

WYROK
z dnia 24 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agnieszka Trojanowska**

Członkowie: **Ryszard Tetzlaff**
Agnieszka Bartczak-Żuraw

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” Spółka Akcyjna z siedzibą w Piasecznie, ul. Dworska 1, DRAGADOS Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii w Madrycie, Avda. Del Camino, de Santiago 50**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Łódź, Polskie Koleje Państwowe Spółkę Akcyjną, PKP Polskie Koleje Liniowe Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74** protestu z dnia 21 lutego 2011 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” Spółka Akcyjna z siedzibą w Piasecznie, ul. Dworska 1, DRAGADOS Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii w Madrycie, Avda. Del Camino, de Santiago 50** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA”**

- Spółka Akcyjna z siedzibą w Piasecznie, ul. Dworska 1, DRAGADOS Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii w Madrycie, Avda. Del Camino, de Santiago 50**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 567 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „POL-AQUA” Spółka Akcyjna z siedzibą w Piasecznie, ul. Dworska 1, DRAGADOS Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii w Madrycie, Avda. Del Camino, de Santiago 50** na rzecz **Miasto Łódź, Polskie Koleje Państwowe Spółkę Akcyjną, PKP Polskie Koleje Liniowe Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **0 zł 00 gr** (słownie: XXX złotych XXX groszy) z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **XXX**

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Łódź, Polskie Koleje Państwowe S.A., PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację linii kolejowej Warszawa Łódź, etap II, Lot B2 – odcinek Łódź Widzew Łódź Fabryczna ze stacją Łódź Fabryczna oraz budową części podziemnej dworca Łódź Fabryczna przeznaczonej dla odprawy i przyjęć pociągów oraz obsługi podróżnych. Przebudowa układu drogowego i infrastruktury wokół multimodalnego dworca Łódź Fabryczna – budowa zintegrowanego węzła przesiadkowego nad i pod ulicą Węglową.

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

Postępowanie o zamówieniu publicznych w trybie przetargu ograniczonego na roboty budowlane zostało przez zamawiającego wszczęte ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej oraz opublikowanym w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 9 grudnia 2009r. za numerem 2009/S 237-339604.

W dniu 21 lutego 2011r. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” Spółka Akcyjna z siedzibą w Piasecznie, ul. Dworska 1, DRAGADOS Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii w Madrycie, Avda. Del Camino, de Santiago 50, zwane dalej konsorcjum Pol-Aqua, wniosło protest wobec czynności zamawiającego dokonania ponownej oceny spełniania przez konsorcjum Pol-Aqua warunków udziału w postępowaniu w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO/UZP/2627/10, KIO/UZP/2628/10, KIO/UZP/2629/10, w szczególności dokonaniu oceny punktowej doświadczenia Konsorcjum. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie prawa materialnego tj. art. 51 ust 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. t.j. 2007r. nr 223 poz. 1655 ze zm) – dalej ustawy w związku z art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy poprzez dokonanie oceny punktowej doświadczenia odwołującego z naruszeniem zasad oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt IV. 1.2) Ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu, w konsekwencji czego Konsorcjum uzyskało zaniżoną wartość punktową i zostało sklasyfikowane dopiero na 5 miejscu, naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania w zakresie dotyczącym oceny spełniania warunków udziału w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców, gdyż dokonując oceny punktowej w stosunku do doświadczenia odwołującego nie zaliczono niektórych podlegających takiej ocenie robót, mimo iż w stosunku do innych wykonawców roboty tego ,

typu były uwzględniane przy ocenie punktowej warunków udziału.

Wniósł o uwzględnienie protestu oraz unieważnienie czynności oceny punktowej wniosku odwołującego, powtórzenie czynności oceny punktowej wniosku odwołującego i uwzględnienie w zakresie punktacji przyznawanej za doświadczenie wykonawcy wszystkich wykonanych robót budowlanych, wykazanych przez niego pod pozycjami 14, 15, 16 i 17 wykazu doświadczenia złożonego wraz z pismem z dnia 28 stycznia 2011r. oraz ustalenie ponownej listy wykonawców zakwalifikowanych do udziału w postępowaniu w kolejności uwzględniającej wyższą wartość punktową. Wskazał, że ma interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może on doznać uszczerbku. Odwołujący został wprawdzie dopuszczony do udziału w postępowaniu jako jeden z pięciu wykonawców zakwalifikowanych do udziału w postępowaniu, jednakże wskutek wadliwej oceny punktowej jego doświadczenia otrzymał jedynie 26 punktów i został nieprawidłowo sklasyfikowany na ostatnim miejscu. Podniósł, że decyzja zamawiającego nie ma rozstrzygającego charakteru, gdyż pozostałym wykonawcom, przysługują środki ochrony prawnej, wskutek których ocena zamawiającego o obecnej kwalifikacji może zostać wzruszona. Protest zmierza zatem do umocnienia pozycji odwołującego i przesunięcia go o 2 miejsca „w górę” w klasyfikacji wykonawców pozwalając obronić w większym stopniu możliwość kwalifikacji odwołującego w przypadku ewentualnych protestów innych wykonawców. Na poparcie swego stanowiska, co do posiadania interesu prawnego powołał postanowienie KIO z dnia 28 lipca 2010 roku (sygn. akt KIO/UZP 1525/10), w wyroku KIO z dnia 22 grudnia 2010 roku (sygn. akt KIO/UZP 2628/10). Wskazał, że o czynności będącej podstawą protestu dowiedział się w dniu 11 lutego 2011r. z pisma zamawiającego, zawierającego informacje o dokonanej, ponownej ocenie wniosków złożonych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W uzasadnieniu protestu konsorcjum Pol-Aqua podniosło, że w pkt IV.1.2) Ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu zamawiający określił, że ocenie punktowej podlegać będzie doświadczenie wykonawcy, na podstawie załączonego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazu robót i dołączonych dokumentów potwierdzających, że wymienione roboty w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania zostały wykonane z należytą starannością. Punkty w zakresie doświadczenia miały być obliczane według następującej reguły: za budowę tunelu, o którym mowa w pkt III.2.3a)) ogłoszenia o zamówieniu wykonawca miał otrzymać 1 pkt za każde 100 m wybudowanego tunelu wykonanego metodą odkrywkową według wzoru matematycznego zdefiniowanego w sposób szczegółowy w ogłoszeniu o przedmiotowym zamówieniu. Przy pierwszej ocenie wniosków złożonych przez wykonawców, zamawiający - zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi na rozprawie zakończonej wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej wydanym w dniu 22 grudnia 2010 roku (sygn. akt KIO/UZP/2627/10, KIO/UZP/2628/10, KIO/UZP/2629/10) - brał pod uwagę przy ocenie punktowej

doświadczenie za każde 100 m tunelu kolejowego, drogowego lub metra wykonanego metodą odkrywkową, nie bacząc na to, jaką długość ma dany tunel i czy był on wykonywany wraz z infrastrukturą obejmującą systemy wentylacyjne, odwadniające lub przeciwpożarowe czy też realizacja danego tunelu takiej infrastruktury nie obejmowała. Wskutek protestów i odwołań wniesionych przez innych wykonawców, Izba nakazując ponowną ocenę spełniania przez wykonawców warunków udziału w Postępowaniu, dokonała wiążącej interpretacji sposobu obliczania punktacji w powołanym wyżej wyroku, ustalając, iż punkty mają być przydzielane wykonawcom według wzoru matematycznego określonego w ogłoszeniu o zamówieniu tylko za każde 100 m tunelu kolejowego, drogowego lub metra wykonanego metodą odkrywkową o długości nie mniejszej niż 1 km wykonanego wraz z infrastrukturą obejmującą, co najmniej systemy wentylacyjne, odwadniające lub przeciwpożarowe.

W wyroku Izby z dnia 22 grudnia 2010 roku (sygn. akt KIO/UZP 2629/10) zakwestionowane zostały roboty wskazane w pozycjach 5, 15, 16 wykazu doświadczenia Konsorcjum dołączonego do wniosku wraz z pismem konsorcjum Pol-Aqua z dnia 09 lipca 2010 roku. W wykonaniu powołanego wyroku Izby zamawiający pismem z dnia 24 stycznia 2011r. nr : IRZRh- 0813-7.1 - 24.2 - 135/11 zwrócił się o przedstawienie robót wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Odwołujący w dniu 28 stycznia 2011r. złożył w tym zakresie stosowne pismo dołączając wykaz wykonanych robót, sporządzony według wskazań zawartych w wyroku Izby.

Konsorcjum we wskazanym piśmie wykazie przedstawiło robotę budowlaną polegającą na wykonaniu Linii 5 (Puerto - Aeropuerto) metra w Walencji, odcinek Quatrt de Poblet - Manises. Przedmiotem powyższej roboty budowlanej było wykonanie infrastruktury, architektury i wyposażenia odcinka metra w Walencji, o długości 2.100 m. W szczególności w ramach tego zamówienia wykonany został tunel metra metodą odkrywkową o długości 2.100 m w ściankach szczelinowych, a prace budowlane obejmowały również m.in. systemy wentylacyjne, systemy odwadniające, systemy przeciwpożarowe. Roboty budowlane związane z wykonaniem powyższego zamówienia były prowadzone w okresie od 4 maja 2005r. do 8 lutego 2008r. Do pisma konsorcjum Pol-Aqua załączona została także stosowna referencja potwierdzająca, że ww. robota została wykonana należyście. Dodatkowo odwołujący wskazał na fakt, że także roboty budowlane przedstawione w pierwotnym wykazie robót w wersji sprzed modyfikacji w pozycjach 17, 18, 19 (w zmodyfikowanym Wykazie robót dołączonym do pisma z dnia 28 stycznia 2011r. w pozycjach 14, 15, 16) potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przedmiotowe roboty spełniały także warunki do uwzględnienia ich przy dokonywaniu oceny punktowej doświadczenia wykonawcy w myśl Pkt. IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu, gdyż:

- Pozycja 14 Wykazu robót załączonego do pisma z dnia 28 stycznia 2011r.) (Metro Sewilla) - roboty te obejmowały m.in. budowę jednego tunelu metra o długości 2.720 m wykonanego

metodą odkrywkową obejmującego co najmniej: systemy wentylacyjne, systemy odwadniające, systemy przeciwpożarowe. Roboty zostały należycie wykonane i zakończone w listopadzie 2009 roku, tj. w okresie 5 lat przed wszczęciem Postępowania. Do wniosku odwołujący załączył stosowne referencje.

- Pozycja 15 Wykazu robót załączonego do pisma z dnia 28 stycznia 2011r.) (zakopanie węzła drogowego mostu Puentę del Rey w gminie Madryt) - roboty te obejmowały budowę jednego tunelu drogowego o długości 2.640 m wykonanego metodą odkrywkową wraz z infrastrukturą obejmującą co najmniej: systemy wentylacyjne, systemy odwadniające, systemy przeciwpożarowe. Roboty zostały należycie wykonane i zakończone w dniu 22 października 2007 roku, tj. w okresie 5 lat przed wszczęciem Postępowania. Do wniosku odwołujący załączył stosowne referencje.

- Pozycja 16 Wykazu robót załączonego do pisma z dnia 28 stycznia 2011 r.) (Połączenie ulicy Embajadores z obwodnicą M-40 w gminie Madryt) - roboty te obejmowały m.in. budowę jednego tunelu drogowego o długości 2.719 m, z czego 2.100 m wykonano metodą odkrywkową, wraz z infrastrukturą obejmującą co najmniej: systemy wentylacyjne, systemy odwadniające, systemy przeciwpożarowe. Roboty zostały należycie wykonane i zakończone w dniu 15 listopada 2007r., tj. w okresie 5 lat przed wszczęciem Postępowania. Do wniosku odwołujący załączył stosowne referencje.

Nieuwzględnienie tych pozycji w ocenie punktowej doświadczenia odwołującego, jest, w jego ocenie, naruszeniem zasad określonych w ustawie, w szczególności art. 51 ust 2 PZP w związku z art. 48 ust. 2 pkt 6) PZP i pkt IV. 1.2) ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu. Odwołujący wskazał, że ustalenie, iż zamawiający nie uwzględnia wyżej opisanego doświadczenia było możliwe dopiero na obecnym etapie, po uzyskaniu zawiadomienia zamawiającego z dnia 11 lutego 2011 roku. Zastosowane przez zamawiającego kryteria oceny wniosku odwołującego przy pierwszej ocenie wniosków były z jednej strony nieprawidłowe - co potwierdziło KIO w wyroku z dnia 22 grudnia 2011 roku -, z drugiej strony na tyle niejasne, że ustalenie przyjętych przesłanek wówczas dokonanej punktacji nie było wcześniej możliwe.

Zamawiający dokonując oceny wniosku Konsorcjum Pol-Aqua i przyznając mu jedynie 26 punktów naruszył także podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 7 ust. 1 PZP. Protest został podpisany przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 15 lutego 2011r obejmującego ustanowienie lidera konsorcjum tj. Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „Pol-Aqua” S.A. i udzielenie dalszego pełnomocnictwa Tomaszowi Mazurowi . Pełnomocnictwo zostało udzielone przez obu członków konsorcjum i podpisane przez dwóch członków zarządu lidera upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania oraz przez pełnomocnika partnera konsorcjum działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 11

lutego 2010r., udzielonego przez prezesa partnera upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji partnera zgodnie z wypisem z rejestru handlowego.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 3 marca 2011r. oddalając go w całości. W uzasadnieniu wskazał, że wykonał wyrok Izby z dnia 22 grudnia 2010r. i wezwał wykonawców do uzupełnienia brakujących dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z pkt 2 tego wezwania konsorcjum Pol-Aqua zostało wezwane do uzupełnienia wniosku o przedstawienie roboty budowlanej spełniającej warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.2.3 a pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu. W dniu 28 stycznia 2011r. odwołujący odpowiedział na wezwanie i złożył robotę polegającą na wykonaniu linii 5 metra w Walencji, odcinek Quart de Poblet – Manies i załączył wymagane dokumenty potwierdzające należyte wykonanie roboty – pozycja 17 wykazu. Odwołujący ponadto bez wezwania uzupełnił dodatkowo dokumenty dotyczące robót budowlanych w pozycjach 14, 15, 16 (w pierwotnym wykazie 17, 18, 19), ale do uzupełnienia tych dokumentów zamawiający nie wzywał, nie dotyczą one potwierdzenia spełniania warunku i ich późniejsze uzupełnienie nie ma wpływu na dokonana ocenę w zakresie przyznania dodatkowych punktów. Tym samym według zamawiającego zarzuty protestu są niezasadne i niezrozumiałe.

W dniu 14 marca 2011r. odwołujący wniósł odwołanie i zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy tj. art. 51 ust 2 w związku z art. 48 ust. 2 pkt 6) poprzez dokonanie oceny punktowej doświadczenia Konsorcjum Pol-Aqua z naruszeniem zasad oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt IV. 1.2) ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu, którego ostateczną i wiążącą interpretację ustaliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO/UZP/2627/10, KIO/UZP/2628/10, KIO/UZP/2629/10, w konsekwencji czego Konsorcjum uzyskało zaniżoną wartość punktową i zostało sklasyfikowane na miejscu 5 i art. 7 ust. 1 PZP poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie dotyczącym oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców, gdyż dokonując oceny punktowej w stosunku do doświadczenia Konsorcjum nie zaliczono niektórych podlegających takiej ocenie robót, mimo iż w stosunku do innych wykonawców roboty tego typu były uwzględniane przy ocenie punktowej warunków udziału w postępowaniu. Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny spełniania warunków przez odwołującego, nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny spełniania warunków przez odwołującego oraz przyznania odwołującemu pozycji w klasyfikacji wykonawców na podstawie prawidłowo dokonanej oceny spełniania przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem w zakresie punktacji przyznawanej za doświadczenie wykonawcy wszystkich wykonanych robót budowlanych, wykazanych przez Konsorcjum pod pozycjami 14, 15, 16 i 17 wykazu

doświadczenia Konsorcjum (złożonego wraz z pismem z dnia 28 stycznia 2011r.). Podtrzymał swoje stanowisko zawarte w proteście, co do interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, a także argumentację dotyczącą zarzutów i wniosków protestu. Dodatkowo ustosunkowując się do rozstrzygnięcia protestu podniósł, że został pismem z dnia 24.01.2011 r., wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia wniosku poprzez przedstawienie roboty budowlanej spełniającej warunek udziału w postępowaniu o którym mowa w punkcie III.2.3. a pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, pismem z dnia 28.01.2011 r., dokładnie zastosował się do prośby zamawiającego o „złożenie wyjaśnień lub brakujących dokumentów i oświadczeń, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (pismo Zamawiającego z dni 24.01.2011r.)” wskazując robotę budowlaną polegającą na wykonaniu Unii 5 metra w Walencji a także wyjaśniając rozbieżności pomiędzy wskazanymi w wykazie robót datami zakończenia, a przedstawionymi do wniosku referencjami oraz składając brakujące dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie III.2.3. a pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym, zastosował się ściśle do wezwania jakie wynikało z pisma z dnia 24.01.2011 r. Wobec treści wezwania zamawiającego, nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, że samodzielnie dokonał uzupełnienia dokumentów. Zamawiający nie wskazał w wezwaniu z dnia 24.01.2011 r. że chodzi tylko i wyłącznie o nową, nie wykazywaną w pierwotnym wniosku robotę lecz formułując wezwanie w sposób ogólny pozwolił tym samym na dowolność odwołującemu w przedstawieniu doświadczenia (tj. złożenia wyjaśnienia i/lub brakujących dokumentów) spełniającego warunek udziału w postępowaniu o którym mowa w punkcie III.2.3. a pkt 1 ogłoszenia. Dołączone do pisma z dnia 28 stycznia 2011r. dokumenty dowodzą, że roboty budowlane (każda z osobną) spełniają minimalny warunek udziału w postępowaniu przetargowym a łącznie powinny dać konsorcjum 74,6 pkt, a zamawiający przyznał Konsorcjum POL-AOUA jedynie 21 pkt za doświadczenie. Ponadto odwołujący z ostrożności wskazał, że w świetle przepisów ustawy oraz orzecznictwa KIO i Sądu Okręgowego dopuszczalne jest dobrowolne uzupełnienie wniosku przez wykonawcę (wyrok KIO z dnia 23.07.2010 r. sygn akt 1444/10, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 29.04.2010 r. , sygn. akt XIX Ga 162/10). Taka możliwość została też w sposób pośredni stworzona na skutek wydania ww wyroku KIO z dnia 22 grudnia 2010 r. w przedmiotowym postępowaniu. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 stycznia 2011r. obejmującego ustanowienie lidera konsorcjum tj. Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „Pol-Aqua” S.A. i udzielenie dalszego pełnomocnictwa Pawłowi Bis. Pełnomocnictwo zostało udzielone przez obu członków konsorcjum i podpisane przez dwóch członków zarządu lidera upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania oraz przez pełnomocnika partnera konsorcjum działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 11 lutego 2010r., udzielonego przez prezesa partnera upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji

partnera zgodnie z wypisem z rejestru handlowego. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 14 marca 2011r.

Zamawiający w dniu 15 marca 2011r. poinformował o wniesieniu odwołania i wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym

Na etapie postępowania odwoławczego żaden z wykonawców skutecznie nie przystąpił.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, 4 modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez konsorcjum Pol-Aqua, wezwań zamawiającego do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień, odpowiedzi na wezwania, pisma zamawiającego z dnia 3 listopada 2010r., pisma zamawiającego z dnia 24 stycznia 2011r. do Pol-Aqua, odpowiedzi Pol-Aqua z 28 stycznia 2011r., protokołu postępowania wraz z załącznikami.

Inne wnioski dowodowe nie były przez strony zgłaszane.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje :

W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający zawarł w sporny zakresie następujące postanowienia W sekcji III.2.1) Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi dotyczące wpisu do rejestru zawodowego lub handlowego Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów:

O udzielenie niniejszego zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

- posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień;
- nie podlegają wykluczeniu z postępowania, zgodnie z art. 24 ust. 1 i 2 Ustawy.

W sekcji III.2.3) Zdolność techniczna zamawiający wymagał :

O udzielenie niniejszego zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę:

w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonania (tj. zakończenia w ww. okresie) zamówień obejmujących co najmniej:

- 1) budowę jednego tunelu kolejowego, drogowego lub metra wykonanego metodą odkrywkową o długości nie mniejszej niż 1 km wraz z infrastrukturą obejmującą co najmniej: systemy wentylacyjne, systemy odwadniające, systemy przeciwpożarowe;

- 2) budowę jednego tunelu kolejowego, drogowego lub metra wykonanego metodą górniczą lub przewiertem o długości nie mniejszej niż 200 m;
- 3) budowę jednego obiektu budowlanego takiego jak: podziemna stacja metra, podziemna stacja kolejowa;
- 4) wykonanie jednego zabezpieczenia wykopu wykonanego technologią ścian szczelinowych na długości nie mniejszej niż 500 m i posadowionego na głębokości nie mniejszej niż 10 m;
- 5) budowę, przebudowę/modernizację 1 (jednego) km toru wykonanego technologią nawierzchni bezpodsypkowej i 5 (pięć) km torów wykonanych technologią nawierzchni podsypkowej;
- 6) budowę napowietrznej sieci trakcyjnej o długości co najmniej 10 km;
- 7) budowy co najmniej 1 (jednego) systemu komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym.

W sekcji IV.1.2) zamawiający wskazał ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału (procedura ograniczona i negocjacyjna, dialog konkurencyjny) i podał, że dopuści 5 wykonawców, którzy uzyskają największą liczbę punktów.

1. Obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów to : spełnianie warunków udziału w postępowaniu będzie oceniane na podstawie załączonych oświadczeń i dokumentów wymaganych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ocena będzie dokonywana na zasadzie spełnia/niespełnia.

2. Ocenie punktowej podlegać będzie doświadczenie Wykonawcy, na podstawie załączonego wykazu robót i dołączonych dokumentów potwierdzających, że wymienione roboty w ciągu ostatnich 5 lat zostały wykonane z należytą starannością. Punkty zostaną obliczone według następującej zasady:

a) za budowę tunelu, o którym mowa w pkt III.2.3)a)1) Ogłoszenia o zamówieniu. Wykonawca otrzyma 1 pkt za każde 100 m wybudowanego tunelu według wzoru, $LPa = \Sigma TO / 100$ gdzie: LPa – całkowita liczba punktów, ΣTO – łączna długość wybudowanego tunelu wykonanego metodą odkrywkową wyrażoną w m. Podana w wykazie zsumowana ilość wykonanych robót powinna być zaokrąglona do pełnych metrów, zgodnie z matematyczną zasadą zaokrąglania,

b) za osiągnięcie przychodu, o którym mowa w pkt III.2.2) Ogłoszenia o zamówieniu Wykonawca otrzyma za każdą wartość przychodu ze sprzedaży 200.000.000 PLN* jeden punkt obliczany według wzoru: $LPb = PZS / 200.000.000$ gdzie: LPb – całkowita liczba punktów, PZS – łączny przychód ze sprzedaży wyrażony w PLN o wartości minimum 200.000.000 PLN. Zamawiający przyjmie jako wynik oceny całkowitą wartość liczbową wynikającą z ilorazu (bez zaokrągleń). Maksymalna liczba możliwych do uzyskania punktów w tym kryterium wynosi LPb = 5 (pięć pkt). * Do przeliczenia na PLN danych finansowych

wyrażonych w walutach innych niż PLN należy przyjąć średni kurs publikowany przez Narodowy Bank Polski z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

3. Zamawiający zaprosi do składania ofert pięciu Wykonawców, którzy uzyskają największą liczbę punktów.

4. W przypadku uzyskania przez dwóch lub więcej Wykonawców jednakowej liczby punktów, co uniemożliwi jednoznaczne wskazanie Wykonawcy na 5 miejscu, o zaproszeniu do składania ofert dla jednego z nich decydować będzie budowa najdłuższego tunelu, o którym mowa w pkt III.2.3)a)1) Ogłoszenia o zamówieniu.

Czterokrotna modyfikacja ogłoszenia nie przyniosła zmian w powyższym zakresie.

W dniu 3 listopada 2010r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W wyniku tej oceny na pierwszym miejscu w rankingu znalazło się konsorcjum Torpol, na drugim konsorcjum Acciona Infraestructuras S.A., na trzecim konsorcjum Pol-Agua, na czwartym konsorcjum Budimex, na piątym konsorcjum Mosty – Łódź, na szóstym konsorcjum Hydrobudowa, na siódmym konsorcjum Warbud, na ósmym China Overseas. Pozostali wykonawcy zostali wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Wykonawcy wykluczeni nie kwestionowali prawidłowości dokonanej przez zamawiającego oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 12 listopada 2010r. na czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wnieśli protesty wykonawcy.

Konsorcjum: WARBUD Spółka Akcyjna, Gulermark Agir Snami Insaat ve Taahhut A.S., Przedsiębiorstwo Tor-Kar-Sson Zbigniew Kargul, Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice Spółka Akcyjna, Vinci Construction Grands Projets, ETF-Eurovia Travaux Ferroviaires, 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162A,

konsorcjum: HYDROBUDOWA POLSKA Spółka Akcyjna, PBG Spółka Akcyjna, APRIVIA Spółka Akcyjna, Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Metro Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, INFRA Spółka Akcyjna, ZUE Spółka Akcyjna, Wysogotowo k. Poznania, ul. Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo.

Do postępowania protestacyjnego wywołanego protestem konsorcjum Warbud przystąpił konsorcjum Mosty – Łódź, a następnie w wyniku dokonanego przez zamawiającego rozstrzygnięcia protestu konsorcjum Mosty –Łódź wniosło własne odwołanie.

W zakresie będącym przedmiotem rozstrzygnięcia w niniejszym postępowaniu poszczególni wykonawcy wnieśli następujące zarzuty w postępowaniu o sygn. akt KIO/UZP 2627/10, KIO/UZP 2628/10 i KIO/UZP2629/01

Konsorcjum Warbud :

Na czynności zamawiającego polegające na niewłaściwej ocenie wniosków złożonych przez wykonawców:

- 1) Konsorcjum: Hydrobudowa Polska S.A., PBG S.A., ARRWIA S.A., Przedsiębiorstwo Robót Górniczych Metro Sp. z o.o. INFRA S.A., Zakłady Usług Energetycznych Komunikacyjnych grupa ZUE S.A. (zwane dalej Konsorcjum Hydrobudowa) – poprzez uwzględnienie wykonania w Warszawie tunel szlakowy metra B23, który nie ma 1 km
- 2) Konsorcjum: Metrostav a.s., Elektrizace železnic Praha a.s., Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty Łódź” S.A., Sudol Praha S.A. (zwane dalej Konsorcjum Metrostav) zakresie tego, że Elektrizace železnic Praha a.s. pomimo tego, że był zarejestrowany jako płatnik ubezpieczenia zdrowotnego w spółce Zdravotni Pojištovna Mrnisterstva Vnitra CR (Ubezpieczalnia Zdrowotna Ministerstwa Spraw Wewnętrznych Republiki Czeskiej), nie przedstawił zaświadczenia tegoż podmiotu o niezaleganiu ze składkami na ubezpieczenie zdrowotne;
- 3) Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Pol-Aqua” S.A. i Dragados S.A. (zwane dalej Konsorcjum Pol-Aqua) w zakresie tego, że konsorcjum nie wykazało, aby osoba Tadeusza R. przedstawiona do pełnienia funkcji kierownika budowy posiadała odpowiednie uprawnienia i doświadczenie wymagane przez Zamawiającego w sekcji III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu. Konsorcjum do uzupełnienia swojego wniosku z dnia 9 lipca 2010 r. nie załączyło dokumentów wymaganych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu ;
- 4) Konsorcjum: Strabag Sp. z o.o., Mostostal Warszawa S.A. Acciona Infraestructuras S.A., Dywidag friternational GmbH (zwane dalej Konsorcjum Strabag) w zakresie oświadczenia złożone przed notariuszem w zakresie niezalegania przez członka Konsorcjum - Acciona Infrasrrucruras S.A., co do daty którego podnosiło wątpliwości, osoby p. Manuela Jimeneza H. przedstawionej do pełnienia funkcji kierownika budowy, co do którego wskazywało na nieostateczność wpisu na listę samorządu zawodowego,

a więc naruszeniu art. 24 i art. 7 ust. 1 Ustawy

Pismem z dnia 23 listopada 2010 roku zamawiający rozstrzygnął protest w ten sposób, że uwzględnił protest w zakresie zarzutu dotyczącego konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „Pol-Aqua” S.A. i Dragados S.A., natomiast oddalił w zakresie pozostałych zarzutów.

W dniu 3 grudnia 2010 roku konsorcjum Warbud wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymał zarzuty, argumenty i wnioski wyrażone w proteście. W zakresie zarzutu uwzględnionego przez zamawiającego podniósł, iż zamawiający nie jest uprawniony do tego, by wzywać konsorcjum Pol-Aqua do uzupełnienia dokumentów, ponieważ czynność ta została już dokonana pismem z dnia 29 czerwca 2010 roku.

Od rozstrzygnięcia protestu konsorcjum Warbud w części uwzględniającej protest odwołanie wniosło Konsorcjum: Metrostav a.s., Elektrizace železnic Praha a.s., Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” Spółka Akcyjna, SUDOP PRAHA a.s., Koželužska 2246, 180 00 Praha 8, Republika Czeska zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący się podniósł, że jego interes prawny w uzyskaniu niniejszego zamówienia jest zagrożony. Wniosek odwołującego został zakwalifikowany na tzw. „krótką listę” pięciu wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, jednakże zostały złożone dwa protesty, kwestionujące ocenę wniosku odwołującego. Ewentualne uwzględnienie zarzutów protestów może spowodować odmienną ocenę wniosku odwołującego. Protestujący Warbud złożył zaś szereg zarzutów, co do wniosku nie tylko odwołującego, ale też trzech innych wykonawców uczestniczących w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący konsorcjum Mosty - Łódź się wniosło o nakazanie zamawiającemu:

1) uwzględnienia protestu odnośnie zarzutów dotyczących:

zaniechania wykluczenia konsorcjum firm: Pol-Aqua S.A., Dragados S.A. (dalej: „konsorcjum Pol-Aqua”), gdyż konsorcjum Pol-Aqua było już wzywane do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków postawionych Kierownikowi budowy. Mianowicie pismem z dnia 29 czerwca 2010 r., konsorcjum Pol-Aqua zostało wezwane do uzupełnienia wniosku w zakresie dotyczącym Kierownika budowy. Pierwotnie konsorcjum wskazało na to stanowisko Pana Sławomira C. Zamawiający stwierdził, że osoba ta nie posiada wymaganego doświadczenia, wobec czego wezwał do uzupełnienia wniosku we wskazanym zakresie. Oznaczało to, że wykonawca mógł uzupełnić wykaz osób w zakresie doświadczenia Pana Sławomira C. lub wskazać na to stanowisko inną osobę ze wszystkimi dokumentami jej dotyczącymi. Konsorcjum Pol-Aqua wybrało to drugie rozwiązanie, wskazując na stanowisko Kierownika budowy Pana Tadeusza R. Jednakże, osoba ta nadal

nie spełnia postawionego warunku doświadczenia, a ponadto do uzupełnienia nie załączono żadnych dokumentów potwierdzających posiadanie przez nową osobę stosownych uprawnień budowlanych oraz fakt wpisania na listę członków właściwej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa.

zaniechania wykluczenia konsorcjum firm: Strabag Sp. z o.o., Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., Dywidag International GmbH (dalej „konsorcjum Strabag”), podtrzymał zarzuty podniesione przez konsorcjum Warbud oraz wskazał, że nie tylko pozycja 1 wykazu konsorcjum Hydrobudowa nie spełnia warunków, a le także warunku nie spełnia pozycja 2, dotycząca budowy szlaku B20 i stacji A20 wraz z torem wyciągowym na szlaku B21. Łączna długość tuneli wybudowanych metodą odkrywkową wskazanych przez konsorcjum Hydrobudowa w pozycji nr 2 wykazu wynosi bowiem $217,3 + 340 + 155 + 207 = 919,3$ m.

Wniósł także o nakazanie dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, polegającej na wykluczeniu konsorcjum Pol-Aqua S.A. oraz konsorcjum Strabag Sp. z o.o., a także obniżeniu punktacji przyznanej konsorcjum Hydrobudowa.

Konsorcjum Hydrobudowa wniosło protest, a następnie odwołanie na czynności:

- zaniechania wykluczenia konsorcjum wykonawców Metrostav a.s., Elektrizace železnic Praha a.s., Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty Łódź” a.s., Sudop Praha a.s. (zwane dalej Konsorcjum Metrostav), pomimo podania nieprawdziwej informacji w zakresie dokumentów sporządzanych w Republice Czeskiej, gdyż we wniosku konsorcjum nie załączyło zaświadczenia o nieorzeczeniu zakazu ubiegania się o zamówienie dla partnerów Metrostav a.s., Elektrizace železnic Praha a.s. i Sudop Praha a.s. i złożyło w tym zakresie fałszywe oświadczenie, że taki dokument nie jest wymagany, podczas gdy z innego dokumentu przedłożonego przez to konsorcjum wynika, że taki dokument jest wydawany. Ponadto wskazany przez konsorcjum Mosty – Łódź na stanowisko kierownika budowy osobę pana Jiri J., który jak wynika z dokumentów załączonych do wniosku jest „autoryzowanym inżynierem w specjalizacji geotechnika”. Konsorcjum Hydrobudowa podniosło, że „autoryzowany inżynier w specjalizacji geotechnika” nie spełnia wymagań zamawiającego
- dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wobec Konsorcjum Metrostav, w szczególności poprzez nieprawidłowe przyznanie 34 punktów w zakresie doświadczenia i przyznanie mu 5 pozycji w klasyfikacji wykonawców, gdyż jedynym doświadczeniem Konsorcjum Metrostav spełniającym wymogi zamawiającego i objętym punktacją są roboty budowlane wskazane w pkt 1 wykazu robót tego wykonawcy czyli budowa odcinka metra, ale odcinek metra wykonywany metodą odkrywkową wraz z wymaganymi instalacjami miał długość całkowitą 1433,0 m to maksymalna liczba punktów, która mogłaby być przyznana za to doświadczenie wynosi 14.
- dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wobec Konsorcjum

Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A., DRAGDOS S.A. (zwane dalej Konsorcjum POL-AQUA), w szczególności poprzez nieprawidłowe przyznanie 39 punktów w zakresie doświadczenie i przyznanie mu 3 pozycji w klasyfikacji wykonawców, gdyż doświadczenie wskazywane w pozycjach 5, 15, 16, 19 i 20 wykazu nie spełnia wymagań zamawiającego, co do długości tunelu, wymaganych instalacji, oraz dowodu na to, że robota została ukończona

- niezakwalifikowanie Konsorcjum HBP do udziału w dalszym etapie postępowania pomimo spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanej oceny spełniania tych warunków, w szczególności poprzez przyznanie mu 6 pozycji w klasyfikacji wykonawców,

- zaniechania wezwania Konsorcjum Metrostav na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie uprawnień osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy,

- zaniechania wezwania Konsorcjum POL-AQUA na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo tego, iż dla wskazanego na wezwanie zamawiającego kierownika budowy Tadeusza R. nie złożono wymaganych przez zamawiającego dokumentów.

Konsorcjum Mosty-Łódź nie przystąpiło do postępowania odwoławczego wywołanego protestem i odwołaniem konsorcjum Hydrobudowa.

W wyroku z dnia 22 grudnia 2010r. Krajowa Izba odwoławcza oddaliła odwołania Konsorcjum Warbud i Konsorcjum Mosty – Łódź w całości, natomiast, co do odwołania Konsorcjum Hydrobudowa uznała za uzasadnione zarzuty:

1. nieprawidłowej oceny wniosku Konsorcjum Mosty – Łódź. Izba uznała, że zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy w takim zakresie w jakim poddał ocenie i przyznał punktację za pozycję 6 wykazu Mosty-Łódź oraz uznała, że w przypadku roboty wskazanej w poz. 1 wykazu zamawiający uprawniony był do przyznania punktów za odcinek o długości 1 433 m, gdyż jedynie ten odcinek spełniał warunki wymagane przez zamawiającego w ogłoszeniu. Wykonawca wskazał, że zakres prac w przypadku roboty wskazanej w poz. 1 obejmował budowę odcinka metra o całkowitej długości 4 602 m, z czego 2 325 m tuneli metodą górniczą, natomiast 2 277 m tuneli metodą odkrywkową; 1 433 m wraz z infrastrukturą obejmującą m.in. systemy wentylacyjne, systemy odwadniające i systemy przeciwpożarowe; 3 stacje metra. Z podanych informacji wynika zatem, iż jedynie odcinek o długości 1 433 m był budowany metodą odkrywkową i obejmował wymagane instalacje.
2. Izba uznała za zasadne zarzuty dotyczące wniosku złożonego przez Konsorcjum POL-AQUA : w zakresie poz. 16 wykazu robót, gdzie konsorcjum wskazało budowę Metropolitalnej Linii Palma-UIB etap I w Palma de Mallorca w Hiszpanii, Izba

stwierdziła, że wskazana robota nie spełnia wymogu zamawiającego w zakresie instalacji przeciwpożarowej i wentylacyjnej, w przypadku roboty wskazanej w pozycji 5 Izba ustaliła, iż robota ta nie spełnia wymagań zamawiającego w zakresie minimalnej długości wykonanej metodą odkrywkową (1km), w przypadku roboty wskazanej w pozycji 15 wykazu wykonawca nie wykazał, że wykonywał również instalację przeciwpożarową.

Uwzględniając powyższe zarzuty konsorcjum Hydrobudowa Izba w sentencji wyroku nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wykonując wyrok Izby z dnia 22 grudnia 2011r. w dniu 24 stycznia 2011r. wezwał konsorcjum Pol-Aqua do złożenia wyjaśnień lub brakujących dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu tj. uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń i aktualnego wpisu na listę członków właściwej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa dla Tadeusza Rogóż, a także wyjaśnienia, które z robót wskazanych w wykazie doświadczenia tej osoby były prowadzone w zabudowie miejskiej, oraz do przedstawienia roboty budowlanej spełniającej warunek udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w sekcji III.2.3.a. pkt. 1 ogłoszenia.

W dniu 28 stycznia 2011r. Konsorcjum Pol-Aqua odpowiedziało na wezwanie i uzupełniło dokumenty dotyczące p. Tadeusza Rogóż o kopię dokumentu stwierdzającego uprawnienia budowlane, zaświadczenia o wpisie do Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa i wyjaśniło, że doświadczenie w zabudowie miejskiej potwierdzają pozycje 1, 2, 6, i 8 z wykazu posiadanego doświadczenia załączonego do pisma wykonawcy z 9 lipca 2010r. Co do wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego warunek doświadczenia konsorcjum Pol-Aqua wskazało robotę budowlaną Linie nr 5 (Puerto – Aeropuerto) Merta w Walencji, odcinek Quatrtr de Poblet – Manises, gdzie wykonano tunel metodą odkrywkową o długości 2100m, a prace budowlane obejmowały systemy wentylacyjne, odwadniające, przeciwpożarowe, a roboty prowadzono od 4 maja 2005 do 8 lutego 2008r. Na dowód tego przedłożono referencje z 24 lipca 2008r. Jednocześnie konsorcjum Pol-Aqua wskazało, że wobec zakwestionowania przez Izbę robót wskazanych w pozycjach 5, 15 i 16 wykazu zostały wykreślone te pozycje z wykazu, a pozycje wskazane dotychczas w pozycjach 17, 18 i 19 także potwierdzały spełnianie warunku, a to z następujących względów :

Pozycja 17, obecnie pozycja 14 Merto Sewilla – roboty zostały zakończone w listopadzie 2009r., co potwierdza dokument wystawiony przez zamawiającego w dniu 18 grudnia 2009r.,

w ramach tego zadania wykonano 2,72 km tuneli między ściankami szczelnymi (tj. metodą odkrywkową) i obejmowały wentylację, pompownie odwadniające, zabezpieczenie przeciwpożarowe – str. 462 i 471 wniosku,

Pozycja 18, obecnie 15 wykazu zakopanie węzła drogowego mostu Puente del Rey w gminie Madryt – roboty zostały zakończone do dnia 22 października 2007., na dowód czego konsorcjum Pol-Aqua załączyło pismo zamawiającego, roboty dotyczyły 2 640 m tunelu metodą odkrywkową wraz z infrastrukturą obejmującą systemy odwadniające, wentylacyjne, przeciwpożarowe, co wynika z załączonego to pisma referencji,

Pozycja 19, obecnie pozycja 16 wykazu – połączenie ulicy Embajadores z obwodnicą M40 w gminie Madryt – roboty zostały zakończone w dniu 15 listopada 2007r. i obejmowały 2 100m tunelu metodą odkrywkową i wykonano systemy odwadniające, przeciwpożarowe i wentylacyjne, na dowód czego konsorcjum Pol-Aqua załączyło referencję zamawiającego.

Konsorcjum Pol-Aqua poza wymienionymi wyżej referencjami i dokumentami do pisma z dnia 28 stycznia 2011r. załączyło także nowy wykaz robót.

W dniu 18 stycznia 2011r. konsorcjum Mosty – Łódź złożyło dodatkową referencję potwierdzającą wykonanie w technologii odkrywkowej z kompletną infrastrukturą – systemy odwadniające, kanalizacja, gaz, oświetlenie, systemy przeciwpożarowe, wentylacyjne, ochronne, przeciwpowodziowe w tunelu o długości 1 410 m w inwestycji polegającej na przedłużeniu trasy metra C1 części IV odcinak transportowego do stacji Ladvi oraz referencji dotyczącej pozycji 2 wykazu, w którym zrealizowano tunel metodą odkrywkową na całym odcinku 2277m, a nie jedynie na odcinku 1433m, wraz z towarzyszącą mu infrastrukturą obejmującą system wentylacji, odwadniania i systemy przeciwpożarowe. Dodatkowo w treści pisma konsorcjum Mosty – Łódź powołało orzecznictwo Izby i sądów powszechnych w przedmiocie dopuszczalności samodzielnego uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 11 lutego 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach ponownej oceny warunków udziału w postępowaniu i wskazał, że na pierwszym miejscu znalazło się konsorcjum Torpol, na drugim konsorcjum Acciona Infraestructuras, na trzecim konsorcjum Strabag, na czwartym konsorcjum Hydrobudowa, na piątym konsorcjum Pol-Aqua, na szóstym konsorcjum Warbud, na siódmym konsorcjum Mosty – Łódź, na ósmym konsorcjum China Overseas.

Izba zważyła, co następuje :

Izba stwierdziła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 187 ust. 4 ustawy, które skutkowały odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, gdyż racje należy przyznać odwołującemu, że w dacie wniesienia odwołania ten interes mu

przysługiwał, gdyż jego pozycja jako wykonawcy zakwalifikowanego do dalszego udziału w postępowaniu była zagrożona protestem, a następnie odwołaniem innego wykonawcy tj. konsorcjum Metrostav. W przypadku uwzględnienia przez Izbę odwołania Metrostav i nakazania zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem punktacji, którą wskazywał ten odwołujący, wniosek Metrostav byłby sklasyfikowany na wyższej pozycji niż wniosek odwołującego Pol-Aqua, a odwołujący znalazłby się na pozycji 6 nie dającej prawa do dalszego udziału w postępowaniu. Izba nie podziela argumentacji zamawiającego, że interes prawny nie może odpaść w toku postępowania odwoławczego bez skutku w postaci oddalenia odwołania. Art. 179 ust. 1 ustawy stanowi bowiem nie o tym kiedy Izba oddała odwołanie, ale o tym kiedy można je skutecznie wnieść, zatem w ocenie Izby interes prawny musi istnieć w dacie wniesienia odwołania, a dalszy los interesu prawnego nie ma znaczenia dla obowiązku Izby wdania się w merytoryczną analizę zarzutów odwołania. Za tym stanowiskiem przemawia wprost brzmienie art. 179 ust. 1 ustawy, który wiąże interes prawny z jednej strony z możliwością uzyskania zamówienia, a z drugiej z naruszeniem przez zamawiającego przepisu ustawy, które to naruszenie powoduje lub może powodować uszczerbek w interesie prawnym. Tym samym interes prawny jest nierozzerwalnie związany z naruszeniem przez zamawiającego przepisów i może odpaść na etapie postępowania protestacyjnego na skutek uwzględnienia protestu, gdyż brak będzie w takiej sytuacji interesu w kwestionowaniu pozytywnego dla wykonawcy rozstrzygnięcia. Odpadnięcie jak w niniejszej sprawie, już po wniesieniu odwołania, możliwości zaistnienia uszczerbku, w skutek odrzucenia odwołania wykonawcy, którego środki ochrony prawnej zagrażały interesowi w chwili wniesienia odwołania, nie może być podstawą do uznania odpadnięcia przesłanki materialno prawnej dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy. Dodatkowo wskazać należy, że przeciwna konstatacja prowadziłaby do sytuacji, w której łączenie spraw do wspólnego rozpoznania powodowałoby możliwość oddalenia odwołania w skutek braku interesu, podczas gdy gdyby takich odwołań nie połączono zarzut by się nie pojawił. Izba uznała zatem, że przesłanka materialno prawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia art. 51 ust. 2 w związku z art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy i w związku z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie oceny punktowej doświadczenia odwołującego z naruszeniem zasad oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt IV. 1.2) Ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu, w konsekwencji czego Konsorcjum uzyskało zaniżoną wartość punktową i zostało sklasyfikowane dopiero na miejscu 5.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba wskazuje, że sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia poprzez wskazanie co najmniej 1 roboty budowlanej tożsamej z punktowany przez zamawiającego doświadczeniem w ramach

kwalfikacji wykonawców, bez ich rozdzielenia spowodowało, że wszystkie roboty wykazywane w ramach punktowanego doświadczenia z sekcji IV.1.2 ogłoszenia o zamówieniu, były jednocześnie robotami wykazywanymi na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w rozumieniu sekcji III.2.3.lit. a. 1 ogłoszenia o zamówieniu. Sam zamawiający nadał im taki charakter formułując postanowienia ogłoszenia. W tej sytuacji zamawiający w stosunku do każdego z wykonawców, który nie wykazał spełnienia warunku doświadczenia z sekcji III.2.3.lit. a.1 był obowiązany z mocy art. 26 ust. 3 ustawy wystosować wezwanie do uzupełnienia doświadczeń i dokumentów. Nie sposób, z kolei odmówić wykonawcy prawa do przedstawienia więcej niż 1 wymaganej roboty potwierdzającej spełnianie warunku udziału w postępowaniu, gdyż wezwanie ma charakter jednokrotny i trudno wymagać od wykonawcy, aby ryzykował, że wskazując jedną robotę zostanie wykluczony z postępowania i dodatkowo może być pozbawiony wadium, gdy zamawiający uzna, że wskazana robota nie potwierdza spełniania warunku. Natomiast gdy zamawiający wykona swój obowiązek z art. 26 ust. 3 ustawy, a wykonawca wskaże więcej niż 1 robotę spełniającą warunki udziału w postępowaniu – identyczne z podstawą do przyznania punktacji za doświadczenie, brak jest w ogłoszeniu jakichkolwiek wytycznych, co do tego, która z robót spełniających warunek udziału w postępowaniu ma być przyjęta przez zamawiającego do oceny w ramach kwalifikacji wykonawców. Czy pierwsza w wykazie, czy najkorzystniejsza dla wykonawcy, czy wreszcie wszystkie wskazane. Dodatkowo takie postawienie warunku powoduje, że wykonawca, który przedstawił wykaz przykładowo 10 robót na potwierdzenie spełniania warunku, ale zamawiający uznał mu tylko jedną z robót jako spełniającą warunek pkt III.2.3.lit. a .1 ogłoszenia, nie może być potraktowany inaczej, niż wykonawca, który w ogóle wykazu nie złożył, albo którego wszystkie pozycje wykazu nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji jednak zamawiający nie będzie mógł zastosować art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż wykonawca wykazał spełnianie warunku, a jedynie nie wykazał podstaw do przyznania mu większej punktacji. Powoduje to konieczność odwołania się do naczelnej zasady równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy i przyjęcia stanowiska odwołującego, że warunek udziału w postępowaniu należy rozumieć w tej sprawie jako warunek podstawowy minimalny i warunek punktowany wynikający z sekcji IV.1.2 ogłoszenia. W tej sytuacji Izba uznała, że zamawiający nieprawidłowo ocenił wniosek odwołującego pomijając uzupełnione na wezwanie zamawiającego dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu przy ocenie punktacji w ramach kwalifikacji wykonawców. Izba zauważa, że rację zamawiającemu, co do tego, że może wzywać wyłącznie do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, można byłoby przyznać wyłącznie wtedy, gdyby doświadczenia minimalnego służącego wykazaniu warunku nie punktował zamawiający następnie w ramach kwalifikacji

wykonawców. Izba wskazuje na błędną argumentację zamawiającego, co do tego, że wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia, było konsekwencją wyroku Izby z dnia 22 grudnia 2010r. Analizując treść orzeczenia Izby, Izba jedynie w przypadku osoby zdolnej do wykonania zamówienia wskazanej na stanowisko dyrektora kontraktu tj. Tadeusza Rogóż nakazała zamawiającemu wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Przedmiotem własnej oceny zamawiającego było dokonanie wezwania odwołującego w pozostałym zakresie. Skierowanie tego właśnie wezwania do odwołującego spowodowało konieczność analizy przez Izbę skutków tego wezwania, oraz konsekwencji z tego faktu wynikających dla wykonawców. Skoro zatem zamawiający w przypadku wykazania więcej niż jednej roboty sumował metraż tunelu, to i w tym przypadku nie było podstaw do odmowy odwołującemu prawa do większej ilości punktów.

Mając to na uwadze Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 51 ust. 2, art. 48 ust. 2 pkt 6 i art. 7 ust. 1 ustawy.

Jednakże Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 a ustawy, gdyż z mocy art. 190 ust. 2 ustawy Izba wydając wyrok bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Stan rzeczy ustalony w toku tegoż postępowania jest taki, że odwołujący jest wykonawcą zakwalifikowany do dalszego udziału w postępowaniu i na skutek odrzucenia przez Izbę odwołania konsorcjum Metrostav w dniu 23 marca 2011r., pozycja odwołującego w rankingu wykonawców nie może już ulec zmianie na dzień wyrokowania, a zatem stwierdzone naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania, ani w tak ustalonym stanie rzeczy nie mogłoby mieć wpływu na wynik postępowania. Ta konstatacja obliguje Izbę do oddalenia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 1 a ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 3 pkt 1 lit a i § 5 ust. 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) uwzględniając koszty zastępstwa prawnego zgłoszone przez zamawiającego, zgodnie ze złożoną przez niego fakturą VAT.

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 Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....