Natomiast w zakresie podatków złożono oświadczenie (str. 83), które również nie zostało złożone zgodnie z wymaganiami pkt 8.3.4 SIWZ i § 2 ust. 1-3 rozporządzenia. Po pierwsze w treści oświadczenia czytamy, iż dotyczy podatku dochodowego i od osób prawnych. Nie dotyczy ono podatku VAT i pozostałych podatków. Wobec tego wykonawca nie potwierdził nie zalegania z podatkami. Interpretację Protestującego potwierdza wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 13.04.2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-392/07, zgodnie z którym: "do oferty tej nie został również dołączony dokument potwierdzający, że I. nie zalega z podatkami. Dokument ten jest wadliwy, albowiem nie wynika z niego, że obejmuje on podatek dochodowy od towarów i usług (Value Added Tax). Zaświadczenie do dotyczy wyłącznie podatku dochodowego od osób prawnych (Corporation Tax)";

IV. Potwierdzenie przedstawionych przez Protestującego argumentów, iż zgodnie § 2 ust. 3 rozporządzenia oświadczenie powinno być złożone w obecności notariusza jest wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 12.06.2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-658/07, zgodnie z którym:

"W uzasadnieniu przedmiotowego wyroku Sąd wprost wskazał, iż wymagana jest forma oświadczenia składanego przed notariuszem, właściwym organem sądowym,

administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego. W ocenie Sądu w świetle prawa polskiego przyjęcie oświadczenia przez notariusza wymaga zrozumienia przez niego treści składanego oświadczenia, wskazania tożsamości osoby składającej oświadczenie, fakt i datę stawiennictwa przed notariuszem oraz złożenie oświadczenia. Okoliczności te winny być stwierdzone protokołem sporządzonym w formie aktu notarialnego. Natomiast oświadczenia złożone na podstawie obcego prawa powinny być adekwatne do oświadczenia złożonego na podstawie prawa polskiego. (. ..) W ocenie Zespołu Arbitrów zarówno oświadczenie złożone przez Pana F.B., jak i Pana L.B. nie odpowiadają wymogom ustalonym przez Zamawiającego na podstawie wyroku SO w Warszawie, ponieważ w powyższych oświadczeniach brak jest tożsamości czasu bądź czasu i miejsca złożenia oświadczenia. Z załączonych oświadczeń wynika, iż notariusz dokonał poświadczenia za zgodność z oryginałem odpisu oświadczenia oraz poświadczył podpis Prezesa spółki E. złożony na złożonym przez niego oświadczeniu. "

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W dniu 21.07.2009 r. zamawiający protest w całości oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu podniesiono m.in.:

„[...]”

W ocenie Zamawiającego zarzuty Protestującego są bezpodstawne.

I. Zgodnie z § 2 ust 1 Rozporządzenia, wypis z rejestru spółek, złożony na stronach 51-54 oferty, potwierdza, że wobec tego wykonawcy nie otwarto jego likwidacji, ani nie ogłoszono upadłości. Z treści tego dokumentu wynika wprost, że „Zgodnie z dokumentami spółki złożonymi w Rejestrze Spółek, spółka działa nieprzerwanie od chwili jej założenia”. Z przedłożonego dokumentu wynika. również jasno, że względem wykonawcy „w chwili obecnej nie są podejmowane żadne działania przez Rejestr Spółek w celu wykreślenia spółki z rejestru, rozwiązania spółki jako nieczynnej oraz zgodnie z posiadaną wiedzą:

a) Spółka nie jest w stanie likwidacji ani nie jest przedmiotem nakazów administracyjnych, oraz

b) nie wyznaczono zarządcy ani komisarza dla majątku spółki”.

Wobec powyższego zarzut Protestującego należy uznać za bezzasadny.

II. Odnosząc się do zarzutów dotyczących oświadczeń przed notariuszem należy stwierdzić, że zgodnie z § 2 ust 3 Rozporządzenia, w sytuacji, gdy w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje

się dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 Rozporządzenia, zastępuje się jej dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem.

Według prawa brytyjskiego, poświadczenie przez notariusza brytyjskiego autentyczności podpisu oświadczenia jest równoważne za złożeniem tego oświadczenia w obecności tego notariusza. Tym samym, zachowane zostały wszelkie przesłanki niezbędne do wypełnienia dyspozycji z § 2 ust. 3 Rozporządzenia, a w szczególności:

- osobiste stawiennictwo osób umocowanych do reprezentacji spółki przed notariuszem,
- dokonanie identyfikacji przez notariusza osób i ich zdolności do działania w imieniu spółki,
- poświadczenie przez notariusza złożonych oświadczeń i podpisów przez osoby reprezentujące spółkę.

W aspekcie powyższego zarzut Protestującego wobec Zamawiającego dotyczący naruszenia Pzp poprzez brak zastosowania względem Wykonawcy art. 26 ust 3 Pzp jest chybiony i zdaniem Zamawiającego, taka czynność nie była merytorycznie uzasadniona.

Protestujący zarzuca ponadto, że w ofercie Protestującego nie złożono dokumentów w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, Należy jednak zważyć, że w kraju pochodzenia Wykonawcy nie wydaje się zaświadczeń organu sądowego o niekaralności członków zarządu. W jego miejsce, zgodnie z Rozporządzeniem, złożono oświadczenie notarialne. Tym samym Zamawiający uznaje zarzut za bezzasadny.

Kwestionowany przez Protestującego przedstawiony w ofercie dokument wystawiony przez HM Revenue & Customs (stanowiącego odpowiednik polskich urzędów skarbowych), zdaniem Zamawiającego również w pełni potwierdza wymagania postawione w SIWZ. Dokument ten, złożony na stronach 79-80 oferty potwierdza niezaleganie z płatnościami podatków oraz składek na Ubezpieczenie Narodowe (ang. National Insurance), które zawierają w sobie zarówno składki na ubezpieczenie społeczne, jaki składki na ubezpieczenie zdrowotne,

Dodatkowy dokument, potwierdzający fakt niezalegania ze składkami za ubezpieczenie zdrowotne, stanowi oświadczenie na stronie 81-83 oferty Wykonawcy. Co do zarzutu, dotyczącego braku potwierdzenia bieżącego regulowania podatku VAT, Zamawiający uznaje za wystarczające wyjaśnieniami Wykonawcy, zgodnie z którymi w Wielkiej Brytanii nie istnieje scentralizowana instytucja odpowiedzialna za obsługę VAT, która mogłaby wydać zaświadczenie analogiczne do wydawanych przez polskie urzędy skarbowe. Zamawiający uznał zatem treść złożonego oświadczenia,

W aspekcie powyższego zarzuty Protestującego sformułowane w pkt 1 i 2 protestu należy uznać za bezzasadne.

[...]"

ODWOŁANIE

W dniu 27.07.2009 r. protestujący wniósł odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu.

W odwołaniu podtrzymano zarzuty i wnioski protestu.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, m.in.:

„[...]”

Zamawiający w pkt 8.3.3. SIWZ wymagał od wykonawców przedłożenia m.in.:

- 1) aktualnego odpisu z właściwego rejestru albo aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;
- 2) aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym wart. 24 ust. 1 pkt 48 u.p.z.p., wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;
- 3) aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym wart. 24 ust. 1 pkt 9 u.p.z.p., wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;
- 4) aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające odpowiednio, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub zaświadczeń, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu -wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

II. Równocześnie Zamawiający w pkt 8.3.4 SIWZ wskazał w jakiej formie powinni składać powyższe dokumenty wykonawcy mający siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Przywołany zapis SIWZ stanowił powielenie zapisu z § 2 ust. 1-3 rozporządzenia. Zgodnie z § 2 ust. 1 rozporządzenia wykonawcy mający siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zamiast dokumentów wymienionych powyżej w pkt I niniejszego uzasadnienia powinni przedkładać odpowiednio:

- 1) dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzający, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości;
- 2) zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym wart. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy;
- 3) dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzający, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się

o zamówienie;

4) dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzający, że nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Natomiast, zgodnie z § 2 ust. 3 rozporządzenia, dopiero w sytuacji, gdy w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Podkreślić należy, iż rozporządzenie w tej ostatniej sytuacji wymaga dokumentu zawierającego oświadczenie złożone przed notariuszem.

III. Wykonawca Mott MacDonald Limited nie przedłożył w swojej ofercie dokumentów przywołanych powyżej w pkt I i II niniejszego uzasadnienia z uwzględnieniem zapisów pkt 8.3.4 SIWZ i § 2 ust. 1-3 rozporządzenia.

Wykonawca Mott MacDonald Limited w swojej ofercie przedłożył odpowiednio:

1) na stronach 51-54 przedłożono wypis z rejestru spółek, z którego wynika, iż względem wykonawcy "w chwili obecnej nie są podejmowane żadne działania przez Rejestr Spółek w celu wykreślenia spółki z rejestru, rozwiązania spółki jako nieczynnej, oraz zgodnie z posiadaną wiedzą:

a) Spółka nie jest w stanie likwidacji ani nie jest przedmiotem nakazów administracyjnych oraz

b) nie wyznaczono zarządcy ani komisarza dla majątku spółki"

Powyższy dokument potwierdza jedynie, iż względem Mott MacDonald Limited nie otwarto likwidacji natomiast nie potwierdza braku ogłoszenia upadłości. W zakresie braku ogłoszenia upadłości nie przedłożono żadnego innego dokumentu czy oświadczenia złożonego przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Reasumując brak w ofercie dokumentu potwierdzającego nie ogłoszenie upadłości względem Mott MacDonald Limited. Tym samym Zamawiający naruszył §2 ust.1 i 3 rozporządzenia;

2) na stronach 74-77 oświadczenie, iż żaden z członków zarządu ani wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-9 u.p.z.p.

Oświadczenie to nie zostało złożone zgodnie z wymaganiami pkt 8.3.4 SIWZ i § 2 ust. 1-3 rozporządzenia. Nie zostało ono bowiem złożone przed notariuszem. Oświadczenie złożono w dniu 26.03.2009 r. a następnie w dniu 30.03.2009 notariusz zaświadczył, iż podpisy pod oświadczeniem z dnia 26.03.2009 są autentyczne. Notarialne poświadczenie podpisu nie jest tożsame z oświadczeniem złożonym przed notariuszem -narusza zatem § 2 ust. 1 i 3 rozporządzenia;

3) ponadto oświadczenie złożone na stronach 74-77 jest złożone w sposób sprzeczny z treścią § 2 ust. 1-3 rozporządzenia. § 2 ust. 1 rozporządzenia stanowi, iż wykonawcy mający siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zamiast zaświadczeń z KRK w zakresie osób zarządzających wykonawcą składają zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy. Zatem w takim wypadku powinny być przedłożone dokumenty dla każdego z 13 dyrektorów zarządzających wydane przez kraj pochodzenia lub zamieszkania osoby, której dokument dotyczy. W ofercie nie podano narodowości dyrektorów Mott MacDonald Limited zatem nie można stwierdzić, jaki mają kraj pochodzenia czy narodowości. Niemniej jednak Mott MacDonald Limited nie udowadniając, iż w krajach pochodzenia czy narodowości nie wydaje się dokumentów wymaganych § 2 ust. 1 rozporządzenia od razu przedłożył oświadczenie -w jego zamyśle z§2 ust.3 rozporządzenia (o nieprawidłowości i brakach tego zamysłu szerzej w poprzednim punkcie). Niemniej jednak składając oświadczenia (o tym, że powinny być przed notariuszem było już w poprzednim punkcie) zgodnie z § 2 ust. 3 rozporządzenia każda z osób powinna złożyć takie oświadczenie samodzielnie a nie jak to uczyniono w ofercie jedna z osób oświadczyła, iż względem 13 dyrektorów nie zachodzą okoliczności z art. 24 ust. 1 pkt 4-8. Nigdzie też nie załączono pełnomocnictw do złożenia takich oświadczeń. Konieczność złożenia takich oświadczeń przez osoby, których oświadczenie dotyczy wynika z analizy treści przywołanego w pkt II niniejszego uzasadnienia § 2 ust. 3 rozporządzenia. Ponadto powyższe potwierdza treść art. 45 ust. 1i3 dyrektywy 2004/18IWE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 Z 30.4.2004, str. 114). Zgodnie z art. 45 ust. 1 ostatnie zdanie okoliczności wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 4)-8) u.p.z.p. odnoszą się do "osób prawnych lub fizycznych, w tym, stosownie, dyrektorów przedsiębiorstw oraz wszelkich osób posiadających uprawnienia do reprezentowania, decydowania lub sprawowania kontroli nad kandydatem lub oferentem." Natomiast art. 45 ust. 3 dyrektywy stanowi, iż "w przypadku gdy dany kraj nie wydaje takich dokumentów lub zaświadczeń, lub też gdy nie obejmują one wszystkich przypadków określonych w ust. 1 oraz ust. 2 lit. a), b) i c), mogą być one zastąpione oświadczeniem złożonym pod przysięgą lub -w Państwach

Członkowskich, w których prawo nie przewiduje składania oświadczeń pod przysięgą - uroczystym oświadczeniem złożonym przez daną osobę przed właściwym organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem albo przed właściwą organizacją zawodową lub gospodarczą kraju pochodzenia lub kraju, z którego ta osoba przybywa. II Reasumując oświadczenie z § 2 ust. 3 rozporządzenia w zakresie okoliczności z art. 24 ust. 1 pkt 4-8 u.p.z.p. powinny być złożone przez każdego z 13 dyrektorów Mott MacDonald Limited przed notariuszem kraju pochodzenia takiego dyrektora lub kraju miejsca jego zamieszkania. Tym samym Zamawiający naruszył § 2 ust. 1 i 3 rozporządzenia;

4) na stronach 59-61 oświadczenie, iż wobec niego nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówień publicznych. Oświadczenie to nie zostało złożone zgodnie z wymaganiami pkt 8.3.4 SIWZ i § 2 ust. 1-3 rozporządzenia. Nie zostało ono bowiem złożone przed notariuszem. Wykonawca złożył bowiem jedynie na str. 59-60 swojej oferty zaświadczenie notariusza, że podpisy złożone na jego oświadczeniu są autentyczne. Notarialne poświadczenie podpisu nie jest tożsame z oświadczeniem złożonym przed notariuszem -narusza zatem § 2 ust. 1 i 3 rozporządzenia;

5) na stronach 79-80 zaświadczenie z HM Revenue & Customs o nie zaleganiu z ubezpieczeniem społecznym oraz podatkiem dochodowym od osób prawnych. Zaświadczenie z HM Revenue & Customs zgodnie z § 2 ust. 1 rozporządzenia nie zawiera zaświadczenia o nie zaleganiu z pozostałymi podatkami (w tym VAT) oraz składkami na ubezpieczenie zdrowotne. W zakresie składek na ubezpieczenie zdrowotne złożono oświadczenie (str. 83). Oświadczenie to nie zostało złożone zgodnie z wymaganiami pkt 8.3.4 SIWZ i § 2 ust. 1-3 rozporządzenia. Nie zostało ono bowiem złożone przed notariuszem. Oświadczenie złożono w dniu 27.03.2009 r. a następnie w dniu 30.03.2009 notariusz zaświadczył, iż podpisy pod oświadczeniem z dnia 27.03.2009 są autentyczne. Notarialne poświadczenie podpisu nie jest tożsame z oświadczeniem złożonym przed notariuszem -narusza zatem § 2 ust. 1 i 3 rozporządzenia w zakresie składek na ubezpieczenie zdrowotne. Natomiast w zakresie podatków złożono oświadczenie (str. 83), które również nie zostało złożone zgodnie z wymaganiami pkt 8.3.4 SIWZ i § 2 ust. 1-3 rozporządzenia. Po pierwsze w treści oświadczenia czytamy, iż dotyczy podatku dochodowego i od osób prawnych. Nie dotyczy ono podatku VAT i pozostałych podatków. Wobec tego wykonawca nie potwierdził nie zalegania z podatkami. Interpretację Protestującego potwierdza wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 13.04.2007 r., sygn. akt UZP/ZOIO-392/07, zgodnie z którym: "do oferty tej nie został również dołączony dokument potwierdzający, że nie zalega z podatkami. Dokument ten jest wadliwy, albowiem nie wynika z niego, że obejmuje on podatek dochodowy od towarów i usług (Value Added Tax). Zaświadczenie do dotyczy wyłącznie podatku dochodowego od osób prawnych (Corporation Tax)";

IV. Potwierdzenie przedstawionych przez Odwołującego argumentów, iż zgodnie § 2 ust. 3 rozporządzenia oświadczenie powinno być złożone w obecności notariusza jest wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 12.06.2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-658/07, zgodnie z którym:

"W uzasadnieniu przedmiotowego wyroku Sąd wprost wskazał, iż wymagana jest forma oświadczenia składanego przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego. W ocenie Sądu w świetle prawa polskiego przyjęcie oświadczenia przez notariusza wymaga zrozumienia przez niego treści składanego oświadczenia, wskazania tożsamości osoby składającej oświadczenie, fakt i datę stawiennictwa przed notariuszem oraz złożenie oświadczenia. Okoliczności te winny być stwierdzone protokołem sporządzonym w formie aktu notarialnego. Natomiast oświadczenia złożone na podstawie obcego prawa powinny być adekwatne do oświadczenia złożonego na podstawie prawa polskiego. (...) W ocenie Zespołu Arbitrów zarówno oświadczenie złożone przez Pana F.B., jak i Pana L.B. nie odpowiadają wymogom ustalonym przez Zamawiającego na podstawie wyroku SO w Warszawie, ponieważ w powyższych oświadczeniach brak jest tożsamości czasu bądź czasu i miejsca złożenia oświadczenia. Z załączonych oświadczeń wynika, iż notariusz dokonał poświadczenia za zgodność z oryginałem odpisu oświadczenia oraz poświadczył podpis Prezesa spółki E. złożony na złożonym przez niego oświadczeniu."

Nie można się zgodzić z twierdzeniem Zamawiającego, iż poświadczenie podpisu przez notariusza jest równoważne ze złożeniem tego oświadczenia w obecności notariusza. W świetle prawa polskiego, tj. art. 104 § 3-4 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (tj. Dz. U. z 2008 r, Nr 189, poz. 1158, ze zm.) w zw. z art. 94 § 1 Prawa o notariacie, oświadczenie w obecności notariusza jest sporządzane w formie aktu notarialnego, z którym wiążą się następujące rygory: konieczność (przed podpisaniem) odczytania przez notariusza lub przez inną osobę w jego obecności, konieczność przekonania się przez notariusza, że osoby biorące udział w czynności dokładnie rozumieją treść oraz znaczenie aktu, a akt jest zgodny z ich wolą. Powyższych rygorów brakuje przy poświadczeniu podpisu, ponieważ zgodnie z art. 97 w zw. z art. 96 pkt 1) Prawa o notariacie poświadczenie zawiera tylko datę i oznaczenie miejsca jego sporządzenia, oznaczenie kancelarii, podpis notariusza i jego pieczęć. Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż poświadczenia podpisów złożone przez Mott MacDonald Limited rozpatrywać można jedynie w kategoriach oświadczeń prywatnych z podpisami notarialnie poświadczonymi a nie w kategorii dokumentu urzędowego jakim jest oświadczenie złożone przed notariuszem. Podobnie jest na gruncie prawa brytyjskiego, gdzie poświadczenie podpisu potwierdza tylko prawdziwość podpisu pod oświadczeniem.

KIO/UZP 1112/09 - odwołanie Konsorcjum firm: MGGP S.A. oraz AGUA y ESTRUCTURAS S.A.

PROTEST

W dniu 10.07.2009 r. Konsorcjum w składzie: MGGP S.A. oraz AGUA y ESTRUCTURAS S.A., wniosło protest wobec czynności zamawiającego polegających na:

- wykluczeniu Konsorcjum z udziału w postępowaniu, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy w związku z niespełnieniem warunku określonego w art. 22 ust 1 pkt 2 Pzp;
- odrzuceniu oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5, w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp;
- wyborze, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty wykonawcy Mott MacDonald Limited.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucono:

1. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10, w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez uznanie, że Konsorcjum nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy dysponuje ono odpowiednim potencjałem kadrowym umożliwiającym realizację zamówienia;
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5, w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez uznanie, iż stanowi on podstawę do odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo iż brak było przesłanek do jego zastosowania;
3. naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, w zw. z art. 8 ust. 1 pzp poprzez zaniechanie precyzyjnego opisu podstaw faktycznych wykluczenia Protestującego i odrzucenia jego oferty, a w efekcie naruszenie także zasady jawności postępowania;
4. naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty MacDonaldd Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii, pomimo iż ofertą najkorzystniejszą i nie podlegającą odrzuceniu była oferta Protestującego;
5. naruszenie art. 29 ust. 2 pzp, w zw. z art. 29 ust 1 i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez interpretację doświadczenia zawodowego osób wskazanych przez Protestującego według terminów, którym Zamawiający nie przypisał definicji, a z pominięciem zdobytych umiejętności, praktyki i z pominięciem wykładni, reguł języka fachowego.

A w związku z powyższym wniesiono o:

1. uwzględnienie protestu w całości, poprzez: unieważnienie wyboru oferty wykonawcy: Mott MacDonald Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii, powtórzenie czynności postępowania od momentu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a następnie ponowne dokonanie oceny ofert z udziałem oferty Protestującego;
2. dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu protestu podniesiono m.in.:

„[...]”

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania tzw. potencjałem kadrowym wskazał m.in. na wymóg stosownego doświadczenia od osoby wyznaczonej przez wykonawcę na stanowisko Inżyniera Projektu czy też na stanowisko Inspektora nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (w dziedzinie komputerowe urządzenia zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym)-zapisy pkt 8.3.1, lit.b) SIWZ.

I tak, od Inżyniera Projektu oczekiwano co najmniej 5 letniego (w okresie ostatnich 10 lat) doświadczenia na stanowiskach związanych z zarządzaniem projektami inwestycyjnymi, w tym doświadczenie w zarządzaniu minimum jednym projektem z zakresu budownictwa kolejowego związanego ze sterowaniem ruchem kolejowym. Jednocześnie Zamawiający w kolejnym zdaniu wskazał, że uznawana będzie praca na stanowiskach Inżyniera projektu, Inżyniera rezydenta, kierownika budowy/robót. Natomiast, od osoby delegowanej na stanowisko w/w Inspektora nadzoru, Zamawiający oczekiwał co najmniej 3 letniego doświadczenia, zdobytego po uzyskaniu odpowiednich uprawnień budowlanych, na stanowisku kierownika budowy/ kierownika robót lub inspektora nadzoru na robotach związanych z budową, przebudową/modernizacją infrastruktury kolejowej zakresie urządzeń zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym (tak pkt 8.3.1 lit b) SIWZ).

Spełnianie warunków w ustalonym powyżej zakresie wykonawcy zobowiązani byli potwierdzić, przedkładając stosowne, zgodne ze wzorem, wykazy (pkt 8.3.1 SIWZ).

Zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego i w celu zdobycia statusu wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia publicznego, Protestujący na stanowisko Inżyniera Projektu delegował Pana Andrzeja K., a na stanowisko Inspektora Nadzoru -Pana Sylwestra G. Na potwierdzenie kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, wykształcenia i zakresu wykonywanych czynności, Protestujący przedłożył stosowne wykazy osób.

W dniu 8 czerwca 2009 roku, na wezwanie Zamawiającego z dnia 2 czerwca 2009 roku, w trybie art. 26 ust. 3 i 4 pzp o przedłożenie wyjaśnień i brakujących dokumentów, Protestujący przedłożył na piśmie między innymi stosowne wyjaśnienia dotyczące wskazywanego przez Protestującego doświadczenia Pana Andrzeja K. oraz Pana Sylwestra G. Pomimo powyższego Zamawiający uznał, że Protestujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonego wart. 22 ust. 1 pkt 2 pzp.

Protestujący nie może zgodzić się z tym stanowiskiem i uważa, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, podnosząc co następuje:

Zamawiający błędnie i w sposób dowolny wykluczył Konsorcjum z postępowania. Przy wykluczeniu wykonawcy ciężar dowodu ciąży na Zamawiającym, który powinien wykazać przyczynę wykluczenia wykonawcy oraz jej podstawy.

Zamawiający nie wskazał w SIWZ, co należy rozumieć pod pojęciem doświadczenia na "stanowiskach związanych z zarządzaniem projektami inwestycyjnymi w tym doświadczenie w zarządzaniu minimum jednym projektem z zakresu budownictwa kolejowego związanego ze sterowaniem ruchem kolejowym", ani też nie określił jak rozumieć pojęcie pracy na stanowisku "Inżyniera projektu, "Inżyniera rezydenta", "kierownika budowy/robót" Zamawiający nie wskazał też zakresu wzajemnych relacji powyższych pojęć. Definicji i zakresu obowiązków tych podmiotów brak również w przepisach prawa. Tożsamy stan odnosi się do pojęcia "stanowiska kierownika budowy/robót lub inspektora nadzoru na robotach związanych z budową, przebudową/modernizacją infrastruktury kolejowej w zakresie urządzeń zabezpieczania i sterowania ruchem kolejowym", którego Zamawiający również nie zdefiniował.

Ta okoliczność ma istotne znaczenie przy ocenie doświadczenia zawodowego Pana Andrzeja K. oraz Pana Sylwestra G., którzy zdaniem Protestującego posiadają wymagane w SIWZ doświadczenie.

W zakresie określenia pojęć i nazw stanowisk pokreślić należy, że w zależności od wielkości przedsiębiorstwa i wielkości realizowanych kontraktów poszczególne funkcje mimo tożsamości nazwy mogą się istotnie różnić w poszczególnych przedsiębiorstwach i analogicznie pomimo różnicy nazwy zakres obowiązków i doświadczenie mogą być z powodzeniem porównywalne. W istocie wybrane przez Zamawiającego kryterium nie jest jasne, gdyż nie odwołuje się do obiektywnych przesłanek ograniczając się jedynie do poziomu nazewnictwa. Inna bowiem jest pozycja i doświadczenie Inżyniera projektu wymiany samej trakcji kolejowej o długości np. 1 km, a inna koordynatora kontraktu budowy całej infrastruktury kolejowej długości np. 30 km.

Należy podkreślić, że wskazani przez Protestującego Pan Andrzej K. oraz Pan Sylwester G. posiadają duże doświadczenia w zakresie odpowiednio zarządzania projektami inwestycyjnymi oraz nadzoru nad inwestycjami związanymi z pracami dotyczącymi infrastruktury kolejowej i spełniają wszystkie wymagania SIWZ.

Zdaniem Protestującego uznanie, że doświadczenie zawodowe Pana Andrzeja K. oraz Pana Sylwestra G. nie odpowiada warunkom SIWZ jest zatem pozbawione podstaw.

1. Pan Andrzej K. delegowany na stanowisko Inżyniera Projektu

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że Zamawiający dokonując opisu wymaganego od Inżyniera Projektu doświadczenia posłużył się powszechnie znanymi w branży budowlanej pojęciami -Inżyniera projektu, inżyniera rezydenta, kierownika budowy/robót

(strona 7 SIWZ). Są to pojęcia niezdefiniowane w prawie, pojęcia umowne niezdefiniowane, którym strony mogą przypisać różne znaczenie, np. inżynierem kontraktu można nazwać osobę, która będzie pełniła funkcję inspektora nadzoru (tak wyrok KIO z dnia 26 września 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 964/08). Ponieważ Zamawiający nie przypisał własnej definicji użytych przez siebie wyżej wskazanych terminów, należy w oparciu między innymi o art. 29 ust. 1 pzp, dokonać wykładni ich znaczenia z uwzględnieniem reguł języka fachowego oraz wykładni celowościowej.

Pojęcie Inżyniera projektu (kontraktu) opisane jest między innymi w procedurach FIDIC (Federation Internationale Des Ingenieurs-Conseils). Najbardziej znanym i reprezentatywnym przykładem dorobku tej federacji są "Warunki kontraktowe dla robót inżyniersko budowlanych", tzw. "Czerwona Książka" FIDIC. Są one stosowane przede wszystkim przy robotach inżyniersko-budowlanych do zawierania umów w drodze przetargów (ale także w innym trybie), zarówno międzynarodowych, jak i krajowych. Warunki są podstawą do zawierania umów finansowanych przez Bank Światowy i PHARE. Z zasad tych wynika jednoznacznie, że do zakresu obowiązków inżyniera projektu należą kwestie związane z kierowaniem, nadzorem, a nawet rozliczaniem inwestycji. Co istotne, roboty budowlane, nad którymi ma być prowadzony w ramach prowadzonego przez Zamawiającego postępowania nadzór będą wykonywane właśnie w oparciu o czerwony FIDIC (patrz: Istotne Postanowienia Umowy, preambuła "Przedmiot umowy", ust. 2 pkt 2).

Ponadto, należy zwrócić uwagę iż każda inwestycja jaką jest budowa obiektu budowlanego ma swój indywidualny wymiar, co przejawia się w samodzielnie wybranej liczbie inspektorów nadzoru inwestorskiego w zakresie różnych specjalności. W zależności od liczby tychże specjalistów przypisuje się im inny podział obowiązków i właściwe stanowiska (art. 27 ustawy z dnia z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane). Im mniej specjalistów tym większy zakres obowiązków. Natomiast, przy większej liczbie specjalistów, za sprawą przypisania im obowiązków tworzy się wielość nazw stanowisk. Z tej przyczyny oraz z powodu braku prawnego uporządkowania (definicji legalnych) pojęć mogą pojawić się rozbieżności w zakresie kompetencji poszczególnych inspektorów nadzoru. Dla przykładu: Powyższe umożliwia wyprowadzenie wniosku, że to inwestor zadecyduje nie tylko o tym, co będzie przedmiotem tego nadzoru, ale także o stosunkach pomiędzy poszczególnymi inspektorami nadzoru inwestorskiego, i że rozumienie pojęcia "koordynowanie" może mieć różne znaczenie w zależności od rodzaju budowy i przyjętej przez inwestora koncepcji zarządzania zespołem fachowców (tak komentarz do art. 27 ustawy Prawo budowlane, "Prawo budowlane, Komentarz", pod redakcją prof. zw. dr hab. Zygmunta Niewiadomskiego, Tomasz Asman, Jędrzej Dessoulavy-Śliwiński, Elżbieta Janiszewska-Kuropatwa, Alicja Plucińska-Filipowicz, 2009).

Ze względów powyżej wspomnianych, posiadanie doświadczenia winno się oceniać poprzez porównanie obowiązków już wykonywanych, z tymi które są przypisane poszczególnym osobom do realizacji (tak KIO w uzasadnieniu do wyroku z dnia 26 września 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 964/08).

Przenosząc powyższe na grunt prowadzonego przez Zamawiającego postępowania i dokonanych przez niego rozstrzygnięć, należy stwierdzić, że zaproponowany na stanowisko Inżyniera Projektu Pan Andrzej K. dysponuje wykształceniem, kwalifikacjami i doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego. Powyższe potwierdza wykaz, sporządzony wedle Załącznika nr 5 do SIWZ oraz przedłożone przez Protestującego wyjaśnienia.

I Tak, podczas pełnienia obowiązków Zastępcy Dyrektora d/s. Technicznych (lata 99-2001) jak i Zastępcy Dyrektora d/s. Eksploatacji (lata 2004-2007) w Zakładzie Linii Kolejowych w Opolu Panu Andrzejowi K. podlegał Dział Automatyki Telekomunikacji. W tym czasie do jego obowiązków należało prowadzenie jak i bezpośredni nadzór nad całością spraw związanych z urządzeniami automatyki na terenie całego zakładu. Wśród spraw realizowanych w dziale automatyki pod jego nadzorem znajdowały się wszystkie sprawy prowadzonych zadań inwestycyjnych własnych jak i prowadzonych przez Oddział lub Biuro Inwestycji PLK.

Od roku 2000, na terenie Zakładu Linii Kolejowych w Opolu, rozpoczęła się kompleksowa modernizacja i przystosowanie, do prędkości 160 km/h Odcinka linii kolejowej E-30 Opole-Wrocław. Od początku modernizacji tej linii Pan Andrzej K. koordynował wszystkie jej fazy, co wiązało się z przystosowywaniem urządzeń do zmian w układach torowych jak i przystosowywaniem ich podczas prowadzonych robót. Do jego podstawowych obowiązków należało koordynowanie wszystkich robót związanych z sterowaniem ruchu drogowego, pod względem technicznym jak i bezpieczeństwa prowadzonego w tym czasie ruchu kolejowego, opracowywanie harmonogramów robót, rad budowy, opracowywanie i zatwierdzanie Tymczasowych Regulaminów Prowadzenia Ruchu Pociągów, opiniowanie projektów i zatwierdzaniu zabudowywanych urządzeń srk. Ponadto przewodniczył komisjom sprawdzania odbioru i przekazywania urządzeń do eksploatacji.

Od momentu rozpoczęcia się projektu Dostawa i zabudowa Urządzeń Sterowania i kierowania Ruchem Kolejowym na odcinku Opole -Wrocław Linii E-30 tzn. od października 2003, najpierw jako Naczelnik Działu Automatyki i Telekomunikacji (lata 2001-2004) a następnie jako Zastępca Dyrektora ds. Eksploatacji (lata 2004-2007) uczestniczył w procesie projektowania, budowy i uruchamiania urządzeń sterowania ruchem.

Podczas procesu projektowania był odpowiedzialny za uzgadnianie oraz opiniowanie dokumentacji projektowej, która najpierw jako załącznik do projektu budowlanego służyła do uzyskania decyzji o pozwolenie na budowę. Po opracowaniu dokumentacji wykonawczej

urządzeń sterowania Rychem kolejowym dla tego kontraktu Pan Andrzej K. kierował analizą oraz opiniowaniem powyższej dokumentacji.

Podczas budowy urządzeń na wyżej wskazanym kontrakcie Pan Andrzej K. koordynował wszystkie roboty w branży urządzeń sterowania ruchem kolejowym. Opracowywał harmonogram robót oraz tymczasowy regulamin prowadzenia ruchu pociągów podczas wykonywania robót budowlano -montażowych. Brał czynny udział w naradach koordynacyjnych i radach budowy. Przewodniczył komisjom odbioru i przekazywania urządzeń sterowania ruchem kolejowym do eksploatacji. Potwierdzeniem powyższego doświadczenia są dokumenty Zakładu Linii Kolejowych w Opolu, w tym dokumenty budowy, które powinny być znane Zamawiającemu z urzędu.

Zatem, skoro do obowiązków Pana Andrzeja K. należało koordynowanie oraz nadzorowanie robót, zdaniem Protestującego Pan Andrzej K. posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie związane z zarządzaniem projektami inwestycyjnymi, w tym doświadczenie w zarządzaniu minimum jednym projektem z zakresu budownictwa kolejowego związanego ze sterowaniem ruchem kolejowym. Opisane powyżej obowiązki, wypełnione przez Pana Andrzeja K., jednoznacznie dowodzą, iż ma on doświadczenie w kierowaniu, nadzorowaniu inwestycją, które jest typowym doświadczeniem w zarządzaniu projektami inwestycyjnymi, odzwierciedlającym obowiązki inżyniera kontraktu, jako pojęcia używanego w języku fachowym, w tym w procedurach FIDIC.

Ponadto należy zwrócić uwagę na to, że nacisk na wymaganiu sformułowanym przez Zamawiającego w pkt 8.3.1 (b) lp. 1 SIWZ, położony jest przede wszystkim na tym, aby personel ten legitymował się doświadczeniem na stanowiskach związanych z zarządzaniem projektami inwestycyjnymi, co wskazuje na to, iż Zamawiający pozostawił otwarty katalog stanowisk, wiążąc je jedynie z zarządzaniem projektami inwestycyjnymi.

Niejako dodatkowo, przykładowo Zamawiający, w kolejnym zdaniu, wskazał, iż uznawana będzie praca na stanowiskach Inżyniera Projektu, Inżyniera Rezydenta czy kierownika budowy/robót. Przyjmuje się, że przy odczytywaniu treści warunku udziału w postępowaniu nie stosuje się domniemania dotyczącego niewyrażonych w nim zamiarów czy intencji zamawiającego, a wątpliwości związane z jego treścią wyjaśnia się na korzyść wykonawców (tak KIO w wyroku z dnia 20 lutego 2009 r., KIO/UZP 122/09. LEX nr 487655). Na podstawie specyfikacji przygotowuje się ofertę, a zatem jej zapisy muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle powinny być -z zachowaniem przepisów prawa -rozstrzygane na korzyść wykonawcy (tak Zespołu Arbitrów w wyroku z dnia 28 listopada 2005r. UZP/ZO/0-3446/0S -postępowania w którym stroną był Zamawiający).

Podkreślenia wymaga także to, iż w zapisach SIWZ, dotyczących innych postępowań przetargowych (między innymi: równoległe ogłoszonego przez Zamawiającego przetargu na

Nadzór i zarządzanie projektem Modernizacja linii kolejowej E30, Etap II. Pilotażowe wdrożenie ERTMS w Polsce na odcinku Legnica -Wegliniec -Bielawa Dolna -w części ETCS I)I, warunek dotyczący stanowiska Inżyniera Projektu powiązany jest z doświadczeniem na stanowiskach związanych z zarządzaniem projektami inwestycyjnymi, bez wymienienia o jakie stanowiska chodzi, nawet w sposób przykładowy.

Wobec tego, odmienna od Protestującego, interpretacja zapisów SIWZ przez Zamawiającego eliminująca ad hoc wykonawców, którzy wskazali na stanowisko Inżyniera projektu osobę, która posiada wymagane doświadczenie, ale których nomenklatura stanowisk zajmowanych u wcześniejszym pracodawców odbiega od wskazanych przez Zamawiającego, zdaniem Protestującego jedynie przykładowo, stanowisk (Inżyniera Projektu, Inżyniera Rezydenta czy kierownika budowy/robót) jest nieprawidłowa.

2. Pan Sylwester G. delegowany na stanowisko Inspektora nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (w dziedzinie komputerowe urządzenia zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym).

W punkcie 8.3., lit b) SIWZ, Zamawiający wymagał by osoba wskazana na stanowisko Inspektora Nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (w dziedzinie komputerowe urządzenia zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym) posiadała co najmniej 3 letnie doświadczenie, zdobyte po uzyskaniu odpowiednich uprawnień budowlanych na stanowisku kierownika budowy/robót lub inspektora nadzoru na robotach związanych z budową, przebudową/modernizacją infrastruktury kolejowej w zakresie urządzeń zabezpieczania i sterowania ruchem kolejowym.

Kandydat wskazany przez Protestującego od 1998 roku dysponuje wymaganymi uprawnieniami budowlanymi i faktycznie posiada wymagany przez Zamawiającego udokumentowany staż zawodowy jako inspektor nadzoru, przy czym nomenklatura stanowiska jako "inspektor nadzoru" została wykazana począwszy od 1.08.2007 roku. Wcześniej, do maja 2007 roku Pan Sylwester G. był czynnym pracownikiem PKP PLK S.A. zatrudnionym, od czasu uzyskania uprawnień budowlanych, na stanowisku nazwanym "kontroler do spraw automatyki" w Zakładzie Infrastruktury W-wa Zachodnia, a od lipca 2000 roku zatrudnionym był w Zakładzie Linii Kolejowych -w Sekcjach Eksploatacji Łowicz i W-wa, na stanowisku zastępcy naczelnika sekcji ds. automatyki, telekomunikacji i energetyki. Pracując na powyższych stanowiskach Pan Sylwester G.nadzorował roboty budowlane związane z budową i modernizacją infrastruktury kolejowej obejmującej następujące urządzenia i systemy zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym:

1. rok 1998 -budowa urządzeń komputerowych typu Ebilock 850 na stacji Błonie;

2. lata 1999-2000 -budowa wieloprocesorowego systemu kierowania ruchem typu WSKR 2-podsystemy ZS i PIP w obszarze LCS Błonie wraz z przebudową samoczynnej blokady liniowej typu Eac z trzystawnej na czterostawną z systemem diagnostyki zdalnej -zakończona komisyjnymi odbiorami technicznym pod jego przewodnictwem;

3. lata 2000-2001-budowa urządzeń rogatkowych typu SPR2 i samoczynnych sygnalizacji przejazdowych typu SPA4: na przejazdach kolejowych kat.A i B w km. 28,4; 52,9; 56,0; 56,8; 85,7 linii E20 -zakończona komisyjnymi odbiorami technicznym pod jego przewodnictwem;

4. rok 2003 -budowa samoczynnej sygnalizacji przejazdowej typu RASP 4 na przejeździe kolejowym kat. B km.26,8 linii W-wa -Radom.

W trakcie realizacji powyższych robót inwestycyjnych Pan Sylwester G. ściśle współpracował z projektantami urządzeń z biur projektowych Bombardier Transportation RE W-wa, Kolprojekt W-wa, kierownikami budów z ramienia wykonawców tj. Bombardier Transportation ZWUS Katowice, KZA Kraków, KZA Poznań, KZA Zielonka oraz inspektorami nadzoru inwestorskiego z ramienia PKP PLK S.A. Biura Inwestycji i Oddziału Regionalnego w W-wie. Powyższa współpraca polegała na określaniu założeń, konsultowaniu i uzgadnianiu projektów technicznych urządzeń „srk”, uczestniczeniu w procesie budowy poprzez osobisty udział w fazach robót wymagających bezpośredniego nadzoru użytkownika np. w trakcie ingerencji w czynne urządzenia "srk", wykonywania prób i badań, wewnętrznych odbiorów technicznych, opracowywaniu regulaminów prowadzenia robót, udział w podejmowaniu decyzji dotyczących organizacji i technologii prowadzonych robót, udział w naradach technicznych na budowach, organizacji i prowadzeniu odbiorów technicznych: eksploatacyjnych, końcowych wraz ze sporządzaniem wymaganych dokumentów. Wykonując powyższe czynności Pan Sylwester G. uzyskał doświadczenie w realizacji robót budowlanych urządzeń sterowania i zabezpieczenia ruchem kolejowym w PKP PLK S.A. i nabył praktyczne umiejętności kierowania robotami w swojej specjalności, ich nadzorowania, egzekwowania jakości i zgodności z dokumentacjami technicznymi i warunkami techniczno-eksploatacyjnymi stawianymi urządzeniom "srk", Należy również zauważyć fakt znajomości budowy i działania wszystkich wyżej wymienionych nowoczesnych procesorowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym w obrębie stacji, szlaków i przejazdów kolejowych. Znajomość ta może w znacznym stopniu ułatwić nadzorowanie i zarządzanie budową systemu ETCS, jako systemu nadrzędnego nad komputerowymi urządzeniami sterowania ruchem: zdalnego, stacyjnymi, liniowymi i na przejazdach kolejowych.

Reasumując, Pan Sylwester G. od 07.2000 roku do 05.2007 roku jako Z-ca Naczelnika sekcji eksploatacji Zakładu Linii Kolejowych PKP PLK S.A., w ramach pełnionych obowiązków, reprezentował inwestora na budowie poprzez sprawowanie kontroli zgodności

jej realizacji z projektem i pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej. Ponadto, brał udział w sprawdzaniu i odbiorze robót budowlanych, a także w próbach i odbiorach urządzeń technicznych. W zakres jego obowiązków wchodziło również potwierdzanie faktycznie wykonanych robót oraz, na żądanie inwestora, kontrolowanie rozliczeń budowy. Powyższy zakres usług w swojej większości odpowiada określonym w art. 25 ustawy Prawo budowlane, tj. podstawowym obowiązkom inspektora nadzoru inwestorskiego.

Co istotne, schemat organizacyjny Zakładu Linii Kolejowych PKP PLK S.A. nie przewidywał, w powoływanym powyżej okresie, stanowiska o nazwie Inspektora Nadzoru, co nie oznacza, że niektórzy pracownicy, z racji swoich obowiązków, nie wykonywali faktycznie funkcji Inspektora Nadzoru, jak miało to miejsce w przypadku Pana Sylwestra G.

Wskazując na wyżej podane wyroki KIO z dnia 20 lutego 2009 r., KIO/UZP 122/09, LEX nr 487655, z dnia 26 września 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 964/08 i zwracając ponownie uwagę na obowiązek oceny wymaganego doświadczenia, przez wzgląd na wykonywane obowiązki, a nie tylko na nazwę stanowiska, zdaniem Protestującego również Pan Sylwester G. posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie.

Zaniechanie przez Zamawiającego zdefiniowania podanych w SIWZ stanowisk, przy jednoczesnym interpretowaniu ich z pominięciem fachowego języka i wykładni celowościowej (rzeczywiście wykonywanych obowiązków pod stanowiskiem posiadającym inną nomenklaturę) stanowi element dyskryminowania wykonawców. Przy tym warto nadmienić, że (jak się przyjmuje w doktrynie (patrz m.in. Komentarz do art. 22 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, 1. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III) doświadczenie zawodowe wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego oznacza zdobytą umiejętność, która została ugruntowana praktyką w danej specjalności a nie pracowanie na określonym stanowisku. Odmienna interpretacja prowadzi do naruszenia podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych, tj. zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 pzp). Brak zdefiniowania wskazanych przez Zamawiającego pojęć ma decydujące znaczenie przy ocenie doświadczenia zawodowego osób wskazanych przez Protestującego na stanowiska Inżyniera Projektu oraz Inspektora Nadzoru. W istocie wybrane przez Zamawiającego kryterium nie jest jasne, gdyż nie odwołuje się do obiektywnych przesłanek ograniczając się jedynie do poziomu nazewnictwa. Stąd też nie można uznać, iż wskazane przez Protestującego osoby, pomimo faktycznego wykonywania przez wymagany okres obowiązków związanych z zarządzaniem projektami inwestycyjnymi czy to stanowiska kierownika budowy/robót lub inspektora nadzoru nie spełniają warunków określonych w SIWZ, z uwagi na fakt, że z piastowane przez nich w owym czasie stanowiska nazwą, nie

odpowiadały stanowiskom określonym arbitralnie w SIWZ. Powyższa argumentacja znajduje również odzwierciedlenie w wyroku Zespół Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 20 lutego 2006 roku (sygn. akt UZP/ZO/0-444/06)

Ponadto, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 pzp Zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zawiadamia wykonawców, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Informacja w tym przedmiocie winna być szczegółowa. W zawiadomieniu przekazanym dnia 30 czerwca 2009 roku Protestującemu, Zamawiający podał uzasadnienie prawne wykluczenia i odrzucenia oferty Protestującego. Natomiast uzasadnienie faktyczne, zdaniem Protestującego, jest zbyt krótkie, lakoniczne i niezrozumiałe. Zamawiający nie odniósł się do doświadczenia Pana Andrzeja K. (wskazanego na stanowisko Inżyniera Projektu) na wymaganych przez Zamawiającego stanowiskach związanych z zarządzaniem projektami inwestycyjnymi. W konsekwencji Protestujący jest zmuszony domniemywać, iż o doświadczeniu według Zamawiającego świadczy nomenklatura zajmowanego stanowiska, pod którym wykonywano obowiązki, a nie rzeczywista praktyka potrzebna do należytego wykonania zamówienia.

Podobnie, względem Pana Sylwestra G. (wskazanego na stanowisko Inspektora nadzoru), Zamawiający nie podał w rozstrzygnięciu, czy kwestionuje brak doświadczenia z racji braku 3 letniego doświadczenie czy też braku doświadczenia na wskazanych przez siebie stanowiskach. Protestujący nie wie, w jakim zakresie obowiązki wykonywane przez Pana G. nie są zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego. W związku z tak nieprecyzyjnym uzasadnieniem -podaniem podstaw faktycznych wykluczenia i odrzucenia oferty Protestującego, Zamawiający naruszył przepis art. 92 ust.1 pkt 2 i 3ppz.

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W dniu 21.07.2009 r. zamawiający ww. protest w całości oddalił. W uzasadnieniu protestu podniesiono m.in.:

„[...]”

W ocenie Zamawiającego zarzuty Protestującego są bezpodstawne.

I. Protestujący zarzuca, że Zamawiający niesłusznie wykluczył go z postępowania. Zamawiający określił w pkt 8.1.2. i 8.3.1.b SIWZ osoby niezbędne do wykonania zamówienia oraz warunki, które powinny spełniać te osoby. Zamawiający wymagał w szczególności specjalistów na stanowisko Inżyniera Projektu oraz Inspektora nadzoru w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (w dziedzinie komputerowe urządzenia i zabezpieczenia i

sterowania ruchem kolejowym). Protestujący na przywołane stanowiska wskazał odpowiednio Pana Andrzeja K. i Pana Sylwestra G.

W toku badania ofert Zamawiający stwierdził, że dwaj zaproponowani specjaliści nie spełniają warunków określonych w SIWZ. Z przedstawionych w ofercie oświadczeń oraz wyjaśnień udzielonych w trybie art. 26 ust. 4 Pzp nie wynika, że Pan Andrzej K. posiada 5-letnie doświadczenie na stanowiskach związanych z projektami inwestycyjnymi -Inżyniera projektu, Inżyniera rezydenta lub kierownika budowy/robót, zgodnie z wymaganiami pkt 8.3.1.b SIWZ. Protestujący wskazał jedynie, iż Pan Andrzej K. w okresach 12.2001 - 05.2004 oraz 05.2004 -05.2007 pełnił funkcje koordynatora kontraktu, co w sposób oczywisty nie wypełnia wymagań Zamawiającego postawionych w pkt 8.3.1.b SIWZ.

W tych okresach Pan Andrzej K. był zatrudniony przez Zamawiającego na stanowisku Naczelnika Działu Automatyki i Telekomunikacji oraz na stanowisku Zastępcy Dyrektora ds. Eksploatacji w Zakładzie Linii Kolejowych w Opolu.

Ponieważ reprezentował on jedynie zleceniodawcę prac, nie mógł on wykonywać czynności i pełnić obowiązków Inżyniera Projektu. Również jako Zastępca Kierownika Kontraktu nie mógł wykonywać czynności i pełnić obowiązków Inżyniera Rezydenta. Należy również podkreślić fakt, że funkcja Kierownika Kontraktu została utworzona w strukturach Zamawiającego dopiero pod koniec 2006 r., a funkcja Zastępcy Kierownika Kontraktu nie istnieje w wykazie stanowisk i schemacie organizacyjnym PKP PLK S.A.

Z posiadanych informacji z Oddziału Regionalnego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. we Wrocławiu wynika, że nadzorem i koordynacją modernizacji linii Opole Wrocław, w tym budową nowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym od 2001 roku zajmował się Wydział Realizacji Inwestycji Oddziału Regionalnego we Wrocławiu, pełniąc funkcję Tymczasowego Inżyniera Projektu.

Z przedstawionych w ofercie oświadczeń oraz wyjaśnień udzielonych w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp wynika także, iż Pan Sylwester G. nie posiada wymaganego 3-letniego doświadczenia na stanowiskach kierownika budowy/kierownika robót lub inspektora nadzoru na robotach związanych z budową, przebudową/ modernizacją infrastruktury kolejowej w zakresie urządzeń zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym, zgodnie z wymaganiami pkt 8.3.1.b SIWZ. Wymaganą funkcję pełnił bowiem w okresach 08.2007 - 06.2008 oraz od 03.2008 do dnia składania ofert. Pan Sylwester G. posiada zatem wymagane doświadczenie w wymaganym zakresie jedynie za okres 21 miesięcy. Pełnienie funkcji Zastępcy Naczelnika Sekcji Eksploatacji Automatyki, Energetyki i Telekomunikacji w okresie 07.2000 -05.2007 nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego dla przedmiotowego specjalisty. Pełniona w tym okresie przez Pana Sylwestra G. funkcja Zastępcy Naczelnika Sekcji Eksploatacji polegała na nadzorze eksploatacyjnym działania

wcześniej pobudowanych urządzeń srk, Podobnie było z funkcją kontrolera ds. automatyki w okresie 10.1998 -06.2000 r.

Niezależnie od powyższego należy jednoznacznie stwierdzić, iż zarzuty Protestującego dotyczące naruszenia "art. 29 ust. 2 Pzp, w zw. z art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez interpretację doświadczenia zawodowego osób wskazanych przez Protestującego według terminów, którym Zamawiający nie przypisał definicji..."należy uznać za oczywiście chybione i nie mające oparcia w dowodach 2 dokumentów. W przypadku wątpliwości z interpretacją czy zrozumieniem zapisów SIW'Z, Protestujący ma możliwość skorzystania z dobrodziejstwa art. 38 ust. 1. Pzp i zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ w tym zakresie. Protestujący z tej możliwości nie skorzystał. Co więcej, w treści oferty w Załączniku Nr 1 do SIWZ jasno i precyzyjnie stwierdził, iż "Akceptujemy w pełni i bez zastrzeżeń, postanowienia: SIWZ dla niniejszego zamówienia, wyjaśnień do tej SIWZ oraz modyfikacji tej SIWZ". W tym stanie rzeczy, swobodna interpretacja zapisów SIWZ przez Protestującego, a takie nieuprawnione dedukowanie o zamiarach Zamawiającego co do warunków udziału w postępowaniu, nie może stanowić podstawy do uwzględnienia treści protestu.

[...]"

ODWOŁANIE

W dniu 31.07.2009 r. wykonawcy wnieśli odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu, zarzucając:

1. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10, w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez bezzasadne ich zastosowanie w sytuacji, gdy nie zachodziły ku temu przesłanki, a to poprzez uznanie, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy dysponuje on odpowiednim potencjałem kadrowym umożliwiającym realizację zamówienia, gdyż wykazane przez Odwołującego stanowiska pracy zajmowane przez wskazane osoby oraz wykonywane w ich ramach czynności pozwalały na nabycie wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia;
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5, w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez uznanie, iż stanowi on podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego, mimo iż brak było przesłanek do jego zastosowania;
3. naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie precyzyjnego opisu podstaw faktycznych wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, a w efekcie naruszenie także zasady jawności postępowania;

4. naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty MacDonald Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii, pomimo iż ofertą najkorzystniejszą i nie podlegającą odrzuceniu była oferta Odwołującego;

5. naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp, w zw. z art. 29 ust 1 i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez interpretację doświadczenia zawodowego osób wskazanych przez Protestującego według terminów, którym Zamawiający nie przypisał definicji, a z pominięciem zdobytych umiejętności, praktyki i z pominięciem wykładni, reguł języka fachowego.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty wykonawcy Mott MacDonald Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii,
- unieważnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- przeprowadzenie zawnioskowanych w treści odwołania dowodów;
- zwrot kosztów postępowania, w tym zwrot kosztów zastępstwa procesowego w wysokości wskazanej w przedstawionej do wglądu na rozprawie fakturze.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, m.in.:

„[...]”

Odwołujący w całości podtrzymuje zarzuty i żądania oraz argumentację zawartą w proteście. Oddalając protest Zamawiający argumentował, że osoby wskazane przez Odwołującego na stanowisko Inżyniera Projektu oraz Inspektora w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (w dziedzinie komputerowe urządzenia zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym), nie spełniają warunków określonych w SIWZ. Z treści pisma zdaje się wynikać, że Zamawiający dokonał ustaleń stanowiących podstawę rozstrzygnięcia protestu jedynie w oparciu o twierdzenia zawarte w przystąpieniu do protestu, wniesionym przez wykonawcę Jacobs Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, uznając je za w pełni wiarygodne, przy całkowitej odmowie uznania wiarygodności twierdzeń Odwołującego zawartych m. in. w proteście. Twierdzenia zawarte we wspomnianym przystąpieniu nie poparte są żadnymi dowodami, i, co oczywiste -wykonawca miał interes faktyczny w oddaleniu protestu -są niezwykle stronnicze. Z uwagi na skomplikowaną zmieniającą się strukturę organizacyjną podmiotu, w którym kadra Odwołującego zdobywała doświadczenie (notabene Zamawiającego) oraz krzyżowanie się zakresów obowiązków pomiędzy pracownikami różnych komórek organizacyjnych tego podmiotu, sposób przedstawienia doświadczenia P. K. oraz P. G. w przywołanym przystąpieniu do protestu jak i rozstrzygnięciu protestu jest sprzeczny z rzeczywistym stanem faktycznym, jaki miał miejsce podczas wykonywania prac przez

wskazywane osoby. Zamawiający nie ustosunkował się do podnoszonych w proteście argumentów, iż wymienione w nim czynności wykonywane przez wskazane osoby spełniają warunki oczekiwane przez Zamawiającego. Tym samym nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w rozstrzygnięciu protestu.

W przedmiotowym postępowaniu od osoby wskazanej na stanowisko Inżyniera Projektu oczekiwano co najmniej 5 letniego (w okresie ostatnich 10 lat) doświadczenia na stanowiskach związanych z zarządzaniem projektami inwestycyjnymi, w tym doświadczenie w zarządzaniu minimum jednym projektem z zakresu budownictwa kolejowego związanego ze sterowaniem ruchem kolejowym. Jednocześnie Zamawiający w kolejnym zdaniu wskazał, że uznawana będzie praca na stanowiskach Inżyniera projektu, Inżyniera rezydenta, kierownika budowy/robót. Od osoby delegowanej na stanowisko w/w Inspektora nadzoru, Zamawiający oczekiwał co najmniej 3 letniego doświadczenia, zdobytego po uzyskaniu odpowiednich uprawnień budowlanych, na stanowisku kierownika budowy/ kierownika robót lub inspektora nadzoru na robotach związanych z budową, przebudową/modernizacją infrastruktury kolejowej zakresie urządzeń zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym (tak pkt 8.3.1 lit b) SIWZ).

Zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego i w celu zdobycia statusu wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia publicznego, Odwołujący na stanowisko Inżyniera Projektu delegował Pana Andrzeja K., a na stanowisko Inspektora Nadzoru -Pana Sylwestra G.. Na potwierdzenie kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, wykształcenia i zakresu wykonywanych czynności. Ponadto na wezwanie Zamawiającego Odwołujący przedłożył na piśmie dodatkowe obszernie wyjaśnienia dotyczące doświadczenia Pana Andrzeja K. oraz Pana Sylwestra G.

Pomimo powyższego Zamawiający uznał, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp. Odwołujący nie może zgodzić się z tym stanowiskiem i uważa, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, podnosząc co następuje:

Zamawiający nie wskazał w SIWZ, co należy rozumieć pod pojęciem doświadczenia na "stanowiskach związanych z zarządzaniem projektami inwestycyjnymi w tym doświadczenie w zarządzaniu minimum jednym projektem z zakresu budownictwa kolejowego związanego ze sterowaniem ruchem kolejowym", ani też nie określił jak rozumieć pojęcie pracy na stanowisku "Inżyniera projektu, "Inżyniera rezydenta", "kierownika budowy/robót" Zamawiający nie wskazał też zakresu wzajemnych relacji powyższych pojęć. Definicji i zakresu obowiązków tych podmiotów brak również w przepisach prawa. Tożsama sytuacja odnosi się do pojęcia "stanowiska kierownika budowy/robót lub inspektora nadzoru na robotach związanych z budową, przebudową/ modernizacją infrastruktury kolejowej w

zakresie urządzeń zabezpieczania i sterowania ruchem kolejowym ", którego Zamawiający również nie zdefiniował.

Z treści warunków wskazanych w SIWZ wynika jednoznacznie, że do należytego wykonania zamówienia niezbędne jest dysponowanie osobą o odpowiednim faktycznym doświadczeniu zawodowym a nie osobą piastującą określone stanowisko. Stąd też weryfikację pod względem spełnienia warunków potencjału kadrowego należało sprowadzić do porównania zakresu przedmiotu niniejszego zamówienia i obowiązków poszczególnych osób wynikających z SIWZ z zakresem wykonywanych wcześniej prac przez wskazane osoby, a nie jak dokonał tego Zamawiający jedynie z nomenklaturą stanowisk nadaną przez ich ówczesnego pracodawcę.

Wskazane przez odwołującego osoby na poszczególne stanowiska -Inżyniera Projektu oraz w/w Inspektora nadzoru posiadają wymagane przez Zamawiającego doświadczenie, pomimo faktu, że było ono uzyskiwane podczas pracy i wykonywania funkcji związanych bądź to z zarządzaniem projektami inwestycyjnymi bądź kierowaniem lub nadzorowaniem robót na stanowiskach nazwanych odmiennie od przykładowo wymienionych w SIWZ. Odmienna nazwa zajmowanego stanowiska nie zmienia jednak faktu zdobycia odpowiedniego stanowiska. Potwierdza to chociażby wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2009, wydany w sprawie o sygnaturze akt KIO/UZP 399/09:

„Izba zgodziła się przy tym z twierdzeniem zamawiającego, iż osoba zajmująca stanowisko inne niż kierownik budowy mogła w tym samym czasie nabyć doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy oraz, że pełnienie funkcji kierownika budowy nie musi wynikać z zatrudnienia na stanowisku kierownika budowy. "

Niewątpliwie osoba Pana Andrzeja K. uzyskała odpowiednie doświadczenie do zajmowania stanowiska Inżyniera Projektu w niniejszym zamówieniu, o czym świadczy wykaz, sporządzony wedle Załącznika nr 5 do SIWZ oraz przedłożone przez Odwołującego wyjaśnienia, tak bowiem:

W okresie kiedy Pan Andrzej K. był zatrudniony na stanowisku Z-cy Dyrektora ds. eksploatacji czyli od 05.2004 do 05.2007 pełnił on funkcję koordynatora projektu dla linii Opole Wrocław na mocy powołania na to stanowisko przez Dyrektora Zakładu Linii Kolejowych, w oparciu o wniosek Z-cy Dyrektora Oddziału ds. technicznych i eksploatacji - Pana D.. Powołanie nastąpiło w związku z chorobą osoby Pana Andrzej C., który wcześniej pełnił funkcję koordynatora.

Wskazać należy, jak twierdzi Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, że instytucjonalnie funkcje Tymczasowego Inżyniera Projektu, pełnił Wydział Realizacji Inwestycji Oddziału Regionalnego we Wrocławiu. Niemniej jednak funkcyjnie kontrakt prowadził koordynator, czyli osoba Pana Andrzeja K. i to on wykonywał, zarówno zgodnie z przyporządkowaniem służbowym jak i faktycznym, czynności związane z zarządzaniem projektem inwestycyjnym,

a co wynikało z pełnienia przezeń funkcji koordynatora kontraktu. Z faktu pełnienia funkcji Tymczasowego Inżyniera Projektu przez Wydział Realizacji Inwestycji Oddziału Regionalnego we Wrocławiu wyciągnięto pochopne wnioski. Pełnienie funkcji Tymczasowego Inżyniera Projektu nie oznacza, że automatycznie koordynatorem kontraktu jest pracownik zatrudniony w tym Wydziale. Zgodnie z Instrukcjami wewnętrznymi obowiązującymi u Zamawiającego, w szczególności Instrukcji Ie-S (E-11) oraz Instrukcji Ie-6 (WOT –E12), projektem inwestycyjnym zarządzał koordynator kontraktu, który był powoływany na to stanowisku z osób posiadających stosowne uprawnienia, przy czym nierzadko z osób zatrudnionych w Dziale Automatyki i Telekomunikacji bądź też Dyrektora do spraw Eksploatacji (jako samodzielnej komórki organizacyjnej).

Odwołujący wyjaśnia także, że od końca 2006 roku została utworzona funkcja Kierownika Kontraktu, która została powierzona p. Eugeniusz Taraban, który wcześniej pełnił funkcję drugiego koordynatora dla projektu modernizacji linii Opole-Wrocław. Przy czym, co najistotniejsze, Pan Andrzej K. nie został odwołany z funkcji koordynatora i nadal do końca pracy w 2007 pełnił tę funkcję, uczestnicząc w procesie inwestycyjnym (narady robocze, koordynacyjne, koordynacja regulaminów zamknięć itp.) Zakres obowiązków jakie spoczywały na koordynatorze kontraktu wynika z obowiązujących w tamtym czasie instrukcji wydawanych przez Zamawiającego oraz prawa budowlanego.

Dowód:

Struktura organizacyjna oraz zakres obowiązków koordynatora kontraktu zgodnie z instrukcjami obowiązującymi u Zamawiającego (Odwołujący nie posiada tych dokumentów i wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do ich przedłożenia. Z informacji uzyskanych od Zamawiającego dokumenty te winny znajdować się w archiwum Zamawiającego bądź jego komórek organizacyjnych);

Instrukcja Ie-5 (E-11) oraz Instrukcja Ie-6 (WOT –E12).

W okresie kiedy Pan Andrzej K. był zatrudniony na stanowisku Naczelnika Działu Automatyki i Telekomunikacji (12.2001-05.2004) został on powołany przez Dyr. Oddziału Regionalnego do koordynacji prowadzonych inwestycji i przewodniczenia komisjom odbioru i przekazania do eksploatacji. Powołanie wynikało z § 4 Instrukcji Ie-6(WOT-E12). Regułą zgodnie z ww. paragrafem było, że przewodniczącym komisji był Dyrektor lub Zastępca dyrektora Oddziału Zakładu Linii Kolejowych. Jednakże w tym przypadku na to stanowisko został powołany Pan Andrzej K., a to z uwagi na fakt, że posiadał odpowiednie uprawnienia budowlane, których nie posiadali ww. dyrektorzy a były one wymagane zapisami w instrukcjach wewnętrznych i prawie budowlanym dla przewodniczącego komisji.

Tym samym w okresie zatrudnienia na stanowisku Naczelnika Działu Automatyki i Telekomunikacji oraz na stanowisku Zastępcy Dyrektora d/s. Eksploatacji w Zakładzie Linii Kolejowych w Opolu Pan Andrzej K. faktycznie wykonywał czynności i pełnił obowiązki Inżyniera Rezydenta/Inżyniera Projektu, tyle tylko że piastowane stanowisko nosiło odmienną nomenklaturę u pracodawcy.

Dowód:

-Instrukcja Ie-6(WOT-E12)

Zakres pełnionych obowiązków i wykonywanych czynności przez Pana Andrzeja K. w poszczególnych okresach przedstawiał się następująco:

Podczas pełnienia obowiązków Zastępcy Dyrektora d/s. Technicznych (lata 1999-2001) jak i Zastępcy Dyrektora d/s. Eksploatacji (lata 2004-2007) w Zakładzie Linii Kolejowych w Opolu Panu Andrzejowi K. podlegał Dział Automatyki Telekomunikacji. W tym czasie do jego obowiązków należało prowadzenie jak i bezpośredni nadzór nad całością spraw związanych z urządzeniami automatyki na terenie całego zakładu. Wśród spraw realizowanych w dziale automatyki pod jego nadzorem znajdowały się wszystkie sprawy prowadzonych zadań inwestycyjnych własnych jak i prowadzonych przez Oddział lub Biuro Inwestycji PLK.

Od roku 2000, na terenie Zakładu Linii Kolejowych w Opolu, rozpoczęła się kompleksowa modernizacja i przystosowanie, do prędkości 160 km/h Odcinka linii kolejowej E-30 Opole-Wrocław. Od początku modernizacji tej linii Pan Andrzej K. koordynował wszystkie jej fazy, co wiązało się z przystosowywaniem urządzeń do zmian w układach torowych jak i przystosowywaniem ich podczas prowadzonych robót. Do jego podstawowych obowiązków należało koordynowanie wszystkich robót związanych z sterowaniem ruchu drogowego, pod względem technicznym jak i bezpieczeństwa prowadzonego w tym czasie ruchu kolejowego, opracowywanie harmonogramów robót, rad budowy, opracowywanie i zatwierdzanie Tymczasowych Regulaminów Prowadzenia Ruchu Pociągów, opiniowanie projektów i zatwierdzaniu zabudowywanych urządzeń srk. Ponadto przewodniczył komisjom sprawdzania odbioru i przekazywania urządzeń do eksploatacji.

Od momentu rozpoczęcia się projektu Dostawa i zabudowa Urządzeń Sterowania i kierowania Ruchem Kolejowym na odcinku Opole -Wrocław Linii E-30 tzn. od października 2003, najpierw jako Naczelnik Działu Automatyki i Telekomunikacji (lata 2001-2004) a następnie jako Zastępca Dyrektora ds. Eksploatacji (lata 2004-2007) uczestniczył w procesie projektowania, budowy i uruchamiania urządzeń sterowania ruchem.

Podczas procesu projektowania był odpowiedzialny za uzgadnianie oraz opiniowanie dokumentacji projektowej, która najpierw jako załącznik do projektu budowlanego służyła do

uzyskania decyzji o pozwolenie na budowę. Po opracowaniu dokumentacji wykonawczej urządzeń sterowania ruchem kolejowym dla tego kontraktu Pan Andrzej K. kierował analizą oraz opiniowaniem powyższej dokumentacji.

Podczas budowy urządzeń na wyżej wskazanym kontrakcie Pan Andrzej K. koordynował wszystkie roboty w branży urządzeń sterowania ruchem kolejowym. Opracowywał harmonogram robót oraz tymczasowy regulamin prowadzenia ruchu pociągów podczas wykonywania robót budowlano -montażowych. Brał czynny udział w naradach koordynacyjnych i radach budowy. Przewodniczył komisjom odbioru i przekazywania urządzeń sterowania ruchem kolejowym do eksploatacji. Potwierdzeniem powyższego doświadczenia są dokumenty Zakładu Linii Kolejowych w Opolu, w tym dokumenty budowy.

Dowód:

dokumenty komisji znajdujące się u Zamawiającego (Odwołujący nie posiada tych dokumentów i wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do ich przedłożenia. Z informacji uzyskanych od Zamawiającego dokumenty te winny znajdować się w archiwum Zamawiającego bądź jego komórek organizacyjnych);

Zatem, skoro do obowiązków Pana Andrzeja K. należało koordynowanie oraz nadzorowanie robót, zdaniem Odwołującego Pan Andrzej K. posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie związane z zarządzaniem projektami inwestycyjnymi, w tym doświadczenie w zarządzaniu minimum jednym projektem z zakresu budownictwa kolejowego związanego ze sterowaniem ruchem kolejowym. Opisane powyżej obowiązki, wypełnione przez Pana Andrzeja K., jednoznacznie dowodzą, iż ma on doświadczenie w kierowaniu, nadzorowaniu inwestycją, które jest typowym doświadczeniem w zarządzaniu projektami inwestycyjnymi, odzwierciedlającym obowiązki inżyniera kontraktu.

Dowód:

pisemne oświadczenie P. Andrzeja K.,

przesłuchanie świadka P. Andrzeja K., wezwanie na rozprawę na adres Odwołującego

przesłuchanie świadka Marka G. -Kontrolera, a następnie Naczelnika Działu Automatyki i Telekomunikacji w Opolu,

przesłuchanie świadka Tadeusza S. -Zastępcę Dyrektora do spraw technicznych w Opolu

przesłuchanie świadka Ryszarda G. -Dyrektor Zakładu Linii Kolejowych w Opolu

przesłuchanie świadka Stefana D. -Dyrektor Technicznego PRKil Wrocław

przesłuchanie świadka Włodzimierza K. -Kierownika Projektu

przesłuchanie świadka Jerzego S. -Inspektora Nadzory Wydział Realizacji Inwestycji Wrocław

przesłuchanie świadka Andrzeja K. -Naczelnika Wydziału Realizacji Inwestycji, a następnie Zastępcy Dyrektora Oddziału Regionalnego we Wrocławiu.

-na okoliczność zakresu obowiązków i wykonywanych prac w poszczególnych okresach pracy zawodowej p. Andrzeja K., celem wykazania spełnienia wszystkich wymagań stawianych w SIWZ dla stanowiska Inżyniera Projektu, jednocześnie wnosimy o zobowiązanie Zamawiającego do wskazania adresów powyżej wymienionych świadków w celu wezwania ich na rozprawę.

Również osoba Pana Sylwestra G.uzyskała odpowiednie doświadczenie do zajmowania stanowiska Inspektora nadzoru specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (w dziedzinie komputerowe urządzenia zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym) w niniejszym zamówieniu, o czym świadczy wykaz, sporządzony wedle Załącznika nr 5 do SIWZ oraz przedłożone przez Odwołującego wyjaśnienia, bowiem:

Zakres obowiązków spoczywających na osobie P. Sylwestra G., który zajmował stanowiska Zastępcy Naczelnika Sekcji Eksploatacji i Kontrolera ds. Automatyki, jakie wykonywał on we wskazanych okresach określają wewnętrzne instrukcje Zamawiającego, w tym m. in. Instrukcja Ie-5 (E-11) Instrukcja o zasadach eksploatacji i prowadzenia robót w urządzeniach sterowania ruchem kolejowym -w szczególności rozdział 2 § 4 pkt 31, rozdział 6 § 21 pkt. 3 i §22 pkt 2 oraz Instrukcja Ie-6 (WOT -E12) Wytyczne odbioru technicznego oraz przekazywania do eksploatacji urządzeń sterowania ruchem kolejowym -w szczególności § 3 oraz §4.

Z instrukcji tych wynika, że to Naczelnik sekcji jest obowiązany nadzorować wykonywane roboty, zabiegi obsługi technicznej i diagnostycznej, przy których występują wyłączenia zależności pomiędzy blokami, sygnałami, zwrotnicami, itp. W przypadku gdy naczelnik sekcji nie może osobiście nadzorować zabiegów obsługi technicznej lub robót, powinien zlecić nadzorowanie innemu pracownikowi sekcji, upoważnionemu do samodzielnego wykonywania zabiegów obsługi technicznej w czynnych urządzeniach srk. To naczelnik sekcji wspólnie z przedstawicielem wykonawcy robót, ustalają kolejność, terminy wykonania, właściwe obostrzenia w ruchu pociągów związane z prowadzeniem robót, oraz określają możliwe do zastosowania rozwiązania techniczne i organizacyjne (...). Co więcej upoważnieni pracownicy, wykonujący roboty na podstawie regulaminu tymczasowego prowadzenia ruchu w czasie wykonania robót oraz zezwoleń i wskazówek udzielonych przez naczelnika sekcji eksploatacji mogą je prowadzić samodzielnie bez stałego nadzoru ze strony pracowników obsługi technicznej. Przy czym określenie sekcja(sekcja

eksploatacji) oznacza komórkę wykonawczą zajmującą się obsługą, obsługą techniczną urządzeń srk, a przez naczelnika sekcji należy rozumieć również jego zastępców.

Z instrukcji tej wynika zatem, że osoba piastująca stanowisko zastępcy Naczelnika Sekcji Eksploatacji miała w zakresie obowiązków zarówno nadzór nad bieżącą eksploatacją srk ale również, a w okresie intensywnych prac budowlanych przede wszystkim sprawowanie nadzoru nad robotami związanymi budową/przebudową/modernizacją infrastruktury kolejowej w zakresie urządzeń zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym.

Przywołana instrukcja le-6 w § 3 opisuje również cel odbioru technicznego, jaki był wielokrotnie dokonywany przez P. Sylwestra G., co potwierdza, że są to działania nadzoru nad wykonywanymi robotami, dodatkowo w § 4 wskazane są osoby biorące udział w procesie końcowego odbioru urządzeń -wynika z niego również, że Pan Sylwester G. prowadzi ł nadzór nad prawidłowym wykonaniem inwestycji. Jednocześnie §3 jest w dużym stopniu opisem działań których wykonanie przez nadzór jest wymagane Prawem budowlanym. Zatem w okresach tych Pan Sylwester G. w ramach obowiązków służbowych pełnił nadzór zgodny z art. 25 i 27 Prawa Budowlanego.

Dodatkowo wyjaśniamy że p. G. biorąc udział w nadzorze i odbiorach został uwidoczniiony w protokołach odbioru i przekazania do eksploatacji po realizacji poszczególnych etapów inwestycji.

Dowód:

-Instrukcja le-6(WOT-EI2)

-Protokoły odbioru i przekazania prac podpisane przez p. Sylwestra G., znajdujące się w archiwum Zamawiającego. (Odwołujący nie posiada tych dokumentów i wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do ich przedłożenia. Z informacji uzyskanych od Zamawiającego dokumenty te winny znajdować się w archiwum Zamawiającego bądź jego komórek organizacyjnych),.

Zatem o fakcie, że osoba P. Sylwestra G. spełnia wymagania stawiane przez Zamawiającego świadczy zakres prac, do których był on zobowiązany na podstawie wspomnianych instrukcji i które wykonywał, czego dowiodą zawnioskowane protokoły. Tym samym zarzut że p. Sylwester G. nadzorował jedynie eksploatację wcześniej pobudowanych urządzeń srk jest całkowicie niezasadny.

Dodatkowo informujemy że p. Sylwester G. pełnił w okresie od 08.2007 do 06.2008 Funkcję inspektora nadzoru dla modernizacji linii Warszawa Zachodnia-Okęcie. Warunkiem koniecznym do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru w ramach tamtego zamówienia było posiadanie wcześniejszego doświadczenie jako inspektora nadzoru. Było to zadanie realizowane dla tego samego Zamawiającego i zakres obowiązków i czynności jakie inspektor nadzoru miał do wykonywania był analogiczny z zakresem obowiązków

wskazany w niniejszym postępowaniu. W ramach tamtego zamówienia Zamawiający uznał ówczesne doświadczenie i uprawnienia p. G. w zakresie pełnienia funkcji zastępcy naczelnika sekcji i kontrolera ds. automatyki jako wystarczające do objęcia stanowiska inspektora nadzoru.

Zakres pełnionych obowiązków i wykonywanych czynności przez Pana Sylwestra G. w poszczególnych okresach przedstawiał się następująco:

Kandydat wskazany przez Odwołującego od 1998 roku dysponuje wymaganymi uprawnieniami budowlanymi i faktycznie posiada wymagany przez Zamawiającego udokumentowany staż zawodowy jako inspektor nadzoru, przy czym nomenklatura stanowiska jako "inspektor nadzoru" została wykazana począwszy od 1.08.2007 roku. Wcześniej, do maja 2007 roku Pan Sylwester G. był czynnym pracownikiem PKP PLK S.A. zatrudnionym, od czasu uzyskania uprawnień budowlanych, na stanowisku nazwanym "kontroler do spraw automatyki" w Zakładzie Infrastruktury W-wa Zachodnia, a od lipca 2000 roku zatrudnionym był w Zakładzie Linii Kolejowych -w Sekcjach Eksploatacji Łowicz i W-wa, na stanowisku zastępcy naczelnika sekcji ds. automatyki, telekomunikacji i energetyki. Pracując na powyższych stanowiskach Pan Sylwester G. nadzorował roboty budowlane związane z budową i modernizacją infrastruktury kolejowej obejmującej następujące urządzenia i systemy zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym:

1. rok 1998 -budowa urządzeń komputerowych typu Ebilock 850 na stacji Błonie;
2. lata 1999-2000 -budowa wieloprocesorowego systemu kierowania ruchem typu WSKR 2-podsystemy ZS i PIP w obszarze LCS Błonie wraz z przebudową samoczynnej blokady liniowej typu Eac z trzystawnej na czterostawną z systemem diagnostyki zdalnej -zakończona komisijnymi odbiorami technicznym pod jego przewodnictwem;
3. lata 2000-2001-budowa urządzeń rogatkowych typu SPR2 i samoczynnych sygnalizacji przejazdowych typu SPA4: na przejazdach kolejowych kat.A i B w km. 28,4; 52,9; 56,0; 56,8; 85,7 linii E20 -zakończona komisijnymi odbiorami technicznym pod jego przewodnictwem;
4. rok 2003 -budowa samoczynnej sygnalizacji przejazdowej typu RASP 4 na przejeździe kolejowym kat. B km.26,8 linii W-wa -Radom.

W trakcie realizacji powyższych robót inwestycyjnych Pan Sylwester G. ściśle współpracował z projektantami urządzeń z biur projektowych Bombardier Transportation RE W-wa, Kolprojekt W-wa, kierownikami budów z ramienia wykonawców tj. Bombardier Transportation ZWUS Katowice, KZA Kraków, KZA Poznań, KZA Zielonka oraz inspektorami nadzoru inwestorskiego z ramienia PKP PLK S.A. Biura Inwestycji i Oddziału Regionalnego w W-wie. Powyższa współpraca polegała na określaniu założeń, konsultowaniu i uzgadnianiu projektów technicznych urządzeń "srk", uczestniczeniu w

procesie budowy poprzez osobisty udział w fazach robót wymagających bezpośredniego nadzoru użytkownika np. w trakcie ingerencji w czynne urządzenia "srk", wykonywania prób i badań, wewnętrznych odbiorów technicznych, opracowywaniu regulaminów prowadzenia robót, udział w podejmowaniu decyzji dotyczących organizacji i technologii prowadzonych robót, udział w naradach technicznych na budowach, organizacji i prowadzeniu odbiorów technicznych: eksploatacyjnych, końcowych wraz ze sporządzaniem wymaganych dokumentów. Wykonując powyższe czynności Pan Sylwester G. uzyskał doświadczenie w realizacji robót budowlanych urządzeń sterowania i zabezpieczenia ruchem kolejowym w PKP PLK S.A. i nabył praktyczne umiejętności kierowania robotami w swojej specjalności, ich nadzorowania, egzekwowania jakości i zgodności z dokumentacjami technicznymi i warunkami techniczno-eksploatacyjnymi stawianymi urządzeniom "srk". Należy również zauważyć fakt znajomości budowy i działania wszystkich wyżej wymienionych nowoczesnych procesorowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym w obrębie stacji, szlaków i przejazdów kolejowych.

Reasumując, Pan Sylwester G. od 07.2000 roku do 05.2007 roku jako Z-ca Naczelnika sekcji eksploatacji Zakładu Linii Kolejowych PKP PLK S.A., w ramach pełnionych obowiązków, reprezentował inwestora na budowie poprzez sprawowanie kontroli zgodności jej realizacji z projektem i pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej. Ponadto, brał udział w sprawdzaniu i odbiorze robót budowlanych, a także w próbach i odbiorach urządzeń technicznych. W zakres jego obowiązków wchodziło również potwierdzanie faktycznie wykonanych robót oraz, na żądanie inwestora, kontrolowanie rozliczeń budowy. Powyższy zakres usług w swojej większości odpowiada określonym w art. 25 ustawy Prawo budowlane, tj. podstawowym obowiązkom inspektora nadzoru inwestorskiego.

Co istotne, schemat organizacyjny Zakładu Linii Kolejowych PKP PLK S.A. nie przewidywał, w powoływanym powyżej okresie, stanowiska o nazwie Inspektora Nadzoru, co nie oznacza, że niektórzy pracownicy, z racji swoich obowiązków, nie wykonywali faktycznie funkcji Inspektora Nadzoru, jak miało to miejsce w przypadku Pana Sylwestra G.

Dowód:

- pisemne oświadczenie P. Sylwestra G.,
- przesłuchanie świadka P. Sylwestra G., wezwanie na rozprawę na adres Odwołującego
- przesłuchanie świadka Andrzeja J. -Naczelnika Automatyki i Telekomunikacji Warszawa Zachodnia
- przesłuchanie świadka Wojciecha F. -Zastępcy Naczelnika Automatyki i Telekomunikacji Warszawa Zachodnia

-przesłuchanie świadka Wiesława O. -Dyrektora Zakładu Infrastruktury Warszawa Zachodnia, a później Dyrektora Zakładu Linii Kolejowy w Warszawie -przesłuchanie świadka Grzegorza K. -Naczelnika Działu Automatyki i Telekomunikacji w Zakładzie Linii Kolejowych w Warszawie

-na okoliczność zakresu obowiązków i wykonywanych prac w poszczególnych okresach pracy zawodowej p. Sylwestra G., celem wykazania spełnienia wszystkich wymagań stawianych w SIWZ dla stanowiska Inspektora nadzoru, jednocześnie wnosimy o zobowiązanie Zamawiającego do wskazania adresów powyżej wymienionych świadków w celu wezwania ich na rozprawę.

Zaniechanie przez Zamawiającego zdefiniowania podanych w SIWZ stanowisk, przy jednoczesnym interpretowaniu ich z pominięciem fachowego języka i wykładni celowościowej (rzeczywiście wykonywanych obowiązków pod stanowiskiem posiadającym inną nomenklaturę) stanowi element dyskryminowania wykonawców. Przy tym warto nadmienić, że (jak się przyjmuje w doktrynie (patrz m.in. Komentarz do art. 22 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655), [w:]

M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III) doświadczenie zawodowe wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego oznacza zdobytą umiejętność, która została ugruntowana praktyka w danej specjalności a nie pracowanie na określonym stanowisku. Odmienna interpretacja prowadzi do naruszenia podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych, tj. zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 pzp).

Ponadto, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 pzp Zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zawiadamia wykonawców, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Informacja w tym przedmiocie winna być szczegółowa. W zawiadomieniu przekazanym dnia 30 czerwca 2009 roku Odwołującemu, Zamawiający podał uzasadnienie prawne wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego. Natomiast uzasadnienie faktyczne, zdaniem Odwołującego, jest zbyt krótkie, lakoniczne i niezrozumiałe. Zamawiający nie odniósł się do doświadczenia Pana Andrzeja K. (wskazanego na stanowisko Inżyniera Projektu) na wymaganych przez Zamawiającego stanowiskach związanych z zarządzaniem projektami inwestycyjnymi. W konsekwencji Odwołujący jest zmuszony domniemywać, iż o doświadczeniu według Zamawiającego świadczy

nomenklatura zajmowanego stanowiska, pod którym wykonywano obowiązki, a nie rzeczywista praktyka potrzebna do należytego wykonania zamówienia.

Podobnie, względem Pana Sylwestra G. (wskazanego na stanowisko Inspektora nadzoru), Zamawiający nie podał w rozstrzygnięciu, czy kwestionuje brak doświadczenia z racji braku 3 letniego doświadczenie czy też braku doświadczenia na wskazanych przez siebie stanowiskach. Odwołujący nie wie, w jakim zakresie obowiązki wykonywane przez Pana G. nie są zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego. W związku z tak nieprecyzyjnym uzasadnieniem -podaniem podstaw faktycznych wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający naruszył przepis art. 92 ust.1 pkt 2 i 3pzp.

W przedmiotowym postępowaniu zachodzi specyficzna sytuacja, w której Zamawiający jest jednocześnie podmiotem, który posiada pełną wiedzę i dokumentację w sprawie doświadczenia osób wskazanych przez Odwołującego. Bez zgody i woli Zamawiającego Odwołujący nie ma możliwości przedstawienia dowodów z dokumentów, świadczących o spełnianiu przez wskazane osoby stawianych wymogów. Tym samym należy uznać, że to po stronie Zamawiającego spoczywa ciężar udowodnienia, że wskazane osoby nie spełniają stawianych wymagań, to jest, że w ramach wykonywania pracy u Zamawiającego nie nabyły odpowiedniego doświadczenia, co do chwili obecnej nie nastąpiło. Zasadnym zatem jest dopuszczenie dowodów ze źródeł osobowych -przesłuchania zawnioskowanych świadków.

[...]"

Uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

KIO/UZP 1082/09

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp w zakresie ochrony własnego udziału w postępowaniu i obrony własnej oferty. Nie dysponuje natomiast takim interesem w odniesieniu do możliwości kwestionowania prawidłowości działań zamawiającego w stosunku do ofert mniej korzystnych od jego oferty – pozostanie takich ofert w postępowaniu w niczym nie wpływa na naruszenie lub możliwość doznania uszczerbku w interesie prawnym związanym z uzyskaniem zamówienia, o którym mowa w ww. przepisie. Jedynie nieprawidłowe wykluczenie wykonawcy lub odrzucenie jego oferty, a także niezgodne z przepisami ustawy pozostawienie w postępowaniu ofert korzystniejszych od oferty wykonawcy protestującego uprawnia do korzystania ze środków ochrony prawnej w stosunku do tego typu działań czy zaniechań zamawiającego.

Możliwość i zakres korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie ze względu na ich wyjątkowy charakter sprowadzający się m.in. do przełamania zasady dwuinstancyjnego, sądowego rozstrzygnięcia sporów (KIO jest organem pozasądowym), a także ze względu na cel ich powołania zgodnie z którym mają umożliwić szybkie i sprawne zapadanie rozstrzygnięć w postępowaniach, powinna być interpretowana ściśle, bez rozszerzania tego typu ochrony na sytuacje, którym ustawa specjalnej ochrony nie przyznaje. Z założenia środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie służą, zgodnie z literalnie interpretowanym brzmieniem art. 179 ust. 1 Pzp, jedynie ochronę interesu prawnego wykonawców w uzyskaniu zamówienia, nie służą do stwierdzania i weryfikowania wszystkich naruszeń przepisów popełnianych przez zamawiającego czy ogólnej oceny prawidłowości prowadzonego przezeń postępowania.

Interes prawny wskazany w ww. przepisie stanowi generalną, materialną przesłankę ograniczającą zakres możliwych do wnoszenia i popierania odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej, której ustanowienie zmierza wyraźnie do zawężenia i określenia sytuacji w których naruszenie przepisów ustawy może zostać poddane weryfikacji w tym trybie. Dla zobrazowania dążenia ustawodawcy do utrzymania specjalnego i ograniczonego charakteru i zakresu zastosowania tego typu drogi rozpatrywania sporów, można wskazać również inne przepisy ustawy, które w odmienny sposób zapewniają i zabezpieczają ekonomię odwołań wnoszonych do Izby – będą to np. przepisy art. 191 ust. 1a czy 184 ust. 1a.

Reasumując, wskazać należy, iż kwestionowanie przez odwołującego pozostawania w postępowaniu wykonawcy, który złożył ofertę mniej korzystną, w żaden sposób nie służy ochronie możliwości uzyskania zamówienia przez odwołującego, tzn. dla zapewnienia tego typu ochrony jest zupełnie zbędne i w związku z powyższym nie mieści się w dyspozycji art. 179 ust. 1 Pzp – odwołujący nie jest uprawniony do wnoszenia i popierania środków ochrony prawnej, które w przedmiotowym postępowaniu dotyczą zaniechania wykluczenia Mott MacDonald Ltd.

Na marginesie powyższego rozstrzygnięcia Izba wskazuje, iż p. Janusz W. (a tym samym wykonawca, który przedstawił go w swojej ofercie) nie musiał w ramach przedmiotowego postępowania w żaden sposób udowodniać, że dysponuje samym sobą. W szczególności zbędne dla powyższego jest ustalenie i dowiedzenie, czy i w jakich datach p. W. prowadzi działalność gospodarczą. Dokonane w oświadczeniu załączonego do oferty Mott MacDonald (str. 40 skoroszytu ofertowego) przez p. J. W., prawdopodobnie z chęci dosłownego wypełnienia dyspozycji § 1 ust. 2 pkt 5a ww. rozporządzenia, „rozdzielenie” własnej osoby na dwa odrębne byty prawne, tj. „J. W. –przedsiębiorca” i „J.W. –osoba”, a następnie zastosowanie zabiegu literackiego polegającego na użyciu w treści oświadczenia 3 os. l. poj. w stosunku do samego siebie, poza efektem „dziwności”, nie niesie żadnych negatywnych konsekwencji prawnych związanych z oceną znaczenia tego typu oświadczenia oraz nie powoduje wątpliwości, iż wybrany wykonawca dysponuje zobowiązaniem p. W., do pełnienia funkcji specjalisty ds. geodezji w trakcie wykonywania przedmiotowego zamówienia.

W przedmiocie zakresu orzekania odnośnie oceny prawidłowości wykluczenia wykonawcy ze względu na wady gwarancji wadialnej Izba wskazuje, iż podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania była okoliczność zamieszczenia w gwarancji ubezpieczeniowej przedłożonej jako wadium przez wykonawcę klauzuli o zastrzeżonej w treści gwarancji zgodzie gwaranta na cesję wierzytelności z tytułu gwarancji na rzecz osoby trzeciej.

Powyższe, według zamawiającego, jest sprzeczne z wymaganiami siwz, która stanowi, że gwarancja ma być co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwołalną, nieprzenoszalną i płatną na każde pierwsze żądanie zamawiającego (pkt 10.4 siwz), a tym samym wadium wniesione w formie tego typu gwarancji należy uznać za niewniesione (art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp).

Żadnych innych wad gwarancji ubezpieczeniowej przedłożonej przez odwołującego zamawiający w zawiadomieniu o wynikach postępowania, a także w rozstrzygnięciu protestu FMK Kolman Sp. z o.o., nie podniósł. Tym samym protest wykonawcy dotyczył nieuprawnionego zastosowania podstawy jego wykluczenia ze względu na wskazane przez

zamawiającego okoliczności – nie mógł formułować zarzutów w stosunku do ustaleń i okoliczności faktycznych, które dodatkowo mogły uzasadniać zastosowanie danego przepisu jako podstawy wykluczenia, a które nie zostały przez zamawiającego w żaden sposób wyrażone.

Zgodnie z art. 190 ust. 3 Izba nie może orzekać, co do zarzutów nie objętych protestem – żadnych okoliczności poza skutkującymi ograniczeniem możliwości z korzystania ze środków ochrony prawnej czy wnoszenia i uwzględniania odwołań – nie bierze pod uwagę „z urzędu”. W związku z faktem, iż to protestujący określa zakres zarzutów protestu, a tym samym niejako warunkuje zakres rozpatrywania sprawy, który w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym przedstawia się tak jak opisano powyżej, Izba pozostawiła poza zakresem rozpoznania dodatkowe okoliczności czy też zarzuty podniesione przez przystępujących w stosunku do omawianej gwarancji wadialnej, które w ich opinii powinny również skutkować koniecznością zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w stosunku do odwołującego. Tego typu zarzutów w przedmiotowym postępowaniu protestacyjnym, ze wskazanych powodów, po prostu brak. Przystępujący do postępowania protestacyjnego mogą zgodnie z art. 181 ust. 5 Pzp jedynie określać swoje żądania co do sposobu rozstrzygnięcia zarzutów protestu wraz z podaniem argumentacji na rzecz takiego rozstrzygnięcia, a nie rozszerzać podstawę dokonania określonej czynności o dodatkowe okoliczności czy uzasadnienia, i w ten sposób, niejako „nie na swój koszt i rachunek”, doprowadzić do wyrokowania w tym przedmiocie.

W przypadku powzięcia informacji o zaniechaniu odrzucenia danej oferty czy wykluczenia wykonawcy ze względu na wszelkie okoliczności skutkujące podstawą do dokonania tego typu czynności, przy jednoczesnym dokonaniu wykluczenia czy odrzucenia oferty na innej podstawie faktycznej czy prawnej, wykonawcy, którym pozostawienie danej oferty w postępowaniu będzie uniemożliwiało uzyskanie zamówienia, będą w pełni uprawnieni do wnoszenia protestów na tego typu zaniechanie zamawiającego. O powyższym przesądza brzmienie art. 179 ust. 1 Pzp, który stanowi również o **możliwości** doznania uszczerbku w interesie prawnym wykonawcy związanym z możliwością uzyskania zamówienia. Tego typu możliwość jest w takim przypadku jak najbardziej realna i prawdopodobna – w przypadku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu unieważniającego czynność zamawiającego dokonaną w oparciu na wykazanej, ograniczonej podstawie, inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu ze względu na zasadę koncentracji środków ochrony prawnej oraz wpływ terminów do ich wnoszenia, stracą możliwość późniejszego podnoszenia dodatkowych okoliczności skutkujących usunięciem danej oferty z postępowania czyli staną się niejako bezradni wobec dokonania wyboru takiej oferty po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu przywracającym ją do postępowania (jak wykazano powyżej nie mogą tego typu okoliczność podnieść w przyłączeniu do postępowania protestacyjno-odwoławczego).

Reasumując, wnoszenie protestów wobec niezgodnego z przepisami „zawężenia” podstawy wykluczenia czy odrzucenia, czy też inaczej - na zaniechanie zamawiającego podlegające na nieuwzględnieniu wszelkich okoliczności skutkujących odrzuceniem już odrzuconej z innych powodów oferty bądź analogicznie wykluczeniem wykonawcy, mieści się w pojęciu interesu prawnego do korzystania ze środków ochrony prawnej, a w świetle powołanych zasad koncentracji środków ochrony prawnej oraz ograniczenia zakresu orzekania Izby do zarzutów zawartych w proteście, jest jak najbardziej zrozumiałe i konieczne.

Odnosząc się do głównego zarzutu protestu odnośnie nieprawidłowego zakwalifikowania przez zamawiającego wskazywanych postanowień gwarancji ubezpieczeniowej przedłożonej przez odwołującego i tym samym nieuprawnionego w odniesieniu do tych okoliczności zastosowania ww. przepisu, Izba stwierdza, iż zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców. Którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą, lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Wymogi co do skuteczności wadium, jego formy i zakresu zabezpieczenia określa ustawa w art. 45 i 46. Zamawiający poza ustaleniem wysokości wadium oraz wskazaniem rachunku bankowego, na który wadium wnoszone w pieniądzu powinno być wpłacane, nie posiada żadnych kompetencji do specyficznego kształtowania wnoszonych zabezpieczeń wadialnych, np. wpływania na kształt przedkładanych mu gwarancji oraz nie ma żadnych możliwości egzekwowania własnych wymagań w tym zakresie.

Wadium wniesione przez wykonawcę należało będzie uznać za wniesione prawidłowo, a tym samym brak będzie podstaw do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, jeżeli tylko wadium wnoszone będzie w wymaganej wysokości, w którejkolwiek z form wskazanych w art. 45 ust. 6 oraz umożliwiło będzie pełne oraz efektywne, i w tym znaczeniu bezwarunkowe, zaspokojenie zamawiającego w przypadku wystąpienia którejkolwiek okoliczności wskazanej w art. 46 ust. 4 i 4a ustawy. Postanowienia czy ewentualne „warunki” zawarte w postanowieniach gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej przedkładanej jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą i powinny więc być jedynie oceniane w kontekście ewentualnego uniemożliwienia wypełnienia ww. ustawowej roli i funkcji wadium.

Izba stwierdza, iż dodanie w gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium wystawionej przez PTU S.A. oraz przedłożonej w postępowaniu przez odwołującego klauzuli o wymaganej zgodzie gwaranta na ewentualną cesję wierzytelności z tytułu gwarancji w żadnym ww. celów wadium nie przekreśla. W szczególności ograniczenie swobody rozporządzania wierzytelnościami powstałymi na gruncie niniejszej gwarancji nie powoduje, iż gwarant

będzie mógł uchylić się od wypełnienia zobowiązań wynikających z jego gwarancji na rzecz beneficjenta gwarancji (tu: wskazanego i indywidualnie oznaczonego zamawiającego) lub w jakikolwiek sposób ograniczyć ich zakres. Ograniczenie w „przenoszalności” wierzytelności poprzez tego typu zapis gwarancji, czy też wynikający pośrednio z powyższego brak bezwzględnej, a wymaganej postanowieniami siwz „nieprzenoszalności”, nie wpływa na możliwość zaspokojenia na podstawie tak wystawionej gwarancji wadialnej w kontekście możliwości realizacji uprawnień zamawiającego wskazanych w art. 46 ust 4 i 4a Pzp.

W przypadku gdy przedstawiona gwarancja wadialna wypełnia wymogi ustawowe, tj. umożliwia zamawiającemu pełne zaspokojenie zamawiającego w przypadkach przewidzianych w ustawie, postanowienia siwz w zakresie wymogów co do „nieprzenoszalności” gwarancji pozbawione są w świetle przepisów ustawy jakiegokolwiek sankcji, w szczególności jeżeli są to wymogi rozumiane jako formalne żądanie umieszczenia w treści gwarancji odpowiedniej klauzuli w tym przedmiocie. Wadium zgodne z treścią ustawy nie może zostać uznane za niewniesione w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a w związku z faktem, iż wadium nie jest częścią „treści oferty” nie zachodzi w stosunku do oferty wykonawcy podstawa odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. w przypadku sprzeczności treści gwarancji wadialnej z szczególnymi wymaganiami zamawiającego przedstawionymi w siwz.

Izba stwierdziła naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez czynność wykluczenia wykonawcy dokonaną w opisanym w stanie faktycznym niniejszego uzasadnienia sposób, nie stwierdziła natomiast naruszenia przez zamawiającego innych wskazywanych w proteście przepisów.

W związku z powyższym konieczne stało się nakazanie zamawiającemu przywrócenia oferty odwołującego do postępowania i dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Izba jeszcze raz podkreśla, iż w trakcie rozpatrywania przedmiotowego odwołania nie dokonywała oceny zgodności z ustawą innych postanowień ww. gwarancji ubezpieczeniowej poza stanowiącym podstawę wykluczenia wykonawcy zapisem dotyczącym cesji wierzytelności oraz w związku z art. 191 ust. 3 Pzp nie rozpatrywała innych zarzutów formułowanych przez przystępujących w stosunku do oferty odwołującego.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp – odwołujący kwestionował prawidłowość zaniechania odrzucenia oferty, której pozostawienie w postępowaniu uniemożliwiło mu uzyskanie zamówienia. Ocena interesu prawnego warunkującego korzystaniu ze środków ochrony prawnej przewidzianej w ustawie dokonywana jest w chwili ich wnoszenia. Tym samym okoliczność, iż inne, korzystniejsze oferty mogą zostać w wyniku rozpatrzenia dotyczących ich odwołań (do których zresztą wykonawca przystąpił po stronie zamawiającego) przywrócone do postępowania o udzielenie zamówienia jest dla powyższego obojętna.

W przedmiocie zarzutów protestu i odwołania Izba stwierdza, iż zarzut braku potwierdzenia przez wybranego wykonawcę faktu nie znajdowania się w stanie upadłości należy uznać za chybiony. Z przedłożonego wraz z ofertą (str. 51 i 52) rejestru spółek wynika, iż firma Mott MacDonald Ltd. nie jest przedmiotem żadnych nakazów administracyjnych, nie wyznaczono w stosunku do niej komisarza oraz prowadzi nieprzerwanie i bez żadnych przeszkód swoją działalność. Powyższe w ocenie Izby wystarcza do stwierdzenia, iż nie znajduje się w stanie upadłości pomimo braku dosłownego stwierdzenia o powyższym, takiego jak występuje w polskich odpisach z Krajowego Rejestru Sądowego.

Nie znalazł również potwierdzenia zarzut niewłaściwego potwierdzenia niezalegania z pełnym zakresem zobowiązań podatkowych (odwołujący podnosi, iż wybrany wykonawca nie potwierdził niezalegania z podatkiem VAT).

Izba wskazuje, iż ustawa nie specyfikuje jakiego typu danin publicznoprawnych opłacenie i brak zaległości należy potwierdzić i wykazać w trakcie ubiegania się o udzielenie zamówienia. Art. 24 ust. 1 pkt 3 stanowi ogólnie o braku z zaleganiem w opłacaniu podatków. Dopiero § 1 ust. 1 pkt 3 powoływanego wyżej rozporządzenia określa, że w przypadku wykonawców mających swoją siedzibę na terytorium RP potwierdzeniem braku tego typu zaległości jest zaświadczenie wystawione przez polski Urząd Skarbowy. Tym samym w świetle postanowień § 2 ust. 1 pkt 1 lit b. rozporządzenia nie jest właściwe wymaganie od wykonawców zagranicznych aby potwierdzali niezaleganie z podatkami wobec których nie istnieje w danym państwie zorganizowany i zcentralizowany system wymiaru i poboru tylko dlatego, iż znajdują się we właściwości polskiego urzędu podatkowego i w naszym kraju są w określony sposób pobierane i poświadczane. Dla przykładu: również w odniesieniu do polskich wykonawców nie wymaga się aby potwierdzali fakt niezalegania z wszystkimi podatkami i opłatami tego typu, np. z podatkiem od psów

pobieranym przez gminy pomimo że jest to również danina publicznoprawna o charakterze podatku. Wystarczające więc jest, iż wykonawca płacący swoje podatki w Anglii i Walii przedstawi zaświadczenie z HM Revenue & Customs jako urzędu właściwego w sprawach poboru tamtejszych podatków oraz w zakresie dotyczącym jego własności.

Izba uznała za potwierdzone *in corpore* zarzuty dotyczące niewłaściwego złożenie wskazanych w odwołaniu oświadczeń w zakresie wymagań sformułowanych w § 2 ust. 3 powoływanego 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. W świetle ww. przepisu oświadczenia tego typu składane powinny być przed notariuszem, natomiast wybrany wykonawca przedstawił jedynie oświadczenia z podpisami poświadczonymi przez notariusza.

Właściwy w sprawie ewentualnej skargi na niniejsze orzeczenie Izby, Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 26.02.2007 r. w sprawie o sygn. akt. V Ca 47/07 przedstawił wyraźną wykładnię, co do sposobu złożenia i odebrania oświadczenia o którym stanowi § 2 ust. 3 ww. rozporządzenia. Zakres wymagań wynikających z ww. przepisu ustalono w wyroku – co należy uznać za uzasadnione zasadami systemowej wykładni przepisów prawa zakładającej spójność i komplementarność polskiego porządku prawnego – w odniesieniu do ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie, słusznie zaznaczając, że oświadczenie złożone na podstawie prawa obcego powinno być adekwatne do oświadczenia złożonego na podstawie prawa polskiego.

Oczywiście chodzi tu o adekwatność w znaczeniu materialnym – ustawodawca nie oczekuje, iż notariusze państw obcych będą dokonywali *stricte* czynności w rozumieniu polskiej ustawy Prawo o notariacie. Nic nie stoi jednak na przeszkodzie aby np. notariusz angielski, w takiej czy innej formie dopuszczalnej i przyjętej w danym porządku prawnym (czy to poprzez akt notarialny czy inną czynność lub adnotację) poświadczyl i oddał fakt swojego przyjęcia i zapoznania się z oświadczeniem złożonymi przed nimi przez określoną osobę, czyli właśnie w sposób adekwatny do oświadczenia wymaganego i określonego w ww. przepisach polskiego prawa, a nie tylko potwierdził autentyczność podpisu pod oświadczeniem.

Dowody na potwierdzenie angielskiej praktyki składania oświadczeń przed notariuszem, przedłożone przez przystępującego do odwołania po stronie zamawiającego Mott MacDonald Ltd. pozostają w świetle powyższego orzeczenia Sądu Okręgowego bezprzedmiotowe, w szczególności nie dowodzą, iż notariusz angielski nie mógł odebrać oświadczenia w sposób wymagany przepisami rozporządzenia.

W związku z powyższym zasadne jest nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia przez Mott MacDonald wszystkich oświadczeń, o których mowa w § 2 powoływanego rozporządzenia, które wykonawca złożył wraz ze swoją ofertą z podpisami poświadczonymi notarialnie poprzez przedłożenie oświadczeń w tym samym przedmiocie jednakże złożonych przed przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Izba potwierdza również zarzut odwołania dotyczący braku złożenia oświadczeń przez poszczególnych w członków zarządu wybranego wykonawcy w zakresie okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy.

W prawdzie powoływane rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w § 2 ust. 3 nie wskazuje precyzyjnie, kto powinien złożyć oświadczenia we wskazanym zakresie, jednakże nadrzędne w tym przypadku i stanowiące wyraźną wskazówkę interpretacyjną, powoływane przez odwołującego przepisy dyrektywy nr 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.4.2004) nie pozostawiają żadnych wątpliwości w tym przedmiocie – wymagane oświadczenie w zakresie przewidzianym i wskazanym w ustawie powinien złożyć każdy z członków zarządu wykonawcy, a nie sam wykonawca.

W związku z powyższym zasadne jest nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia przez Mott MacDonald Sp. z o.o. ww. oświadczeń złożonych poprzez poszczególnych członków zarządu lub ich pełnomocników przed notariuszem.

Reasumując za potwierdzone uznano naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie obligatoryjnego uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w zakresie wyżej opisanym i w odniesieniu do wskazanych przepisów, a tym samym przedwczesne dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który właściwie, tj. zgodnie ze wskazywanymi przepisami powoływanego rozporządzenia, nie udokumentował spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Naruszenia pozostałych przepisów wskazywanych w proteście nie stwierdzono oraz nie uwzględniono pozostałych żądań protestu.

KIO/UZP 1112/09

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba wskazuje również, że odwołujący prawidłowo sformułował wnioski protestu i odwołania, których uwzględnienie w pełni zabezpieczałoby jego interesy związane uzyskaniem zamówienia w odniesieniu do przedmiotowego postępowania protestacyjno-odwoławczego. W istocie wystarczające jest w tym przedmiocie żądanie samego przywrócenia tańszego wykonawcy niż wybrany, do postępowania, czego naturalną konsekwencją prawną jest przyznanie mu zamówienia zgodnie z przepisami ustawy. Powyższe wynika z samego następstwa zdarzeń i ich skutków prawnych jakie wiąże z nimi ustawa, tj. żądanie uznania wykluczenia wykonawcy, któremu w danych okolicznościach, zgodnie z kryteriami oceny ofert przypadłoby zamówienie, bez konieczności mnożenia kolejnych formalnych wniosków o unieważnianie czynności oceny ofert, unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywanie ponownej oceny oferty, a w szczególności zaskarżenie wyboru oferty droższej niż oferta protestującego (!) ...etc... dla uznania protestu czy odwołania za skuteczne i dopuszczalne jest w zupełności wystarczające.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła jednak zarzutów odwołującego w przedmiocie nieprawidłowości jego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10) z powodu nie spełniania przez kandydatów przedstawionych przez odwołującego na stanowiska Inżyniera projektu oraz inspektora nadzoru wymagań określonych w pkt 3.81.b. siwz.

W wyżej wymienionym punkcie siwz zamawiający w odniesieniu do wymagań dla ww. stanowisk precyzyjnie i wyraźnie sformułował, iż doświadczenie z nimi związane miało być nabywane w trakcie pełnienia funkcji kierownika budowy/robót (dla obu stanowisk) czy odpowiednio inspektora nadzoru (dla inspektora nadzoru).

W ocenie Izby, przy tak sformułowanym warunku udziału w postępowaniu osoba legitymująca się tego typu doświadczeniem nie może nabyć go inaczej niż poprzez pełnienie funkcji określonych i zdefiniowanych w przepisach ustawy Prawo budowlane w trakcie procesu budowlanego, przy posiadaniu wymaganych uprawnień budowlanych, a odzwierciedleniem i potwierdzeniem powyższego mogą być jedynie stosowne wpisy w dzienniku budowy. W związku z powyższym nie może za tego typu doświadczenie zostać uznane żadne wykonywanie funkcji podobnych czy nawet co do zakresu rodzaju wykonywanych czynności, tożsamych nie będących w istocie pełnieniem funkcji inspektora nadzoru czy kierownika budowy/robót w rozumieniu adekwatnych przepisów. Tym samym zamawiający słusznie zakwestionował wykazywane doświadczenie kandydata odwołującego na stanowisko inspektora nadzoru, p. Sylwestra G. w tym zakresie.

Również opisywany w stanie faktycznym niniejszego uzasadnienia, warunek udziału w postępowaniu w odniesieniu do Inżyniera projektu – wymóg doświadczenia w zarządzaniu projektami inwestycyjnymi – został sformułowany wyraźnie w odniesieniu do wskazanych stanowisk, które zostaną uznane za umożliwiające nabycie wymaganego doświadczenia. Mianowicie zamawiający wskazał, iż uznawał będzie pracę na stanowiskach inżyniera projektu bądź inżyniera rezydenta (doświadczenia odpowiadającemu dopuszczanemu również stanowisku kierownika budowy/robót wykonawca nie wykazywał). W powyższym zapisie siwz zabrakło jakichkolwiek sformułowań wskazujących i pozwalających przyjąć, iż było to jedynie przykładowe wyliczenie dopuszczanych przez zamawiającego stanowisk. Przeciwnie, literalne brzmienie siwz wskazuje, iż zamawiający ograniczył wszelkie dopuszczane przez niego doświadczenie związane z zarządzaniem projektami inwestycyjnymi tylko do wyliczonych enumeratywnie stanowisk.

Co prawda pojęcie pracy na stanowisku inżyniera projektu lub inżyniera rezydenta w przeciwieństwie do sprawowania funkcji kierownika budowy/robót czy inspektora nadzoru nie jest zdefiniowane ustawowo, jednakże w praktyce obrotu w ramach którego udzielane jest przedmiotowe zamówienie, jednoznacznie należy odnieść je określić jego ramy poprzez wskazanie warunków kontraktowych FIDIC i postanowień umownych opracowywanych na ich podstawie, w ramach których instytucja ta funkcjonowała i funkcjonuje. Ww. warunki ewidentnie wyodrębniają tego typu stanowisko wraz z przypisaniem mu określonego zakresu zadań z zachowaniem konstytutywnej cechy jego definicyjnego wyodrębnienia – zewnętrznego charakteru zarówno w stosunku do inwestora jak i wykonawcy robót budowlanych (inżynier rezydent jest natomiast przedstawicielem/zastępcą inżyniera kontraktu na budowie, a nie zamawiającego).

W związku z literalnym brzemieniem ww. warunku, tzn. uzależnieniem możliwości nabycia wymaganego doświadczenia od zatrudnienia na określonych stanowiskach występujących w określonym kształcie w obrocie gospodarczym i praktyce kontraktowania, oznacza brak możliwości nabycia tego typu doświadczenia poprzez sprawowanie zatrudnienia na innym stanowisku (np. koordynatora projektu z ramienia zamawiającego, zwłaszcza gdy jednocześnie w danym projekcie występuje odmienny inżynier projektu/kontraktu czy kierownik projektu) nawet jeżeli część funkcji wykonywanych faktycznie przez daną osobę pokrywała się z zadaniami przypisywanymi zazwyczaj Inżynierowi projektu czy inżynierowi projektu w ramach warunków kontraktowych FIDIC. Tym samym zamawiający, w świetle obowiązujących postanowień siwz słusznie zakwestionował wykazywane doświadczenie kandydata odwołującego na stanowisko inżyniera projektu, p. Andrzeja K. w opisywanym zakresie – we wskazanych przez zamawiającego okresach p. K. nie był zatrudniony na stanowiskach wymaganych w siwz.

Na marginesie rozstrzygnięcia Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż ocena, czy sposób sformułowania warunków udziału w postępowaniu, którego literalne brzmienie *de facto* uniemożliwia zaliczenia doświadczenia odpowiadającego zakresowi zadań wykonywanych do opisanych w siwz, ale nabytego na innych stanowiskach niż wskazane w siwz, nie narusza zasad konkurencji wyrażonych w art. 22. ust. 2 Pzp, znajdowała się poza zakresem orzekania Izby.

Uwzględniając powyższe na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowań odwoławczych orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy stosownie do wyniku postępowania. W sprawie KIO/UZP 1095/09 uwzględniono koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika odwołującego, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy – zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

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:

.....

.....