

POSTANOWIENIE

z dnia 8 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący- członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym ~~rozprawie~~ w dniu 8 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania z dnia 31 stycznia 2011 r. wniesionego przez: **wykonawców wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia w składzie:**

1. **Grontmij Polska Sp. z o.o. ul. Ziębicka 35, 60 - 164 Poznań,**
2. **Grontmij CARL BRO A/S Granskoven 8, DK - 2600 Glostrup, Denmark**
3. **Paweł Nowak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „APB Analiza Projekt Budowa Mgr Inż. Paweł Nowak” ul. Staszica 22 m 5, 05 - 092 Łomianki,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Górnośląskie Towarzystwo Lotnicze S.A. ul. Korfantego 38, 40 - 625 Katowice.** Adres do korespondencji: ul. Wolności 90, 42 - 625 Ożarówice.

przy udziale wykonawcy: **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. ul. Postępu 15B, 02-676 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **Odrzuca odwołanie.**

2. Kosztami postępowania w kwocie **15 000,00 zł.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) obciąża odwołującego: **wykonawców wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia w składzie:**

1. **Grontmij Polska Sp. z o.o. ul. Ziębicka 35, 60 - 164 Poznań,**
2. **Grontmij CARL BRO A/S Granskoven 8, DK - 2600 Glostrup, Denmark,**
3. **Paweł Nowak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „APB Analiza Projekt**

Budowa Mgr Inż. Paweł Nowak" ul. Staszica 22 m 5, 05 - 092 Łomianki.

3. Nakazuje zaliczyć kwotę uiszczoną przez odwołującego wpisu na poczet kosztów postępowania.

Przewodniczący

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na usługę pn. „Inżynier w ramach Projektu Port Lotniczy w Katowicach - rozbudowa i modernizacja infrastruktury lotniskowej i portowej,” (wszczętym ogłoszeniem, zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2010/S 77-115270 z dnia 21.04. 2010 r.) w dniu 31 stycznia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało złożone odwołanie w formie pisemnej, w kopi przekazane zamawiającemu, przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: Grontmij Polska Sp. z o.o. (lider), Grontmij CARL BRO A/S, Paweł Nowak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „APB Analiza Projekt Budowa Mgr Inż. Paweł Nowak”- Ekosystem Zielona Góra Sp. z o.o.

Odwołanie zostało wniesione skutkiem powiadomienia w dniu 21 stycznia 2011 r. o wyborze oferty ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu - Górnośląskiemu Towarzystwu Lotniczemu S.A. z siedzibą w Katowicach naruszenie przepisów ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r, Nr 113, poz. 759), tj.: art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 7 ust. 1 tej ustawy, przez: zaniechanie (w toku ponownej oceny ofert) wykluczenia ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „ILF”) z postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz na czynność wyboru (w toku ponownej oceny ofert) jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez ILF.

Powołując się na interes w uzyskaniu zamówienia odwołujący wnosił o nakazanie:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty ILF;
 - 2) dokonania ponownej oceny badania i wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego;
 - 3) wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ILF;
- oraz
- 4) zasądzenie kosztów postępowania wedle spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, iż wybór oferty ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. został dokonany w ramach ponownej oceny oferty nakazanej zamawiającemu wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2131/10). Zdaniem odwołującego, zamawiający, wbrew wskazówkom zawartym w wyżej powołanym wyroku, ponownie dokonał wyboru oferty złożonej przez ILF. Odwołujący wyjaśniał, że dnia 21 września 2010 r. zamawiający:

- 1) dokonał po raz pierwszy wyboru jako najkorzystniejszej oferty ILF,

- 2) oraz wykluczył konsorcjum Grontmij z postępowania i odrzucił ofertę konsorcjum Grontmij.

Na czynności te Grontmij wniosło odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając zamawiającemu obrazę art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, jednocześnie wnosząc o nakazanie:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty ILF,
- 2) oraz unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania konsorcjum Grontmij,
- 3) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Grontmij.

Wyrokiem z dnia 14 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2131/10) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie konsorcjum Grontmij oraz nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W opinii odwołującego, w wyroku tym Krajowa Izba Odwoławcza orzekła m.in., iż zasadne okazały się zarzuty w stosunku do ILF, a mianowicie zarzut złożenia przez ILF nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz zarzut niespełnienia przez ILF jednego z warunków udziału w postępowaniu.

W toku czynności ponownej oceny ofert, zamawiający pismem z dnia 3 listopada 2010 r., wezwał ILF do złożenia wyjaśnień, a dokładniej do przedłożenia wypisu lub kopii dziennika budowy dla zadań inwestycyjnych wykazanych w odniesieniu do osoby p. T. Sz zakwestionowanych w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2131/10).

Wykonawca czyniąc zadość wezwaniu zamawiającego do pisma z dnia 8 listopada 2010 r. (D889-ILFWs-AS-0018) dołączył żądane dokumenty, dodatkowo przedkładając inne dokumenty, stanowiące zdaniem ILF, potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 9.1.3.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. dysponowania osobą przeznaczoną na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności budowa dróg, lotnisk.

W wyniku powyższego 21 stycznia 2011 r. zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty ILF jako oferty najkorzystniejszej, co w przekonaniu odwołującego, jest niewykonaniem tym samym wiążącego wyroku Izby.

Odwołujący wywodził, iż Krajowa Izba Odwoławcza w swoim wyroku z dnia 14 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2131/10) uwzględniła odwołanie konsorcjum Grontmij zawierające żądanie unieważnienia (pierwotnego) wyboru oferty ILF i nakazała zamawiającemu ponowną ocenę ofert. Żądanie to zostało oparte na zarzucie niespełnienia przez ILF jednego z warunków udziału w postępowaniu oraz na zarzucie złożenia informacji nieprawdziwych mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

W pkt. 9.1.3. SIWZ - Instrukcji dla Wykonawców zamawiający wymagał, aby

wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia dysponowali osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wśród członków zespołu ekspertów zamawiający żądał przedstawienia między innymi osób na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności budowa dróg, lotnisk (pkt 9.1.3.1.2. SIWZ. W ocenie odwołującego osoba przedstawiona w ofercie ILF na ww. stanowisko (p. Tadeusz Sz) nie spełniał wymagań przewidzianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Orzekając w przedmiocie tego zarzutu Krajowa Izba Odwoławcza wskazała w uzasadnieniu wyroku z dnia 14 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2131/10), iż p. Sz nie brał udziału, nie nadzorował i nie pełnił obowiązków inspektora nadzoru robót drogowych w realizacji zadania 51030 „Modernizacja nawierzchni GDK, a jedynie pełnił takie obowiązki na zadaniu 51031 „Modernizacja strefy rozśrodkowania samolotów” (str. 20 w/w wyroku). Co więcej, w wyroku tym *expressis verbis* Izba przyznała, „(...) że zarzut niespełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz złożenia w tym zakresie (zadania 51030) nieprawdziwych informacji potwierdził się” (str. 21 w/w wyroku).

W dalszej części uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2131/10), zdaniem odwołującego, wskazuje się zamawiającemu na umożliwienie ILF (w ramach powtórzenia czynności badania ofert) przedstawienia dokumentów w postaci dziennika robót. Odwołujący przyznał, iż ten fragment uzasadnienia mógł potencjalnie budzić wątpliwości zamawiającego co do charakteru procedury wyjaśniającej. Ponieważ wątpliwość tego rodzaju powstała także po stronie odwołującego, dnia 4 listopada 2010 r. złożył on wniosek o wykładnię wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. W odpowiedzi Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na ten wniosek, Izba uznała się za nieuprawnioną do dokonywania wykładni wyroków przez siebie wydawanych, jednakże niezależnie od powyższego wskazała, iż uzasadnienie wyroku jest czytelne i jednoznaczne i wyraźnie wynika z niego, że nakazanie przez Izbę wezwania ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. do przedstawienia odpisu lub kopii z dzienników budowy związane jest z kwestią badania zarzuconego złożenia nieprawdziwych informacji. W piśmie tym dodatkowo zaznaczono, iż procedura sprawdzania informacji wskazanych jako nieprawdziwe nie jest opisana w ustawie i tym samym dopuszczalne są środki dowodowe, które mogą rozstrzygnąć wątpliwości w tym zakresie.

Zdaniem odwołującego, z pisma tego zatem jednoznacznie wynika, na jaką okoliczność zamawiający obowiązany był wezwać do wyjaśnień ILF w toku ponownej oceny ofert, zatem dokumenty, które miałyby przedłożyć ILF w toku ponownej oceny ofert mogły być brane pod uwagę tylko w odniesieniu do zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Przywiodło to odwołującego do konkluzji, że dokumenty te nie mogły być brane pod uwagę przez zamawiającego w zakresie oceny spełnienia przez ILF warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazywał, że niemożność dokonania ponownej oceny oferty ILF w zakresie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 9.1.3.1.2. SIWZ - Instrukcji dla Wykonawców z uwzględnieniem dokumentów przedłożonych dodatkowo w ramach ponownej oceny ofert wynika z faktu, iż ILF była już raz wzywana do uzupełnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu pismem z dnia 19 lipca 2010 r. W odpowiedzi na to wezwanie ILF przesłało pismo z dnia 5 sierpnia 2010 r. do którego załączyło nowy wykaz osób oraz dokumenty (rzekomo) potwierdzające należyte wykonanie przez p. Tadeusza Sz w postaci pisma 12 Terenowego Oddziału Lotniskowego z dnia 4 sierpnia 2010 r. nr 1583/10 wskazującego pełne nazwy zadań inwestycyjnych realizowanych przez tego inwestora, do których p. Tadeusz Sz posiadał pełnomocnictwa.

Zdaniem odwołującego w zaistniałym stanie faktycznym, zgodnie z jednolitą linię orzecznictwem, w myśl której możliwe jest jedynie jednokrotne wzywanie do uzupełnienia tego samego dokumentu, zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę ILF, bowiem dokumenty dot. osoby wskazanej na omawiane stanowisko były już przedmiotem wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W wyniku przedłożenia dokumentów budzących wątpliwości zamawiającego, pismem z 26 sierpnia 2010 r. (GTL/DZM/2246/2010) zwrócił się on do ILF o złożenie wyjaśnień. Zatem ILF „wykorzystał” już wszystkie przewidziane ustawą możliwości doprecyzowania złożonej przez siebie oferty. Umożliwienie mu po raz kolejny uzupełnienia dokumentów, a tym samym umożliwienie mu sanowania błędów, którymi obarczona jest jego oferta, jak wywodził odwołujący, stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym stanowi obrazę podstawowej zasady rządzącej postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego tj. zasady równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu. W przypadku ponownej oceny ofert możliwe jest bowiem ponowne przeprowadzenie przez zamawiającego „postępowania wyjaśniającego,” ale jedynie w kontekście dokumentów i okoliczności do uzupełnienia/ wyjaśnienia których dany wykonawca nie był wcześniej wzywany.

Sposób przeprowadzenia przez zamawiającego ponownej oceny ofert i zaniechanie wykluczenia ILF stanowi, w mniemaniu odwołującego, nie tylko wypaczenie sensu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2131/10), ale de facto jego niewykonanie. „Zamawiający nie może dokonać czynności, której powtórzenie nakazywał wyrok arbitrów (a więc powtórnej oceny ofert) w sposób, który jest sprzeczny z ustaleniami prezentowanymi w wyroku (wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 27 lipca 2004 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1131/04).”

Abstrahując od twierdzeń, co do kwestii nieprawidłowości czynności dokonanych przez zamawiającego w ramach ponownej oceny ofert (a polegających na użyciu dodatkowych dokumentów złożonych przez ILF do oceny spełniania warunków udziału w

postępowaniu), odwołujący utrzymywał, iż dokumenty te nie uchylają ustalenia dokonanego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2131/10) w zakresie podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z postanowieniami pkt 9.1.3.1.2. tiret pierwszy SIWZ - Instrukcji dla Wykonawców wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego obowiązani byli dysponować osobą przeznaczoną na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności budowa dróg, lotnisk posiadającą co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w zakresie nadzorowania budowy lub/i przebudowy nawierzchni lotniskowych (dróg startowych lub/i płaszczyzn postoju samolotów lub/i dróg kołowania) oraz w tym okresie wykonał co najmniej jedną usługę polegającą na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, w ramach której nadzorował kontrakt, którego przedmiotem była budowa nawierzchni lotniskowej (droga startowa lub/i płaszczyzna postoju samolotu lub/i dróg kołowania) z betonu cementowego o powierzchni co najmniej 100 000 m² (Zamawiający dopuszcza w ramach jednej usługi, o której mowa powyżej sumowanie powierzchni dróg startowych, płyt postojowych, dróg kołowania).

Odwołujący podnosił, iż żaden z dokumentów przedłożonych przez ILF w ramach ponownej oceny ofert nie potwierdza pełnienia przez p. T. S funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego przy realizacji robót drogowych zadania inwestycyjnego 51030 „Modernizacja nawierzchni GDK (główniej drogi kołowania)” na lotnisku w Łasku. Oznacza, to iż ILF nawet dodatkowo złożonymi dokumentami nie uchyliło ustaleń dokonanych przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 14 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2131/10) w zakresie podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 8 listopada 2010 r. (D889-ILFWa-AS-0018) ILF przedstawił m.in. dzienniki budowy mające wskazywać, iż proponowany w ofercie do pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego p. Tadeusz Sz przy realizacji zadania „Modernizacja nawierzchni GDK (główniej drogi kołowania)” rzekomo pełnił funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego. Szczegółowa analiza dokumentacji załączonej do pisma ILF jednoznacznie wskazuje, iż p. Tadeusz Sz nie spełnia wymogów wskazanych w treści warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący przyznał, iż co prawda, w jednym z załączonych do ww. pisma dzienników (Dziennik Budowy DB2 dla obiektów budowlanych Nr 31) widnieje wpis p. T. S, aczkolwiek nie zostało w nim jednoznacznie wskazane, w jakim charakterze dokonał on tego wpisu. Nie wynika to także z żadnych pozostałych elementów dziennika. Nie został on bowiem w nim ujawniony ani w rubryce „pierwotnych” inspektorów nadzoru inwestorskiego (str. 4 tegoż Dziennika), ani w rubryce zmian osobowych wśród osób pełniących funkcję techniczne w budownictwie (str. 5 tegoż Dziennika). Do dokumentacji nie został także dołączony żaden dokument potwierdzający, iż p. T. Sz faktycznie sprawował funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego przy realizacji robót drogowych. Ponadto zapis w

dzienniku budowy z dnia 21 kwietnia 2004 r. który dot. zalewania dylatacji oraz lista obecności na przeglądzie technicznym z dnia 14 lipca 2007 r. nie zaświadcza o wykonywaniu nadzoru nad robotami drogowymi. Zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu z pkt 9.1.3.1.2. tiret pierwszy Instrukcji dla Wykonawców, osoba przeznaczona na stanowisko inspektora nadzoru w specjalności budowa dróg, lotnisk powinna posiadać co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe w zakresie nadzorowania budowy lub/i przebudowy nawierzchni lotniskowych (dróg startowych lub/i płaszczyzn postoju samolotów lub/i dróg kołowania) oraz w tym okresie powinna wykonać co najmniej jedną usługę polegającą na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, w ramach której nadzorował kontrakt, którego przedmiotem była budowa nawierzchni lotniskowej (droga startowa lub/i płaszczyzna postoju samolotu lub/i dróg kołowania) z betonu cementowego o powierzchni co najmniej 100 000 m kw. Zalewanie dylatacji wypełnieniem, jak utrzymał odwołujący, nie jest doświadczeniem polegającym na nadzorowaniu budowy nawierzchni lotniskowej. Zatem dokumenty te nie uchylają ustaleń dokonanych przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 14 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2131/10) w zakresie podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący przyznał, że o ile wśród załączników do pisma ILF znalazł się dokument pn. Historia budowy, w którym p. T. Sz został wskazany jako pełniący funkcję inspektora nadzoru, o tyle dokument ten w żaden sposób nie odnosi się do kwestii specjalności w jakiej rzekomo pełnił on tę funkcję, ani czasu jej pełnienia. Z pisma, w którym IFL opisuje załączane dokumenty widnieje jedynie wzmianka, iż p. S rozpoczął pełnienie swojej funkcji już po założeniu tego dziennika, a zatem pewnym jest, iż nie pełnił on tej funkcji przez cały czas trwania prac w ramach przedmiotowego zadania. Na podstawie przedłożonych dzienników budowy oraz historii budowy, zdaniem odwołującego, nie można z całą pewnością stwierdzić czy p. Tadeusz S pełnił funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego przy realizacji robót drogowych, a tylko takie doświadczenie jest relewantne z punktu widzenia treści warunku udziału w postępowaniu. W ocenie odwołującego, żaden z dokumentów przedłożonych przez ILF nie potwierdza pełnienia przez p. T. S funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego przy realizacji robót drogowych w trakcie zadania inwestycyjnego 51030 „Modernizacja nawierzchni GDK (główniej drogi kołowania)” na lotnisku w Łasku. Tylko zaś taki dokument mógłby uchylić ustalenia dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą w jej prawomocnym orzeczeniu (tj. w wyroku z dnia 14 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2131/10)) w zakresie podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Zapis w dzienniku budowy z dnia 21 kwietnia 2004 r. dot. zalewania dylatacji oraz lista obecności na przeglądzie technicznym z dnia 14 lipca 2007 r. nie zaświadcza o wykonywaniu nadzoru nad robotami drogowymi. Odwołujący podnosił, że w 2004 r. wszelkie

roboty betonowe w ramach zadania inwestycyjnego 51030 „Modernizacja nawierzchni GDK (główniej drogi kołowania)” na lotnisku w Łasku były już wykonane. Na potwierdzenie tego faktu załączył do niniejszego odwołania (1) protokół odbioru technicznego i przekazania do eksploatacji z dnia 12 listopada 2003 r. w zakresie remontu płaszczyzn postoju samolotów oraz drogi kołowania dla tego zadania inwestycyjnego oraz (2) protokół odbioru z dnia 19 grudnia 2003 r. dla tegoż zadania. W protokole z dnia 19 grudnia 2003 r. inwestor (12 Terenowy Oddział Lotniskowy) potwierdza wykonanie w 100% m.in. takich robót jak centralnej płaszczyzny postojowej samolotów (CPPS) w zakresie pogrubienia nawierzchni, płaszczyzn postojowych dla samolotów (PPS2 i PPS2) w zakresie pogrubienia nawierzchni, remontu drogi startowej (DS.), płaszczyzn postojowych dla samolotów (PPS2 i PPS) i dróg kołowania (DK1b i DK1). Zestawienie tych protokołów odbioru z treścią umowy o roboty budowlane dla zadania inwestycyjnego 51030 „Modernizacja nawierzchni GDK (główniej drogi kołowania)” wskazuje, iż protokoły te potwierdzają wykonanie całego zakresu rzeczowego robót w zakresie nawierzchni lotniskowych jeszcze w roku 2003.

Zdaniem odwołującego, w świetle nowo złożonych przez niego dowodów, wynika, że p. T. Sz nie mógł pełnić funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego dla robót drogowych w ramach zadania inwestycyjnego 51030 „Modernizacja nawierzchni GDK (główniej drogi kołowania)” na lotnisku w Łasku.

W rezultacie okoliczności przywołanych powyżej, czynność ponownego wyboru oferty ILF, jawi się odwołującemu jako dokonana z rażącym naruszeniem prawa. Zamawiający dokonał bowiem wyboru oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 31 stycznia 2011 r., do postępowania odwoławczego pismem złożonym Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lutego 2011 r. zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca wybrany ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie przepisów art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 ustawy Pzp, albowiem odwołanie co do części zarzutów powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się (sprawa zakończona prawomocnym wyrokiem KIO z dnia 14 października 2010 r. - sygn. akt: KIO 2131/10), a w pozostałej części dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby, tj. przywołanym powyżej orzeczeniem z dnia 14 października 2010 r.

Przystępujący wskazywał, że podniesione w odwołaniu zarzuty są w większości powieleniem zarzutów już wcześniej podnoszonych w odwołaniu wniesionym przez

konsorcjum Grontmij w ramach tego samego postępowania przetargowego (odwołanie Grontmij z dnia 1 października 2010 r. - sygn. akt sprawy KIO/2131/10), i zostały już prawomocnie rozstrzygnięte przywołanym już powyżej orzeczeniem z dnia 14 października 2010 r. W pozostałej zaś części oparte są one na nadinterpretacji tego orzeczenia, co znajduje dodatkowe potwierdzenie w wyjaśnieniach KIO co do treści wyroku przekazanych odwołującemu pismem z dnia 24 listopada 2010 r. (znak: UZP/DO/UK/12679/16025/10).

Przystępujący zaznaczał, że w przypadku kwestionowania przez odwołującego prawidłowości wyroku KIO wydanego w przedmiotowej sprawie, na co wskazuje prowadzona w odwołaniu polemika z jego postanowieniami, odwołujący był uprawniony do zaskarżenia tego orzeczenia w drodze skargi do właściwego sądu okręgowego, czego jednak zaniechał. Interes przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia korzystnego dla zamawiającego, po którego stronie ILF przystępuje do postępowania odwoławczego wynika z faktu, że złożona oferta uznana została za ofertę najkorzystniejszą niepodlegającą odrzuceniu, zaś uwzględnienie przedmiotowego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą uniemożliwiłoby zawarcie umowy o realizację zamówienia z przystępującym.

Rozpatrując sprawę (w granicach zarzutów utrzymany w odwołaniu będącym przedmiotem rozpoznania) na posiedzeniu bez udziału stron, zgodnie z art.189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

W oparciu o akta sprawy o sygnaturze KIO 2131/10, oraz treść poprzedniego odwołania z dnia 30 września 2010 r, które Izba dopuściła z urzędu, jako dowód na okoliczność istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania w niniejszej sprawie, Izba stwierdziła, iż odwołujący podnosił zarzuty cyt: „naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykluczenie z postępowania Odwołującego, zaniechanie wykluczenia ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., pomimo iż wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu i złożył nieprawdziwe informacje, które mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a także czynność wyboru oferty złożonej przez ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. (dalej zwanej także „ILF” lub „Przystępującym”) jako oferty najkorzystniejszej. W związku z tym wniósł o: unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru oferty ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie Zamawiającemu: ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert, wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o., nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, a ponadto przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania.”

Przywołując treść uzasadnienia wyroku Izby KIO 2131/10 w odniesieniu do wykluczenia odwołującego z postępowania, cyt.: „W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że wskazując podstawę wykluczenia go z postępowania Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący nie uzupełnił oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia dla Grontmij CARL BRO A/S oraz p. Pawła Nowaka, pomimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Natomiast z treści poprzedniego odwołania oraz uzasadnienia wyroku Izby KIO 2131/10 w odniesieniu do oferty przystępującego ILF wynika, że podnoszone były następujące okoliczności cyt.: „W stosunku do ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. Odwołujący stwierdził, że nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Zamawiający wymagał, aby wykonawcy przedstawili m.in. osobę na stanowisko Inspektora nadzoru w specjalności budowa dróg, lotnisk (pkt 9.1.3.1.2. „Instrukcji dla wykonawców”) oraz Inspektora nadzoru w specjalności elektrycznej (pkt 9.1.3.1.4. „Instrukcji dla wykonawców”). Dla Inspektora nadzoru w specjalności budowa dróg, lotnisk Zamawiający wymagał co najmniej 5-letniego doświadczenia zawodowego w zakresie nadzorowania budowy lub/i przebudowy nawierzchni lotniskowych (dróg startowych lub/i płaszczyzn postoju samolotów lub/i dróg kołowania) oraz wykonania w tym okresie co najmniej jednej usługi polegającej na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, w ramach której nadzorował kontrakt, którego przedmiotem była budowa nawierzchni lotniskowej (droga startowa lub/i płyta postojowa lub/i droga kołowania) z betonu cementowego o powierzchni co najmniej 100 000 m² (Zamawiający dopuszczał w ramach jednej usługi, o której mowa powyżej, sumowanie powierzchni dróg startowych, płyt postojowych, dróg kołowania) oraz przedstawienia dokumentów potwierdzających, że usługi wskazane w wykazie osób zostały wykonane należycie. ILF do pełnienia tej funkcji zaproponował p. Tadeusza S dołączając do oferty „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia.” Dodatkowo, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, złożył uzupełnienia i wyjaśnienia do oferty, do których dołączył dokument, który miał spełniać wymogi dokumentu potwierdzającego, że usługi zostały wykonane należycie. Biorąc jednak pod uwagę informacje zawarte w złożonych dokumentach, nie można uznać, że ekspert ten odpowiada wymaganiom, a ILF nie wykazał, że p. S posiada doświadczenie w realizacji jednej ww. usługi. Doświadczenia eksperta miało dotyczyć budowy, a nie innej postaci robót budowlanych, czyli należy zastosować definicję z art. 3 ustawy Prawo budowlane, która odróżnia budowę i remont. Spośród usług wykonywanych przez p. S, wymogu powierzchni z betonu cementowego o powierzchni co najmniej 100.000 m² nie spełniają następujące projekty: Lotnisko Katowice – Pyrzowice, Lotnisko Warszawa – Okęcie i Lotnisko Dęblin. Wymóg minimalnej powierzchni

nawierzchni lotniskowej z betonu cementowego spełniają jedynie projekty Lotnisko Łask oraz Lotnisko Radom, jednak nie spełniają one innych wymogów – pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, w ramach której ekspert nadzorował kontrakt na budowę. W odniesieniu do obu tych projektów ILF wskazał, iż polegały one na pełnieniu funkcji w ramach rozbudowy i remontu nawierzchni lotniskowej, ale sposób podania tych informacji uniemożliwia weryfikację, jaka część powierzchni nawierzchni lotniskowej podlegała remontowi, a jaka budowie. Ponadto w stosunku do projektu Lotnisko Radom ILF wskazuje, iż roboty budowlane były wykonywane zarówno w technologii betonu asfaltowego, jak i cementowego, więc nie jest możliwe zweryfikowanie, jaka część nadzorowanych robót polegała na budowie nawierzchni lotniskowej z betonu cementowego. Dokument przedłożony przez ILF w ramach uzupełnienia dokumentów potwierdzający, że usługi zostały wykonane należyście nie wskazuje, aby roboty nadzorowane przez p. S stanowiły budowy – w odniesieniu do Lotniska w Łasku i Lotniska w Radomiu inwestor (12 Terenowy Oddział Lotniskowy) wskazał, iż były to jedynie modernizacje. Poza tym ILF nie przedłożył dokumentów wymaganych w pkt 9.1.3. „Instrukcji dla wykonawców” – Zamawiający wymagał załączenia do również dokumentu potwierdzającego, że usługi wskazane w wykazie osób zostały wykonane należyście – dokument ten w ogóle nie został przedstawiony dla projektu Lotnisko Radom, co zostało jednoznacznie przyznane przez ILF w piśmie do Zamawiającego z 5 sierpnia 2010 r. stanowiącym odpowiedź na wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Dla projektu Lotnisko Łask ILF załączył dokument wystawiony przez 12 Terenowy Oddział Lotniskowy (12 TOL) z 4 sierpnia 2010 r., który nie zawiera żadnych informacji, aby p. S uczestniczył jako inspektor nadzoru inwestorskiego przy realizacji projektu tego lotniska ani nie potwierdza należytego wykonania tej usługi, a wskazuje jedynie zadania inwestycyjne, na których p. S posiadał bliżej niesprecyzowane pełnomocnictwa. Okoliczność ta powoduje konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania, bowiem dokumenty te były już przedmiotem wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

W dalszej części odwołania z dnia 30 września 2010 r. odwołujący podnosił cyt. z orzeczenia Izby: „ Poza tym w stosunku do ILF zachodzą także okoliczności skutkujące wykluczeniem tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na fakt, iż przedłożył on informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania. W „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu niniejszego zamówienia” w odniesieniu do p. S, dla Lotniska Radom i Lotniska Łask, podaje nieprawdziwe informacje wskazując powierzchnie nawierzchni lotniskowych z betonu cementowego. Projekt dotyczący Lotniska Łask składał się z szeregu umów o roboty budowlane, co potwierdza m.in. dokument dołączony przez ILF w ramach uzupełnień wystawiony przez 12 TOL, w którym wymienia, dla jakich zadań p. S miał udzielone

pełnomocnictwa, m.in. 51031 „Modernizacja strefy rozśrodkowania samolotów” oraz 51030 „Modernizacja nawierzchni GDK (główniej drogi kołowania)”. P. S w ramach swojego zatrudnienia w 12 TOL, które przypada na okres 2 lutego 2004 r. – 31 października 2006 r. pełnił jedynie funkcję inspektora nadzoru na zadaniu 51031 „Modernizacja strefy rozśrodkowania samolotów”, w ramach którego zostało wykonane 65.000 m² podbudowy drogi kołowania z betonu, z czego w okresie zatrudnienia p. S zostało ukończone i pokryte warstwą nawierzchnią 60.000 m². Jest to jedyny projekt z całego doświadczenia zawodowego p. S, który obejmuje swoim zakresem budowę nawierzchni lotniskowej z betonu cementowego, jednakże nie spełnia on wymogu co do wielkości. P. S nie pełnił jednakże funkcji inspektora nadzoru na zadaniu 51030 „Modernizacja nawierzchni GDK (główniej drogi kołowania)” na Lotnisku w Łasku, na którym wykonywano ok. 100.000 m² nawierzchni z betonu cementowego. W związku z powyższym nie wiadomo w oparciu o co ILF wskazuje doświadczenie p. S na projekcie Lotnisko w Łasku jako doświadczenie w zakresie budowy 140.000 m² nawierzchni. Kwestionowane dane nie tylko zostały zawarte w samej ofercie, ale także w dokumentach przedłożonych tytułem uzupełnienia dokumentów, poza tym treść wyjaśnień udzielonych przez ILF pismem z 3 września 2010 r. jednoznacznie wskazuje, iż ILF działała ze świadomym zamiarem wprowadzenia w błąd Zamawiającego. W piśmie tym bowiem oświadcza, że p. S pełnił funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego w ramach projektu polegającego na budowie (rozbudowie) nawierzchni lotniskowej na lotnisku w Łasku obejmującej rozbudowę połączoną z remontem i przebudową, drogi startowej, płaszczyzn postojowych dla samolotów i głównej drogi kołowania strefy rozśrodkowania samolotów. ILF oświadczył też, iż pan S w ramach swojego zatrudnienia w 12 TOL nadzorował kontrakt 51031 „Budowa strefy rozśrodkowania samolotów”, który był częścią składową projektu polegającego na modernizacji lotniska w Łasku obejmującego między innymi budowę nawierzchni lotniskowych o łącznej powierzchni 140.000 m². ILF stara się stworzyć przekonanie, że zadania „Modernizacja strefy rozśrodkowania samolotów” oraz „Modernizacja nawierzchni GDK (główniej drogi kołowania)” były jednym kontraktem, w ramach którego był wykonywany jednolity nadzór inwestorski. Tymczasem inwestor – 12 TOL wyraźnie wskazuje, iż były to odrębne zadania, a pan S w ramach projektu 51030 „Modernizacja nawierzchni GDK” nie pełnił funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego. W odniesieniu do projektu dotyczącego Lotniska w Radomiu ILF wskazuje, iż p. S wykonywał funkcję inspektora nadzoru inwestorskiego, zaś powierzchnia nawierzchni lotniskowych z betonu cementowego i asfaltowego wynosiła 180.000 m², jednak w ramach tego zadania p. S nie nadzorował jakichkolwiek robót związanych z budową lub przebudową nawierzchni lotniskowych z betonu cementowego. Podane nieprawdziwie informacje dotyczą składowych elementów warunku udziału w postępowaniu, zatem mogą mieć wpływ na wynik postępowania.”

Wykonawca ILF, który również przystąpił do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2131/10, według ustaleń wyroku izby z dnia 14.10.2010 r. zajął następujące stanowisko, cyt.: „ILF w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do p. S pomijając wyjaśnienia złożone w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych pismem z 3 września 2010 r., w którym ILF potwierdził informacje zawarte w ofercie, a dotyczące wykonanej usługi nadzoru nad wykonaniem budowy nawierzchni lotniskowej z betonu cementowego o łącznej powierzchni ponad 100.000 m² (Zamawiający dopuścił sumowanie powierzchni dróg startowych lub/i płyt postojowych lub/i dróg kołowania ramach jednej usługi nadzoru): „całkowita powierzchnia robót nawierzchni betonowej z betonu B40 wynosiła około 140.000m². Wskazana robota budowlana (rozbudowa) nawierzchni lotniskowej wykonana była z betonu cementowego” (dotyczy modernizacji lotniska w Łasku). Tym samym ILF w sposób jednoznaczny potwierdził, iż łączna powierzchnia rozbudowy nawierzchni lotniskowej z betonu cementowego na projekcie modernizacji Lotniska Łask, w ramach którego p. S wykonał usługę pełnienia funkcji inspektora nadzoru wyniosła ponad 100.000 m², więc potwierdził spełnienie wymagań. W przywołanej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 19 lipca 2010 r., w części dotyczącej uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług na wskazanych przez Zamawiającego projektach, ILF złożył więcej niż jeden (przywołany przez Odwołującego jako „jedyny”) dokument –załączył dwa komplementarne dokumenty potwierdzające należyte wykonywanie przez pana S usługi polegającej na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego na rzecz 12 TOL w latach 2004 – 2006: list referencyjny podpisany przez Szefa 12 TOL potwierdzający należyte wykonanie usługi nadzoru w latach 2004-2006 oraz odpowiedź 12 TOL na pismo w sprawie podania pełnych nazw zadań nadzorowanych przez pana S w latach 2004-2006, stanowiącą doprecyzowanie zakresu nadzorowanych robót m.in. w ramach projektu modernizacja Lotniska Łask. Zatem ILF spełnia wymagania dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia określonymi w pkt 9.1.3.1. oraz spełniła wymogi w zakresie przedłożenia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi nadzoru wykazanej w „Wykazie osób”. Przystępujący wniósł o dopuszczenie dowodu z dokumentu – pisma p. S do Szefa 12 TOL, w odpowiedzi na które uzyskano przekazaną Zamawiającemu odpowiedź z 4 sierpnia 2010 r., które, zdaniem Przystępującego, rozwiewa ewentualne wątpliwości co do zakresu prac wykonywanych przez p. Szildera i będących przedmiotem referencji udzielonych przez 12 TOL.”

Krajowa Izba Odwoławcza w przywołanym wyroku KIO 2131/10 zajęła następujące stanowisko.

W odniesieniu do wykluczenia odwołującego z postępowania, cyt.: „Izba podzieliła

stanowisko Odwołującego stwierdzając, iż na gruncie treści udzielonych pełnomocnictw oraz samych oświadczeń, nie widzi przeszkód prawnych, aby zostały one podpisane przez prokurenta Grontmij Polska Sp. z o.o.” (...).” Tym samym Zamawiający, z powyższej przyczyny, niesłusznie wykluczył Odwołującego z postępowania.”

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niespełnienia przez ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego Inspektora nadzoru w specjalności budowa dróg, lotnisk oraz złożenia w tym zakresie nieprawdziwych informacji Izba stwierdziła, iż cyt” „Zamawiający w stosunku do tego specjalisty (pkt 9.1.3.1.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia) wymagał co najmniej 5-letniego doświadczenia zawodowego w zakresie nadzorowania budowy lub/i przebudowy nawierzchni lotniskowych (dróg startowych lub/i płaszczyzn postoju samolotów lub/i dróg kołowania) oraz wykonania w tym okresie co najmniej jednej usługi polegającej na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, w ramach której nadzorował on kontrakt, którego przedmiotem była budowa nawierzchni lotniskowej (droga startowa lub/i płyta postojowa lub/i droga kołowania) z betonu cementowego o powierzchni co najmniej 100.000 m² (Zamawiający dopuszczał w ramach jednej usługi, o której mowa powyżej sumowanie powierzchni dróg startowych, płyt postojowych, dróg kołowania) wraz z dokumentem potwierdzającym, że usługi wskazane w wykazie osób zostały wykonane należycie (dodatkowy dokument, w oparciu o art. 138c pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Częścią sporną spełnienia warunku było doświadczenie p. S w wykonaniu jednej usługi polegającej na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, w ramach której nadzorował on kontrakt, którego przedmiotem była budowa nawierzchni lotniskowej z betonu cementowego o powierzchni co najmniej 100 000 m². Zgodnie z oświadczeniem Przystępującego złożonym na rozprawie, spośród wskazanych dla p. S kontraktów, tę część warunku miały potwierdzać prace na lotnisku w Łasku, czyli zadanie 51031 „Modernizacja strefy rozśrodkowania samolotów” oraz 51030 „Modernizacja nawierzchni GDK (główniej drogi kołowania)”, a pozostałe pozycje zostały podane dla spełnienia ogólnego wymogu doświadczenia; z kolei dla lotniska w Radomiu brak jest kompletu wymaganych przez Zamawiającego dokumentów. W „Wykazie osób” Przystępujący wskazał te zadania jako jedną usługę „Projekt: Lotnisko Łask (remont, przebudowa i rozbudowa drogi startowej DS., płaszczyzn postojowych dla samolotów PPS i CPPS, głównej drogi kołowania GDK oraz budowa strefy rozśrodkowania samolotów SRS) o wielkości nawierzchni z betonu cementowego 140.000 m² i wartości ok. 124 mln złotych, świadczoną w okresie luty 2004 – listopad 2006.” Również „Oświadczenie/wyjaśnienie” p. S z 28 sierpnia 2010 r. odnosi się do projektu jako całości. Z przedstawionych dokumentów wynika, co nie jest sporne między Stronami i Przystępującym, iż zadanie 51031 „Modernizacja strefy rozśrodkowania samolotów” obejmuje powierzchnię mniejszą niż

100.000 m² z betonu cementowego, a p. S pełnił tam funkcję inspektora nadzoru. Natomiast w stosunku do zadania 51030 „Modernizacja nawierzchni GDK (głównej drogi kołowania)” bezsporne jest, że obejmuje ono powierzchnię powyżej 100.000 m² z betonu cementowego, natomiast Odwołujący kwestionuje fakt, że p. S pełnił tam funkcję inspektora nadzoru – jego zdaniem pełnił ją p. N (obie te osoby pracowały w 12 TOL). Odwołujący stwierdza także, iż oba zadania nie stanowią jednej usługi. Izba stwierdziła, iż na str. 17 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części „Uwaga” Zamawiający wskazał, iż przez usługę rozumie wykonanie czynności w ramach jednej umowy podstawowej wraz z pozostałymi umowami zawartymi wyłącznie w ramach zamówień uzupełniających lub dodatkowych do umowy podstawowej. Ponieważ informacja ta została zawarta w części dotyczącej ekspertów, pomiędzy wymogami odnoszącymi się do tych ekspertów, a wykazem dokumentów ich dotyczących (wykaz osób, oświadczenia o uzupełnieniu tych osób, uprawnienia, referencje dla osób), postanowienie to bezspornie odnosi się do tych osób. Podobna uwaga znajduje się również w ogłoszeniu o zamówieniu.

Biorąc więc pod uwagę powyższą definicję wyraźnie odnoszącą się do osobnych kontraktów i zamówień publicznych oraz wskazanie w dokumentach z 12 TOL, np. piśmie z 23 września 2010 r., że, zdaniem inwestora, były to odrębne zadania inwestycyjne – roboty budowlane, Izba stwierdziła, że nie można tych zadań uznać za jedną usługę, nawet jeśli byłyby one nadzorowane przez jedną osobę w ramach jej obowiązków pracowniczych wynikających z tej samej umowy o pracę. Patrząc w ten sposób, pracownik w ciągu np. 20 lat pracy mógłby się wykazać tylko jedną trwającą 20 lat usługą, co byłoby nielogiczne, poza tym sprzeczne z przedstawioną powyżej definicją jednej usługi. Skoro więc z inspektorem nadzoru nie zawarto odrębnych umów na poszczególne zadania – albo jednej umowy opiekującej na oba zadania łącznie, co spełniałoby wymóg Zamawiającego „jednej usługi” – słuszne wydaje się odniesienie do powyżej zdefiniowanej jednej usługi jako poszczególnych robót budowlanych. Rozróżnienie to jednak nie ma znaczenia, ponieważ do wykazania wymaganej powierzchni 100.000 m² i tak niezbędne jest wykazanie pełnienia funkcji inspektora nadzoru przy zadaniu 51030 „Modernizacja nawierzchni GDK (głównej drogi kołowania). Natomiast przy tym zadaniu Odwołujący wykazał, że p. S nie pełnił tej funkcji. Wykonawcy przedstawili Izbie m.in. następujące dokumenty, w stosunku do których Izba stwierdziła, co następuje.

Pismo (faks) Szefa 12 TOL z 28 czerwca 2010 r. wskazuje, iż p. S był zatrudniony w 12 TOL od 2 lutego 2004 r. do 31 października 2006 r. i pełnił obowiązki inspektora nadzoru inwestorskiego na zadaniu 51031 „Modernizacja strefy rozśrodkowania samolotów”, Z pisma z 23 września 2010 r., również od Szefa 12 TOL, wynika, iż inwestycje o numerach 51030 oraz 51031 na lotnisku w Łasku nie były realizowane w ramach jednego zadania (kontraktu – usługi), stanowiły one odrębne zadania inwestycyjne, dla których przeprowadzono oddzielne procedury przetargowe związane z wyborem wykonawcy dokumentacji technicznej oraz

wyłonieniem wykonawcy robót. Stwierdzono też w nim jednoznacznie, iż p. S nie brał udziału, nie nadzorował i nie pełnił obowiązku inspektora nadzoru robót drogowych w realizacji zadania 51030 „Modernizacja nawierzchni GDK”, a jedynie pełnił takie obowiązki na zadaniu 51031 „Modernizacja strefy rozśrodkowania samolotów.” Oba powyższe pisma potwierdzają także powierzchnię robót dla obu zadań. W piśmie z 12 TOL z 11 czerwca 2010r. do ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. potwierdzono tylko, iż p. S sprawował funkcję inspektora nadzoru przy rozbudowie lotniska w Łasku, co jest stwierdzeniem niewątpliwie prawdziwym, gdyż (p. S sprawował taką funkcję co najmniej dla zadania 51031), jednak zbyt ogólnym biorąc pod uwagę, iż rozbudowa ta została podzielona na szereg zadań (nie tylko sporne dwa), zatem nie można z niej wywieść, którego lub których konkretnie zadań dotyczy. Również „List referencyjny” z 12 TOL dla p. S (bez daty) potwierdza tylko pełnienie funkcji inspektora nadzoru dla zadania 51031. Pismo z 12 TOL z 4 sierpnia 2010 r. potwierdza samo posiadanie pełnomocnictw dla zadań 51030 i 51031 (jak również szeregu innych), jednak samo posiadanie pełnomocnictw nie jest jeszcze równoznacznie z rzeczywistym pełnieniem funkcji inspektora nadzoru na danym zadaniu. We wskazanym przez Przystępującego jako dowód piśmie p. S do 12 TOL, prosi on tylko o podanie nazw zadań, które obejmowały wskazane pełnomocnictwa, zatem pismo to nie rozwiewa wątpliwości, czy p. S w końcu tę funkcję pełnił. Z „listu referencyjnego” z 20 stycznia 2006 r. wystawionego przez 12 TOL, przedłożonego Zamawiającemu w ramach wykazania spełnienia przedmiotowego warunku przez Odwołującego, wynika, że p. Paweł N w latach 2002 – 2004 pełnił nadzór inwestorski na lotnisku Łask na zadaniu „Modernizacja nawierzchni lotniskowych GDK” (jakkolwiek brak tu pełnej zgodności nazw i numeru zadania oraz dat z datami zatrudnienia p. S w 12 TOL, zatem nie można bez wątpliwości uznać, że było to samo zadanie, co w przypadku p. S – 51030, zwłaszcza że inwestor podzielił modernizację lotniska na szereg zadań). **Biorąc pod uwagę powyższe, zwłaszcza treść pisma 12 TOL z 23 września 2010 r., w którym inwestor stwierdził, iż pan S nie pełnił funkcji inspektora nadzoru na zadaniu 51030 „Modernizacja nawierzchni GDK (główniej drogi kołowania).” Izba uznała, że zarzut niespełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz złożenia w tym zakresie (zadania 51030) nieprawdziwych informacji potwierdził się. Niemniej jednak, ponieważ jedynym dokumentem, który może być niepodważalnym dowodem przesądzającym, czy p. S rzeczywiście pełnił funkcję inspektora nadzoru w przedmiotowym zadaniu, jest dziennik robót, a nie został on przedstawiony podczas rozprawy, Zamawiający w ramach nakazanego powtórzenia czynności badania ofert, powinien umożliwić Przystępującemu wykazanie tego dowodu wzywając go do przedstawienia wypisu lub kopii dziennika w części zawierającej wpisy w zakresie powołanych inspektorów nadzoru. Przy tym Izba zwraca uwagę, iż, w przypadku niewykazania przez Przystępującego, że przedstawiona przez**

niego informacja w tym zakresie jest prawdziwa, złożenie nieprawdziwych informacji powoduje, że Zamawiający nie jest zobowiązany żądać uzupełnienia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Między innymi, w oparciu o powyższe ustalenia i wnioski Izba w sprawie KIO 2131/10 przyjmując, iż w niniejszym przypadku zachodzi okoliczność wskazana w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekła jak w sentencji, tj. nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując obecne odwołanie wykonawcy, od czynności ponownego badania i oceny ofert, nakazanej wyrokiem Izby (w tym przypadku o sygn. KIO 2131/10, nie była upoważniona do poddawania w wątpliwość jakichkolwiek wytycznych poprzedniego wyroku, ponieważ tym celom służy skarga przewidziana w art. 198a ust.1 ustawy Prawo zamówień Publicznych.

Izba zaś rozpatrując niniejszą sprawę, zobowiązana była uwzględnić okoliczności wynikające ze „stanu zastanego.”

Jeżeli odwołujący na tyle uznał wymieniony wyrok KIO 2131/10 za budzący wątpliwości, że wystąpił przez swego pełnomocnika do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej o jego interpretację, to zarówno z tej przyczyny był uprawniony do złożenia skargi.

Interpretując wyłącznie na potrzeby rozstrzygnięcia niniejszego postępowania treść poprzedniego wyroku wraz z jego uzasadnieniem, Izba miała na uwadze wskazania art. 190 ust. 1 Pzp, iż strony są obowiązane wskazać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, gdyż postępowanie odwoławcze co do zasady ma charakter kontradyktoryjny. Zatem ciężar dowodu, wykazania, iż wykonawca ILF nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, oraz że złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, w sprawie sygn. akt KIO 2131/10 obciążał odwołującego, zgodnie z art. 6 K.c. Izba wprowadziła w wyroku KIO 2131/10 w oparciu o: **„treść pisma 12 TOL z 23 września 2010 r., w którym inwestor stwierdził, iż pan S nie pełnił funkcji inspektora nadzoru na zadaniu 51030 „Modernizacja nawierzchni GDK (główniej drogi kołowania).”** Izba uznała, że zarzut niespełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz złożenia w tym zakresie (zadania 51030) nieprawdziwych informacji potwierdził się. Niemniej jednak, ponieważ jedynym dokumentem, który może być niepodważalnym dowodem przesądzającym, czy p. S rzeczywiście pełnił funkcję inspektora nadzoru w przedmiotowym zadaniu, jest dziennik robót, a nie został on przedstawiony podczas rozprawy, Zamawiający w ramach nakazanego powtórzenia czynności badania ofert, powinien umożliwić Przystępującemu wykazanie tego dowodu.”

Na podstawie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp Izba może dopuścić dowód niewskazany przez stronę. Stosownie do § 24 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), Izba może zobowiązać strony oraz uczestników postępowania odwoławczego do przedstawienia dokumentów lub innych dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania. Z takiej możliwości Izba nie skorzystała. Ponieważ zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, należało przyjąć, iż w oparciu o przedłożone dowody, Izba nie orzekła o złożeniu przez przystępującego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, gdyż jak stwierdziła w treści uzasadnienia **„zwraca uwagę, iż, w przypadku niewykazania przez Przystępującego, że przedstawiona przez niego informacja w tym zakresie jest prawdziwa, złożenie nieprawdziwych informacji powoduje, że Zamawiający nie jest zobowiązany żądać uzupełnienia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.”** Nie można było również założyć, iż wynik ustaleń zamawiającego w myśl wskazań wyroku - **„Zamawiający w ramach nakazanego powtórzenia czynności badania ofert, powinien umożliwić Przystępującemu wykazanie tego dowodu wzywając go do przedstawienia wypisu lub kopii dziennika w części zawierającej wpisy w zakresie powołanych inspektorów nadzoru,”** jest kontynuacją postępowania dowodowego przed Izbą po zamknięciu rozprawy.

Izba w sprawie KIO 2131/10 była także świadoma, że przystępujący ILF był już wzywany do uzupełnienia dokumentów odnośnie osoby p. T. Sz wskazanego na stanowisko inspektora nadzoru dla oznaczonych robót, gdyż w ten sposób pisał o tym odwołujący w treści uzasadnienia odwołania z dnia 30 września 2010 r. cyt.: „Dodatkowo, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, złożył uzupełnienia i wyjaśnienia do oferty, do których dołączył dokument, który miał spełniać wymogi dokumentu potwierdzającego, że usługi zostały wykonane należycie. Biorąc jednak pod uwagę informacje zawarte w złożonych dokumentach, nie można uznać, że ekspert ten odpowiada wymaganiom, a ILF nie wykazał, że p. S posiada doświadczenie w realizacji jednej ww. usługi. Doświadczenia eksperta miało dotyczyć budowy, a nie innej postaci robót budowlanych, czyli należy zastosować definicję z art. 3 ustawy Prawo budowlane, która odróżnia budowę i remont. Spośród usług wykonywanych przez p. S, wymogu powierzchni z betonu cementowego o powierzchni co najmniej 100.000 m² nie spełniają następujące projekty: Lotnisko Katowice – Pyrzowice, Lotnisko Warszawa – Okęcie i Lotnisko Dęblin. Wymóg minimalnej powierzchni nawierzchni lotniskowej z betonu cementowego spełniają jedynie projekty Lotnisko Łask oraz Lotnisko Radom, jednak nie spełniają one innych wymogów – pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, w ramach której ekspert nadzorował kontrakt na budowę. W

odniesieniu do obu tych projektów ILF wskazał, iż polegały one na pełnieniu funkcji w ramach rozbudowy i remontu nawierzchni lotniskowej, ale sposób podania tych informacji uniemożliwia weryfikację, jaka część powierzchni nawierzchni lotniskowej podlegała remontowi, a jaka budowie. Ponadto w stosunku do projektu Lotnisko Radom ILF wskazuje, iż roboty budowlane były wykonywane zarówno w technologii betonu asfaltowego, jak i cementowego, więc nie jest możliwe zweryfikowanie, jaka część nadzorowanych robót polegała na budowie nawierzchni lotniskowej z betonu cementowego. Dokument przedłożony przez ILF w ramach uzupełnienia dokumentów potwierdzający, że usługi zostały wykonane należycie nie wskazuje, aby roboty nadzorowane przez p. S stanowiły budowy – w odniesieniu do Lotniska w Łasku i Lotniska w Radomiu inwestor (12 Terenowy Oddział Lotniskowy) wskazał, iż były to jedynie modernizacje. Poza tym ILF nie przedłożył dokumentów wymaganych w pkt 9.1.3. „Instrukcji dla wykonawców” – Zamawiający wymagał załączenia do również dokumentu potwierdzającego, że usługi wskazane w wykazie osób zostały wykonane należycie – dokument ten w ogóle nie został przedstawiony dla projektu Lotnisko Radom, co zostało jednoznacznie przyznane przez ILF w piśmie do Zamawiającego z 5 sierpnia 2010 r. stanowiącym odpowiedź na wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Dla projektu Lotnisko Łask ILF załączył dokument wystawiony przez 12 Terenowy Oddział Lotniskowy (12 TOL) z 4 sierpnia 2010 r., który nie zawiera żadnych informacji, aby p. S uczestniczył jako inspektor nadzoru inwestorskiego przy realizacji projektu tego lotniska ani nie potwierdza należytego wykonania tej usługi, a wskazuje jedynie zadania inwestycyjne, na których p. S posiadał bliżej niesprecyzowane pełnomocnictwa. Okoliczność ta powoduje konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania, bowiem dokumenty te były już przedmiotem wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

W wyżej omówionych okolicznościach, Izba w sprawie KIO 2131/10 także nie orzekła o definitywnych podstawach do wykluczenia przystępującego z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału, a w następstwie o podstawach do odrzucenia jego oferty. Natomiast w niewątpliwy sposób nakazała powtórzenie oceny ofert, uznając, że odwołujący bezpodstawnie został wykluczony z postępowania, a ponadto w treści uzasadnienia, zobowiązała zamawiającego, gdyż **„w ramach nakazanego powtórzenia czynności badania ofert, powinien umożliwić Przystępującemu wykazanie tego dowodu wzywając go do przedstawienia wypisu lub kopii dziennika w części zawierającej wpisy w zakresie powołanych inspektorów nadzoru.”**

Okolicznością niewątpliwą jest zatem wbrew stanowisku odwołującego, że Izba w prawomocnym wyroku KIO 2131/10 nie orzekła w sposób definitywny, iż przystępujący:

- złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,
- nie spełnił warunków udziału w postępowaniu.

Izba powołanym wyrokiem nakazała ponowne badanie ofert, również z uwzględnieniem oferty przystępującego ILF. W ramach tego ponownego badania, zamawiający został upoważniony do wezwania przystępującego do przedłożenia dodatkowych dokumentów, poświadczających prawdziwość wcześniej złożonych oświadczeń jako dokumentów, potwierdzających spełnienie postawionych warunków udziału - odnośnie spornego inspektora nadzoru. Z tych względów okoliczność, iż pozostaje to niespójne z ustaleniem, iż jeden z ocenianych dokumentów potwierdza okoliczność złożenia nieprawdziwych informacji, pozostaje bez znaczenia. Tak samo bez znaczenia pozostaje, iż zamawiający skorzystał ponownie z procedury wezwania wykonawcy ILF do złożenia dokumentu (w istocie na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu) w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, chociaż uprzednio już ta procedura została wyczerpana, skoro został do tego wprost zobligowany powołanym wyrokiem.

Zamawiający, zgodnie z wyrokiem Izby przeprowadził nakazane czynności i pismem z dnia 21 stycznia 2011 r. powiadomił o wyborze oferty wykonawcy ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

W wyżej opisanym stanie rzeczy, Izba podzieliła stanowisko przystępującego ILF, iż odwołanie podlega odrzuceniu. Ponadto przesłanki odrzucenia odwołania Izba ustala z urzędu.

Konfrontując treść odwołania z dnia 30 września 2010 r. oraz odwołania wniesionego w niniejszej sprawie, Izba stwierdziła, iż w utrzymanym zakresie są one tożsame, dotyczą niespełnienia przez ILF warunków udziału i złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, odnoszą się przy tym do tych samych okoliczności doświadczenia zawodowego p. T. Sz. Przepis art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nakazuje odrzucenie odwołania, gdy odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania, wniesionego przez tego samego odwołującego się.

Zdaniem Izby, odwołanie niewątpliwie dotyczy też czynności (tj. wezwania wykonawcy ILF do uzupełnienia dokumentów i ponownej oceny ofert), które zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby KIO 2131/10. Stwarza to samodzielną podstawę do odrzucenia odwołania, w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Również w art. 185 ust. 6 ustawy Pzp, ustawodawca odmówił prawa do wniesienia odwołania, wykonawcy (odwołującemu) wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby.

Zaistnienie chociażby jednej z omówionych wyżej podstaw, lub też pozostałych, wymienionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp obliguje Izbę do odrzucenia odwołania, bez rozpatrywania zgłoszonych zarzutów i żądań.

Rozstrzygnięcie jest zgodne z wnioskami przystępującego. Zamawiający natomiast

nie zajął stanowiska w sprawie.

Izba odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym, bez udziału stron, stosownie do postanowień art. 189 ust. 3 ustawy Pzp.

O odrzuceniu odwołania Izba orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uiszczony wpis w danej sprawie.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i art. 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759) na niniejsze ~~wyrok~~/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....