

WYROK
z dnia 18 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant : Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 stycznia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia **GAZOMONTAŻ Spółka akcyjna z siedzibą w Ząbkach, ul. Powstańców 2c i Biuro Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej „Biprowod – Warszawa” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Rydygiera 8** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim, ul. Kępa 19**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Bożena Tchórz prowadząca działalność gospodarczą pod firmą BINSTAL Bożena Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim, ul. Spalska 26/28 i Artur Kozłowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana „BIO-System” z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, ul. Gen. Stefana Grota-Roweckiego 7/1** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 40/12 po stronie zamawiającego

orzeka :

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **GAZOMONTAŻ Spółka akcyjna z siedzibą w Ząbkach, ul. Powstańców 2c i Biuro Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej „Biprowod – Warszawa” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Rydygiera 8** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia **GAZOMONTAŻ Spółka akcyjna z siedzibą w Ząbkach, ul. Powstańców 2c i Biuro Projektów Gospodarki Wodnej i**

Ściekowej „Biprowod – Warszawa” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Rydygiera 8 tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **GAZOMONTAŻ Spółka akcyjna z siedzibą w Ząbkach, ul. Powstańców 2c i Biuro Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej „Biprowod – Warszawa” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Rydygiera 8** na rzecz **Zakładu Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim, ul. Kępa 19** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego,
- 2.3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Bożena Tchórz prowadząca działalność gospodarczą pod firmą BINSTAL Bożena Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim, ul. Spalska 26/28 i Artur Kozłowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana „BIO-System” z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, ul. Gen. Stefana Grota-Roweckiego 7/1** kwoty **20 000 zł. 00 gr.** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) poniesionych z tytułu omyłkowo wniesionego wpisu od zgłoszonego przystąpienia.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na projektowanie i budowę kanalizacji sanitarnej dla zadania 2,3,4 objętych Projektem pt. „Modernizacja oczyszczalni ścieków i skanalizowanie części aglomeracji Tomaszowa Mazowieckiego” zostało wszczęte przez zamawiającego Zakład Gospodarki Wodno- Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim, ul. Kępa 19 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 września 2011r. za numerem 2011/S 171-281227. W dniu 28 grudnia 2011r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty konsorcjum firm: „BINSTAL” Bożena Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim i Firma Budowlana BIO - SYSTEM z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim oraz na wykluczeniu oferty odwołującego się: Konsorcjum Gazomontaż Spółka Akcyjna z siedzibą w Ząbkach ul. Powstańców 2C i Biuro Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej „Biprowod- Warszawa” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie ul. Rydygiera 8 oraz uznaniu tej oferty za odrzuconą.

W dniu 5 stycznia 2012r. odwołujący wniósł odwołanie i zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 200r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) poprzez wadliwy wybór oferty konsorcjum firm: „BINSTAL” Bożena Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim i Firma Budowlana BIO-SYSTEM z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim jako oferty najkorzystniejszej;
2. art. 7 ust. 1 ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i niespektowanie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji poprzez nierówne traktowanie wykonawców;
3. art. 7 ust. 1 oraz art. 90 ust. 3 ustawy, poprzez nieodrzuconie oferty Konsorcjum „BINSTAL” Bożena Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim i Firma Budowlana BIO-SYSTEM z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim wbrew obowiązkowi wynikającemu z powołanych przepisów w związku z udzieleniem przez to Konsorcjum wyjaśnień niepełnych, ogólnikowych, nie rozpraszających wątpliwości leżących u podstaw wezwania, co powinno skutkować odrzuceniem tej oferty oraz poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji w sytuacji odrzucenia oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwa Budowlanego „BUDMONT” Sp. z o.o., „EKO- KOMPLEKS” Jerzy Fidrysiak, Jolanta Budzińska S.J. bez jednoczesnego odrzucenia ww oferty mimo złożenia również ogólnikowych wyjaśnień.
4. art. 24 ust. 2 pkt. 3 i art. 24 ust. 4 ustawy poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego się i uznanie oferty odwołującego się za odrzuconą,

5. art. 26 ust. 4 ustawy poprzez jego niezastosowanie i niezwrócenie się do odwołującego się o złożenie wyjaśnień w związku z wątpliwościami zamawiającego wynikającymi z oświadczenia innego podmiotu.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum firm: „BINSTAL” Bożena Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim i Firma Budowlana BIO- SYSTEM z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim jako podjętej z naruszeniem prawa;
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego się z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w jej wyniku wykluczenia z postępowania konsorcjum firm: „BINSTAL” Bożena Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim i Firma Budowlana BIO-SYSTEM z siedzibą w Tomaszowie Mazowiecki i uznania jego oferty za odrzuconą;
- 4) wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty odwołującego się;
- 5) obciążenia zamawiającego kosztami postępowania wynikającego z wniesionego odwołania.

W uzasadnieniu podał, że

Oferta „BINSTAL” Bożena Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim i Firma Budowlana BIO-SYSTEM z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim otrzymała największą ilość punktów. Oferta odwołującego się została wykluczona, a oferta konsorcjum posiadającego pierwszą cenę została odrzucona ze względu na rażącą niską cenę. W związku z tym, że najkorzystniejsza oferta posiadała trzecią cenę, a oferta odwołującego się - drugą cenę, to gdyby nie wykluczenie, oferta odwołującego się byłaby ofertą najbardziej korzystną. Tym samym, gdyby zamawiający przy swoich czynnościach nie naruszył przepisów ustawy i oraz odrzucił ofertę konsorcjum firm: „BINSTAL” Bożena Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim i Firma Budowlana BIO- SYSTEM z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim ze względu na fakt złożenia przez tego wykonawcę ogólnikowych wyjaśnień odnośnie jego cen (w sytuacji, gdy równie ogólnikowe wyjaśnienia złożone przez konsorcjum posiadające pierwszą cenę, spowodowały odrzucenie tej oferty) i jednocześnie bezpodstawnie nie wykluczył odwołującego się, to oferta odwołującego się byłaby najkorzystniejsza, a tym samym otrzymałby on zamówienie.

Zamawiający, jak wynika z dokumentacji przetargowej zwrócił się m.in. do odwołującego się, jak i do oferenta posiadającego pierwszą i trzecią cenę o złożenie wyjaśnień, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Takie wyjaśnienia złożyły wszystkie podmioty, przy czym odwołujący się dołączył do swoich wyjaśnień dowody wskazujące, że zaoferowana przez niego cena nie zawierała rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie miał zastrzeżeń do wyjaśnień odwołującego się. Wyjaśnienia, ale ogólnikowe, złożyły podmioty posiadające pierwszą oraz trzecią cenę. Z tym, że Zamawiający, zgodnie z zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty, ofertę pierwszego wykonawcy odrzucił, uznając, że ten „Wykonawca nie złożył wyjaśnień w zakresie ceny i jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych.” Natomiast analogiczne

wyjaśnienia złożone przez oferenta - konsorcjum firm: „BINSTAL” Bożena Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim i Firma Budowlana BIO- SYSTEM z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim, którego ofertę ostatecznie zamawiający przyjął za najkorzystniejszą, nie spowodowały uznania przez zamawiającego, że ten wykonawca nie złożył wyjaśnień w zakresie ceny i jego oferta powinna być odrzucona. Takie postępowanie zamawiającego, według odwołującego, stanowi ewidentne naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy. Jedne wyjaśnienia ogólnikowe zostały przez Zamawiającego ocenione negatywnie, inne równie ogólnikowe wyjaśnienia (na dodatek nie poparte żadnymi dowodami) nie spowodowały negatywnej oceny, mimo że cytowane przez zamawiającego przy uzasadnieniu odrzucenia pierwszego oferenta orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej znajdują wprost zastosowanie do wyjaśnień złożonych przez oferenta, którego oferta została wybrana. Tym samym podmiot, który otrzymał zamówienie, nie został potraktowany na równi z innymi wykonawcami.

Odrzucając ofertę pierwszą pod względem ceny, zamawiający wskazywał, że wyjaśnienia te są ogólnikowe. Uzasadniając swoje stanowisko zamawiający wskazał również na wyrok Izby z dnia 25 lipca 2011 sygn. KIO 1459/11 oraz z dnia 14 czerwca 2011 sygn. KIO 1124/11. W wyjaśnieniach konsorcjum wybrane powołało się na:

- 1) oszczędności z braku podwykonawców, uzasadniając to ogólnikowo, że „potencjał firmy odnośnie zasobów sprzętowych i zatrudnionego personelu oraz jego kwalifikacji nie zmusza do zawierania umów z podwykonawcami.” Konsorcjum nie wskazało natomiast, że zawieranie umów z podwykonawcami spowodowałoby wyższą cenę,
- 2) zaplanowaną technologię realizacji zadania, uzasadniając to ogólnikowo m.in. posiadaniem własnego sprzętu,
- 3) doświadczenie i renoma firmy na rynku, uzasadniając to możliwością uzyskania upustów u dostawców i zawartymi umowami (bez przedstawienia na to żadnych dowodów),
- 4) oszczędności z tytułu posiadania dużego potencjału sprzętowo - narzędziowego, uzasadniając to faktem, że własny sprzęt zapewni redukcje kosztów związanych z wynajmem (bez przedstawienia na to żadnych dowodów),
- 5) oszczędności związane z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim.

Tymczasem zgodnie z orzecznictwem dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2011 r. KIO 1568/11. Zamawiający nie odrzucił oferty wybranej wbrew obowiązкови wynikającemu z przepisu art. 90 ust. 3 ustawy (przez co go naruszył), w związku z udzieleniem przez to Konsorcjum „wyjaśnień niepełnych, ogólnikowych, nie rozpraszających wątpliwości leżących u podstaw wezwania, przy jednoczesnym odrzuceniu oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwa Budowlanego „BUDMONT” Sp. z

o.o., „EKO- KOMPLEKS” Jerzy Fidrysiak, Jolanta Budzińska S.J., przez co naruszył dodatkowo przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Prawo nie pozwala żadnego z oferentów traktować w sposób uprzywilejowany. Zamawiający musi stawiać jednakowe wymagania wszystkim oferentom, a Prawo zamówień publicznych nie dopuszcza do zastosowania preferencji podmiotowych, a co zdaniem odwołującego się ma miejsce w odniesieniu do podmiotu posiadającego tę samą siedzibę, co zamawiający. Podniósł, że także on sam został nierówno potraktowany, gdyż jedynie w odniesieniu do niego zamawiający weryfikował podane przez niego informacje u innego zamawiającego - Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Pabianicach. Nie zrobił tego także w odniesieniu do wykonawcy wybranego, mimo że w ofercie tego oferenta (podobnie jak w ofercie odwołującego się) wskazane były w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, inwestycje realizowane m.in. w Pabianicach. Zamawiający wystąpił do Pabianic o potwierdzenie zakresu i czasu trwania określonych inwestycji w odniesieniu do odwołującego się, a takich samych czynności zaniechał w odniesieniu do wybranego Konsorcjum. Nie wiadomo więc na jakiej podstawie dokonał weryfikacji informacji udzielonych przez wybrane Konsorcjum.

Zdaniem odwołującego się, zamawiający bezpodstawnie wykluczył odwołującego się z postępowania, przez co naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Wykluczenia dokonał w związku oświadczeniem Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Pabianicach, uznając, że odwołujący się złożył nieprawdziwe informacje. Stanowisko zamawiającego jest błędne.

Powołując się na pismo Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Pabianicach z dnia 16.11.2011 r., zamawiający przytoczył, że „Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Warzywna 3, 95-200 Pabianice: (...)

- poinformował, że Pan Maciej C. nie pełnił funkcji kierownika robót drogowych (...), wskazując inną osobę, która pełniła tę funkcję (zgodnie z załączonym „Wykazem osób przewidzianych do realizacji zamówienia” (...),
- poinformował, że w posiadanym życiorysie (...) przy inwestycji pn. Budowa drogi dojazdowej do lotniska im. Reymonta” występuje on jako Lider Kontraktu/Kierownik budowy, a przy realizacji inwestycji pn. „Budowa ciągu pieszo - rowerowego w drodze krajowej nr 1” wpisano funkcje Przedstawiciel Wykonawcy/Lider Konsorcjum/Kierownik budowy.
- poinformował, że Przedstawicielem Wykonawcy (zgodnie z załączonym „Wykazem osób przewidzianych do realizacji zamówienia” (...), była (...) inna osoba niż Pan Piotr K., który w załączonym „Wykazie osób upoważnionych do kontaktów podczas realizacji zadania ” (...) figurował jako członek zarządu Gazomontaż S.A. na stanowisku Dyrektora ds. Przygotowania i Nadzory Produkcji.”.

Wyżej wskazane informacje są, zdaniem odwołującego, nieprecyzyjne i nie świadczą bynajmniej o tym, że odwołujący się złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Z życiorysu zawodowego Pana C. wynika, że doświadczenie zawodowe w zakresie kierowania robotami drogowymi znacznie przekracza okres czasu, jaki zamawiający określił w SIWZ. (W

załączeniu życiorys zawodowy Pana Macieja C.).

Należy zauważyć, że Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. , udzielając odpowiedzi na pismo Zamawiającego złożył swoje oświadczenie dotyczące Pana Macieja C. w oparciu o „Wykaz osób przewidzianych do realizacji zamówienia”, czyli dokument składany przy ofercie, co nie jest równoznaczne z tym, że wskazana w nim osoba realizowała dane zamówienie oraz nie jest równoznaczne z tym, że Pan Maciej C. nie realizował tego zamówienia. Na etapie składania Wniosku o akceptację podwykonawcy do Zamawiającego tj. do Zakładu Wodociągów i Kanalizacji w Pabianicach (w załączeniu) w załączniku dot. personelu, jest wykazany m.in. Maciej C. jako kierownik robót drogowych, który był zatrudniony w firmie Lambdar Sp. z o.o. jako podwykonawcy odwołującego się.

Na potwierdzenie, że kierownikiem robót drogowych był Pan Maciej C. załączamy przykładowe dokumenty z realizacji zadania w Pabianicach:

- 1) życiorys zawodowy Pana Macieja C.,
- 2) Wniosek o akceptacją podwykonawcy „Lambdar” Przedsiębiorstwo Drogowe ul.Dostawcza 6, 93-231 Łódź wraz z załącznikiem dot. personelu,
- 3) Notatka służbowa ze spotkania z dnia 2 września 2008r. + protokół ze spotkania poz. 7 Maciej C. + lista obecności poz. 4. Maciej C.
- 4) Notatka służbowa ze spotkania z dnia 2 września 2008r + protokół ze spotkania poz. 7. Maciej C. + lista obecności poz.4. Maciej C.
- 5) Notatka ze spotkania w dniu 19.09.2008 z udziałem Macieja C.
- 6) Protokół odbioru końcowego odcinka robót podpisany m.in. przez Macieja C.

Wniósł o dopuszczenie powyższych dokumentów jako dowodów, iż nie złożył w ofercie nieprawdziwych informacji.

Wyjaśnił, że pełnienie przez Pana Macieja C. funkcji Kierownika budów dotyczących: budowy drogi dojazdowej do lotniska oraz budowy ciągu pieszo - rowerowego w drodze krajowej, czyli kierownika budów, których przedmiotem są roboty drogowe, spełnia warunek pełnienia przez niego funkcji kierownika robót drogowych. W związku z tym wskazanie w życiorysie przy tych budowach funkcji m.in. Kierownika budowy nie uprawnia do wnioskowania, że odwołujący się podając, że w odniesieniu do tych budów Pan Maciej C. pełnił funkcję kierownika robót drogowych, złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Zdaniem odwołującego się zamawiający bezpodstawnie uznał także, że odwołujący się złożył nieprawdziwe informacje dotyczące Pana Piotra K. Faktem jest, że przedstawicielem wykonawcy w rozumieniu FIDIC na kontrakcie w Pabianicach była inna osoba, ale nie zmienia to faktu, że pan Piotr K. również był Przedstawicielem Wykonawcy, co potwierdza chociażby dołączony do pisma Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. Wykaz osób upoważnionych do kontaktów podczas realizacji zadania (....). Dodatkowymi dokumentami potwierdzającymi, że Pan Piotr K. pełnił taką funkcję są m.in.:

- 1) Wykaz osób upoważnionych do kontaktów podczas realizacji zadania pn. "Budowa kanalizacji sanitarnej i deszczowej w Pabianicach"
- 2) Notatka służbowa ze spotkania z dnia 28.08.2007r w siedzibie Inżyniera Kontraktu dot. budowy pn./"Modernizacja i rozbudowa miejskiego systemu kanalizacji sanitarnej w Pabianicach" wraz z listą obecności osób uczestniczących w spotkaniu, jednym z uczestników spotkania ze strony Wykonawcy był Pan Piotr K.
- 3) Pismo Pana Piotra K. ze strony Wykonawcy do Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. dot. wyjaśnień do dokumentacji technicznej, z dn. 2007-09-05

Również powyższe dokumenty odwołujący powołał jako dowody na okoliczność wykazania faktu, że nie złożył w ofercie nieprawdziwych informacji.

Dla odwołującego się Pan Piotr K. pełnił funkcję przedstawiciela wykonawcy w rozumieniu SIWZ (dotyczącym postępowania przetargowego na zadanie pn. projektowanie i budowę kanalizacji sanitarnej dla zadania 2,3,4 objętych Projektem pt. „Modernizacja oczyszczalni ścieków i skanalizowanie części aglomeracji Tomaszowa Mazowieckiego), gdyż zarządzał kontraktem, czyli podejmował wszelkie czynności związane z zarządzaniem kontraktem na roboty budowlane. Zakres uprawnień do zarządzania m.in. kontraktem w Pabianicach wynikał zarówno ze wskazania go jako osoby upoważnionej do kontaktów na poziomie Zarządu Spółki, jak i z zakresu obowiązków zajmowanego stanowiska. Nadmienić tu należy, że nieprawdziwe jest uznanie przez Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., że Pan Piotr K. figurował w „Wykazie osób upoważnionych do kontaktów podczas realizacji zadania" jako członek Zarządu, gdyż nigdy nie był członkiem zarządu, podobnie jak i inne osoby wskazane w wykazie do kontaktów na poziomie Zarządu (co potwierdza odpis pełny z Krajowego Rejestru Sądowego Spółki Gazomontaż S.A.). Natomiast wskazanie jego na poziomie Zarządu (a nie na poziomie budowy) jako osoby do kontaktów podczas realizacji zadania dodatkowo potwierdza, że zajmował się on zarządzaniem tym kontraktem. Kolejnym potwierdzeniem pełnienia jest Pana Piotra K. funkcji Przedstawiciela Wykonawcy w rozumieniu SIWZ jest karta uprawnień i obowiązków pracownika. Także te dokumenty odwołujący powołał jako dowody w wyżej określonym zakresie. Stwierdził, że w świetle załączonych dowodów, wykazał, iż nie złożył informacji nieprawdziwych w swojej ofercie, a zamawiający bezpodstawnie go wykluczył nie stosując uprzednio procedury wyjaśnień z art. 26 ust. 4 ustawy. W tym zakresie odwołujący przywołał wyrok Izby z dnia 29 września 2011 r., sygn. KIO 1998/11, KIO 2029/11 i wyrok Izby z dnia 24 sierpnia 2011 r. KIO 1766/11 oraz wyrok Izby z dnia 27 czerwca 2011 r., KIO 1247/11. W przedmiotowej sprawie nie dość, że zamawiający dokonał wykluczenia oferty odwołującego się jedynie na podstawie informacji wynikających z nie wymagalnego przez zamawiającego dokumentu (oświadczenia podmiotu trzeciego) i subiektywnego wyobrażenia zamawiającego o złożeniu nieprawdziwych informacji (a nie ustalenia tego faktu w sposób nie budzący wątpliwości), to nie wykazał, że dokonał jakiegokolwiek ustalenia, że ten fakt może lub ma wpływ na wynik postępowania, jak również nie umożliwił wykonawcy uprzedniej możliwości wyjaśnienia

sprzeczności między dokumentami. Od razu natomiast przyjął, że w związku z istnieniem sprzeczności, złożone oświadczenia odwołującego się zawierają nieprawdziwe informacje. Wskazał na wyrok Izby z dnia 19 maja 2011 r., KIO 954/11 i wyrok Izby z dnia 28 marca 2011 r. KIO 595/11). Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu lidera konsorcjum upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji lidera, zgodnie z odpisem z KRS lidera konsorcjum działającego w imieniu własnym oraz partnera konsorcjum w opraciu o umowę konsorcjum z dnia 5 października 2011r. i pełnomocnictwo z dnia 4 stycznia 2012r. udzielone przez partnera i podpisane przez prezesa zarządu partnera konsorcjum upoważnionego, zgodnie z odpisem z KRS partnera do jego samodzielnej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 5 stycznia 2012. faksem.

W dniu 9 stycznia 2012r. faksem zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12 stycznia 2012r. zgłosili swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Bożena Tchórz prowadząca działalność gospodarczą pod firmą BINSTAL Bożena Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim, ul. Spalska 26/28 i Artur Kozłowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana „BIO-System” z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, ul. Gen. Stefana Grota-Roweckiego 7/1. Wskazali, że posiadają interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż zostali wybrani do realizacji zamówienia, a uwzględnienie odwołania pozbawiłoby ich możliwości uzyskania zamówienia. Wnieśli o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Zgłoszenie zostało podpisane przez właściciela firmy BINSTAL Bożena Tchórz działającego w imieniu własnym (zgodnie z wypisem z ewidencji działalności gospodarczej, załączonym do zgłoszenia) oraz jako pełnomocnik partnera, na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 stycznia 2012r. udzielonego przez właściciela firmy partnera (zgodnie z wypisem z ewidencji działalności gospodarczej, załączonym do zgłoszenia). Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 12 stycznia 2012r., na dowód czego załączono wydruki transmisji faksowej.

W dniu 16 stycznia 2012r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego i zasądzenie kosztów według rachunków/faktur i zestawienia przedłożonego na rozprawie. Podniósł, że odwołujący nie zakwestionował podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a jedynie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, a zatem według zamawiającego uprawomocniło się wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a zatem odwołujący nie ma interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, a odwołanie powinno być oddalone. W zakresie wykluczenia odwołującego, to obie powołane przez zamawiającego podstawy prawne wykluczenia dotyczyły osób wskazanych do realizacji zamówienia na stanowisku Przedstawiciela Wykonawcy i Kierownika Robót Drogowych. W trakcie oceny ofert zamawiający powziął wiedzę o złożeniu nieprawdziwych informacji w zakresie wymaganego doświadczenia Piotra K. i Macieja C.,

wskazanych na powyższe stanowiska. Udowodnienie tej wiedzy nastąpiło przez zwrócenie się do inwestora ZWIK Pabianice, u którego wskazane osoby miały nabyć doświadczenie. Pisemna informacja uzyskana od Prezesa Zarządu ZWIK Pabianice z 16 grudnia 2011r. potwierdziła złożenie przez odwołującego nieprawdziwych informacji. Przedstawicielem Wykonawcy w ZWIK Pabianice przez cały okres realizacji był Ryszard N., a Kierownikiem Robót Drogowych Michał B. Pan K. był w ramach tej inwestycji wskazany w tabeli zatytułowanej Zarząd Spółki, a nie w tabeli Budowa, ani w wersji Przedstawiciel Wykonawcy, Pan C. był zgłaszany w dniu 11 lipca 2007r. na stanowisko Kierownika Robót Drogowych, ale nie został zaakceptowany i odwołujący wycofał go pismem z dnia 22 lipca 2007r., a w wykazie osób z dnia 27 sierpnia 2007r. jako kierownika robót drogowych wskazano Michała B. Dowody przedłożone przez odwołującego nie potwierdzają zasadności tez odwołującego, a w ocenie zamawiającego wręcz potwierdzają prawidłowość podjętej przez zamawiającego decyzji, gdyż odwołujący w załączniku nr 5 oświadczył, że Pan C. był kierownikiem robót drogowych od maja 2007r., podczas, gdy wniosek o akceptację podwykonawcy Lambdar złożono w dniu 21 sierpnia 2007r., a w protokole z 2 września 2008r. Pan C. wskazany jest jako podwykonawca robót. Podobnie dowody dotyczące Pana K., w każdym z nich jako Przedstawiciel wykonawcy wskazany jest Ryszard N., a to, że Pan K. uczestniczył w spotkaniach nie powoduje, że pełnił funkcję Przedstawiciela Wykonawcy, Kierownika Zespołu, Kierownika Projektu lub stanowiska równoważnego. Wskazał, że pojęcie kierowników robót jest pojęciem definiowanym, w art. 17 i następnym ustawy prawi budowlane oraz z § 6 ust. 2 i 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia wynika, że fakt sprawowania takiej funkcji podlega ujawnieniu w dzienniku budowy. Zamawiający celowo użył zdefiniowanego pojęcia kierownik robót, a odwołujący próbuje wywołać przekonanie, że Pan C. był kierownikiem robót drogowych podczas, gdy w rzeczywistości nim nie był. W zakresie naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy zamawiający podniósł, że nie miał on zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym, gdyż zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, co do złożenia przez odwołującego nieprawdziwych oświadczeń. Ustawa nie przewiduje stosowania art. 26 ust. 4 ustawy do dokumentów lub oświadczeń w sytuacji, gdy ich treść jest jednoznaczna i nieprawdziwa. Powołane przez odwołującego orzecznictwo Izby dotyczy wyjaśniania ofert w innych niż zaistniały w przedmiotowej sprawie stanie faktycznym. Natomiast prawidłowość czynność zamawiającego potwierdzają, w ocenie zamawiającego, następujące orzeczenia : z dnia 12 października 2011r. sygn. akt KIO 2079/11, z dnia 7 października 2011r. sygn. akt KIO 2088/11, z dnia 2 czerwca 2011r. sygn. akt KIO 1088/11, z dnia 6 maja 2011r. sygn. akt KIO 869/11, z dnia 4 lutego 2011r. sygn. akt KIO 137/11, z dnia 28 września 2010r. sygn. akt KIO/UZP 1966/10, KIO/UZP1981/10, z dnia 18 sierpnia 2010r. sygn. akt 1687/10z dnia 13 sierpnia 2010r. sygn. akt KIO/UZP 1616/10 i z 2 marca 2010r. sygn. akt KIO/UZP 115/10. W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia przystępującego zamawiający wskazał, że zarzuty te skierowane są przeciwko ofercie droższej od oferty

odwołującego i nie mają związku z wykluczeniem odwołującego, a zatem odwołujący nie ma interesu w ich podnoszeniu, gdyż ich uwzględnienie lub brak uwzględnienia nie ma na sytuację odwołującego. Jednakże w ocenie zamawiającego, zarzuty, które podniósł odwołujący w stosunku do przystępującego są uzasadnione, ale w odniesieniu do wyjaśnień odwołującego. Zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego na tej podstawie, gdyż w pierwszej kolejności odwołującego wykluczył. Zamawiający w ujęciu tabelarycznym przepisał wyjaśnienia odwołującego i wyjaśnienia Konsorcjum Budomont i stwierdził, że oba wyjaśnienia prezentują ten sam poziom ogólników, nie wskazano techniki wykonania, ani lokalizacji bazy. Natomiast oferta przystępującego przykładowo wskazywała technologie wykonania przekładającą się na koszty, producentów z którymi współpracuje i konkretne miejsce usytuowania siedziby w miejscowości realizacji zamówienia

W dniu 16 stycznia 2012r. przystępujący złożył swoje stanowisko w sprawie i wskazał, że postępowanie dotyczy inwestycji zaprojektuj i wybuduj, a więc koszty określone przez każdego z wykonawców mają charakter ogólny. Zarzuty odwołującego nie odwołują się do przedmiotu zamówienia. Odwołujący stawia zarzuty w oderwaniu od własnych wyjaśnień, których udzielił, a przecież używania argumentacji tożsamej z argumentację przystępującego i takiego samego stopnia szczegółowości, a zatem jeśli uznaje własne wyjaśnienia za wystarczające, to również wyjaśnienia przystępującego należy za takie uznać. Ponadto przystępujący uszczegółowił, że wskazane w jego wyjaśnieniach argumenty jak brak podwykonawców daje obniżenie ceny o około 5%, zastosowania technologia przewiertu sterowanego i zminimalizowania zajęcia pasa drogowego, własny sprzęt do przewiertów i robót ziemnych daje możliwość obniżenia ceny o około 15%, również lokalizacja bazy w miejscu realizacji inwestycji daje możliwość obniżenia ceny o około 7%. Zatem w ocenie przystępującego powołane przez niego wyjaśnienia nie są lakoniczne i odnoszą się do całkowitej ceny oferty (ryczałtowej) ustalonej z należytą starannością. Przystępujący podniósł, że zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień z uwzględnieniem zasad ogólnej oceny dowodów tj. aktualnego stanu wiedzy, zasad doświadczenia życiowego i poprawnego rozumowania. Na poparcie swego stanowiska przystępujący powołał wyrok Izby sygn. akt KIO 2579/11. Ponadto oferta przystępującego była droższa od oferty odwołującego, pomimo tego, że przystępujący posiada niższe koszty podstawowe i początkowe związane z lokalizacją bazy. Skoro zatem złożył ofertę droższą to oznacza, że kalkulacja przystępującego była rzetelna staranna i zakładała zysk. Powołał wyrok SO w Katowicach z 30 stycznia 2007 sygn. akt XIX Ga 3/07 oraz wyroki Izby z dnia 2 sierpnia 2010r. sygn. akt KIO 1515/10 i z 23 grudnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1443/18. Ceny odwołującego i przystępującego są zbliżone do siebie i odzwierciedlając ceny rynkowe. Zarzut odwołującego, w sytuacji, gdy złożył on tańszą ofertę zawiera wewnętrzną sprzeczność i nie może być uznany za nielogiczny. Zarzuty są gołosłowne i nie poparte dowodami, a na odwołującym ciążył obowiązek dowodowy z mocy art. 6 kc w związku z art. 14 ustawy. Przystępujący powołał rozdział 25 IDW, zgodnie z którym ryzyko i odpowiedzialność za błędną kalkulację wartości ponosi

wykonawca. W zakresie zarzutów naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, to zamawiający wskazał przesłanki faktyczne uzasadniające stanowisko, że odwołujący złożył nieprawdziwe informacje prezentujące stan inny niż w rzeczywistości. Powołał wyrok KIO z dnia 26.01.2011r. sygn. akt KIO 95/2011, sygn. akt KIO 2253/11, sygn. akt KIO 2626/10 i stwierdził, że nieprawdziwa informacja, która została podana w celu wykazania przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu jest zawsze traktowana jako sytuacja mająca potencjalny wpływ na wynik postępowania. W ocenie przystępującego informacje nieprawdziwe polegały na przypisaniu panu C. i K. innych funkcji na kontraktach realizowanych przez odwołującego na rzecz ZWIK Pabianice niż pełnili w rzeczywistości. Pan C. nie był kierownikiem robót drogowych, ale jednym z pracowników podwykonawcy, co potwierdzają dokumenty złożone przez odwołującego. Funkcje kierownika budowy i kierowników robót jako samodzielne funkcje w budownictwie określa ustawa prawo budowlane i w tym zakresie należy interpretować funkcję, uprawnienia i obowiązki kierownika robót drogowych, zatem odwołujący zdawał sobie sprawę, że funkcję kierownika robót pełniła inna osoba, a mimo to oświadczył, że pan C. był kierownikiem robót drogowych. To samo dotyczy Pana K., z przedstawionych przez odwołującego dowodów wynika, że przedstawicielem wykonawcy był Ryszard N. Przedstawiciel wykonawcy w warunkach kontraktowych Fidic jest jednoznacznie określony, a fakt pełnienia funkcji w strukturze organizacyjnej odwołującego nie przesadza, że Pan K. rzeczywiście zarządzał tym konkretnym kontraktem w imieniu odwołującego. Takim wiarygodnym dowodem nie może być zakres obowiązków, bo nie jest on związku z kontraktem, na który odwołujący się powołuje. W ocenie przystępującego, odwołujący nie udowodnił, że wskazane przez niego osoby rzeczywiście pełniły przypisane im funkcje. Wskazał, że zamawiający nie był zobowiązany do zastosowania procedury wyjaśnień, gdyż zamawiający w oparciu o wiarygodne informacje i dowody ustalił, że odwołujący złożył nieprawdziwe informacje. Powołał się na wyrok z dnia 26 stycznia 2011r. sygn. akt KIO 93/11. ZWIK w Pabianicach pełni funkcję Inżyniera Kontraktu dla przedmiotu zamówienia, a zatem zamawiający ma doskonałe rozeznanie w zakresie postępowań prowadzonych przez ten podmiot i może zweryfikować informacje wykonawców, dlatego nie było potrzeby występowania o weryfikację danych przystępującego, gdyż odzwierciedlały one stan faktyczny znany zamawiającemu. Procedura z art. 26 ust. 3 lub 4 nie może być wdrożona w celu zastąpienia informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi – wyrok Izby z dnia 22 grudnia 2010r. sygn. akt KIO 2656/10. Wskazał także, iż w świetle orzecznictwa dla oceny złożenia informacji nieprawdziwych nie ma znaczenia czy wykonawca działał w sposób zawiniony – wyrok Izby z dnia 6 sierpnia 2010r. sygn. akt KIO 1550/10, wyrok z dnia 4 stycznia 2011r. sygn. akt 2731/10, 2732/10, czy z dnia 25 czerwca 2010r. sygn. akt KIO 1178/10.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz w zakresie odnoszącym się do przedmiotu sporu, informacji z otwarcia ofert, ofert wykonawcy wybranego,

odwołującego i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Przedsiębiorstwa Budowlanego „Budomont” sp. z o.o. z siedzibą w Łańcucie, ul. Polna 3a i „EKO-Kompleks” Jerzy Fidrysiak, Jolanta Budzińska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna z siedzibą w Rzgowie, ul. Guzewska 14 – dalej Konsorcjum Budomont, wezwań do wyjaśnienia elementów kalkulacyjnych tych ofert mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnień elementów ofert tych wykonawców, wezwań do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy wobec odwołującego i wykonawcy wybranego, pisma do ZWIK Pabianice, odpowiedzi ze ZWIK Pabianice, informacji o wyniku postępowania, dowodów załączonych przez odwołującego do odwołania, dowody zgłoszone przez zamawiającego na rozprawie.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje :

W sekcji III.2.3).3. ogłoszenia o zamówieniu publicznym - Ocena spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia zamawiający wskazał, iż ocena spełniania warunku potencjału kadrowego nastąpi na podstawie załączonego przez Wykonawcę wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Nie wykazanie potwierdzenia spełnienia tego warunku spowoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania po wyczerpaniu czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu lub osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia W przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia przez dwóch lub więcej Wykonawców, o którym mowa w art. 23 ust. 1 ustawy pzp, oceniany będzie ich łączny potencjał techniczny i kadrowy a wykaz osób może być złożony przez każdego z Wykonawców składających ofertę wspólną (jedynie w sytuacji jeśli każdy z nich spełnia wszystkie warunki samodzielnie), albo może być złożony wspólnie (lecz w takim wypadku wykaz osób musi być złożony i podpisany przez pełnomocnika lub przez osoby reprezentujące wszystkich Wykonawców). W przypadku przedstawienia przez Wykonawców dokumentów, w których będą waluty inne niż PLN będą one podlegały przeliczeniu na PLN (w celu potwierdzenia spełniania warunków) według średniego kursu NBP z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

3. Zamawiający miał dokonać ustalenia czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, jeżeli Wykonawca wskaże do uczestniczenia w wykonaniu niniejszego zamówienia następujące osoby odpowiedzialne za kierowanie robotami wraz z informacjami nt. ich kwalifikacji zawodowych,

doświadczenia i wykształcenia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami: Zamawiający nie dopuścił pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy i Kierownika Budowy przez jedną osobę.

Ekspert 1 – Przedstawiciel Wykonawcy – posiadający:

wyższe wykształcenie, co najmniej 3 lata doświadczenia w zarządzaniu kontraktami na stanowisku Przedstawiciel Wykonawcy, Kierownik Zespołu, Kierownik Projektu lub stanowisku równoważnym, doświadczenie w zarządzaniu kontraktem na stanowisku Przedstawiciel Wykonawcy, Kierownik Zespołu, Kierownik Projektu lub stanowisku równoważnym dla co najmniej jednej zakończonej inwestycji obejmującej minimum 15 km kanalizacji sanitarnej wraz z przepompownią – tłocznia ścieków wraz z odtworzeniem nawierzchni drogowej. Doświadczenie w realizacji Kontraktu w FIDIC lub procedur równoważnych. Przez zarządzanie kontraktem na potrzeby niniejszego warunku Zamawiający rozumie wszelkie czynności związane z zarządzaniem kontraktami na roboty budowlane w imieniu Wykonawcy tych robót budowlanych. Lata doświadczenia w zarządzaniu kontraktem rozumie się również, jako sumę okresów.

Ekspert 8 – Kierownik robót drogowych – posiadający:

co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego w kierowaniu robotami drogowymi, uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności drogowej, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa.

Analogiczne postanowienia znalazły się w rozdziale 9.1.1.3 lit. b siwz. Dodatkowo zamawiający wskazał, że w stosunku do wymienionych wyżej osób:

A. Uprawnienia, o których mowa powyżej powinny być zgodne z ustawą z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006, nr 156, poz.1118 ze zm. oraz Rozporządzeniem Min. Transportu i Budownictwa z 28.04.2006 r w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U.2006 r Nr 83 poz 578 z póź. zmianami)

B. Zamawiający dopuścił uprawnienia równoważne – dla osoby, która posiada uzyskane przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane, uprawnienia lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie i zachowała uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie.

C. W przypadku wykonawców zagranicznych, Zamawiający dopuścił równoważne kwalifikacje, zdobyte w innych państwach, na zasadach określonych w art.12a ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane, z uwzględnieniem postanowień ustawy z dnia 18 marca 2008r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. 2008, nr 63, poz. 394 ze zm.).

Wszystkie osoby wskazane do wykonania niniejszego zamówienia muszą posługiwać się językiem polskim lub dysponować na stałe tłumaczem języka polskiego.

Z chwilą podpisania Kontraktu Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć zaświadczenia o przynależności do właściwych izb samorządu zawodowego dla ekspertów, w stosunku, do których wymóg ma zastosowanie.

Ocena spełniania w/w warunków nastąpi na podstawie załączonego przez Wykonawcę wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, odpowiedzialnych za kierowanie robotami wraz z informacjami nt. ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami oraz oświadczenia o posiadaniu przez te osoby wymaganych uprawnień. W tym celu Wykonawcy winni wypełnić i przedłożyć załączniki nr 5 i 6 do niniejszej IDW. Nie wykazanie potwierdzenia spełnienia tego warunku spowoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania po wyczerpaniu czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów.

W przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia przez dwóch lub więcej Wykonawców, o którym mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp, oceniany będzie ich łączny potencjał techniczny i kadrowy a wykaz osób może być złożony przez każdego z Wykonawców składających ofertę wspólną (jedynie w sytuacji jeśli każdy z nich spełnia wszystkie warunki samodzielnie), albo może być złożony wspólnie (lecz w takim wypadku wykaz osób musi być złożony i podpisany przez pełnomocnika lub przez osoby reprezentujące wszystkich Wykonawców).

W rozdziale 27 siwz zamawiający zawarł postanowienia odnoszące się do oferty z rażąco niską ceną i postanowił, że w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwróci się pisemnie do Wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, weźmie pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy, oryginalność projektu Wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zamawiający podał, że odrzuci ofertę:

- (a) Wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień; lub
- (b) jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W załącznik nr 5 do siwz należało wskazać następujące dane: imię i nazwisko, nazwa, zakres wykonywanych czynności, kwalifikacje, wykształcenie, lata doświadczenia, nazwa inwestycji, zakres usług /nadzorowanych robót, pełniona funkcja, podstawa do dysponowania daną osobą (przykładowo umowa o pracę, zlecenia, etc.). Wskazano, że jeżeli wykonawca polega na osobach zdolnych do wykonania niniejszego zamówienia innych podmiotów, zobowiązany jest w takiej sytuacji udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował takimi osobami, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji

niezbędnych osób zdolnych do wykonania zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonaniu niniejszego zamówienia.

W załączniku nr 6 do siwz wykonawcy mieli złożyć oświadczenie, że ekspert... Pan/Pani który(a) będzie uczestniczyć w wykonaniu niniejszego zamówienia posiada wymagane uprawnienia w zakresie zgodnie z.....(y):

W warunkach kontraktu Tom II zawarto następujące zmiany klauzul FIDIC dotyczące spornego zakresu postanowień siwz :

4.3 Przedstawiciel Wykonawcy

W niniejszej klauzuli 4.3 wprowadza się następujące zmiany: Zdanie pierwsze i drugie skreśla się i zastępuje następująco: „Przedstawiciel Wykonawcy jest wskazany przez Wykonawcę w ofercie” Akapit trzeci skreśla się i zastępuje następująco: Zmiana Przedstawiciela Wykonawcy stanowi Zmianę do Kontraktu. Na końcu ostatniego zdania niniejszej klauzuli 4.3 po słowach „dla komunikowania się” dodaje się słowa: ”lub Wykonawca udostępni wystarczającą liczbę kompetentnych tłumaczy na Terenie Budowy we wszystkich godzinach pracy i w wymiarze koniecznym do właściwej realizacji kontraktu””. oraz dodaje się zapisy: Wykonawca zobowiązany jest zapewnić wykonanie i kierowanie robotami specjalistycznymi objętymi umową przez Kluczowych Specjalistów – osoby wskazane w ofercie Wykonawcy, posiadające stosowne kwalifikacje zawodowe i uprawnienia wymagane przepisami obowiązującego prawa.

Zmiana osób, o których mowa w ustępie poprzednim w trakcie realizacji Kontraktu, musi być uzasadniona przez Wykonawcę na piśmie i wymaga pisemnego zaakceptowania przez Zamawiającego. Zamawiający zaakceptuje taką zmianę w terminie 7 dni od daty przedłożenia propozycji i wyłącznie wtedy, gdy kwalifikacje i doświadczenie wskazanej osoby będą takie same lub wyższe od kwalifikacji i doświadczenia osoby wymaganego postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Wykonawca musi przedłożyć Zamawiającemu propozycję zmiany, o której mowa powyżej nie później niż do 7 dni przed planowanym skierowaniem do kierowania budową/robotami innej osoby. Jakakolwiek przerwa w realizacji przedmiotu umowy wynikająca z braku kierownictwa budowy/robót będzie traktowana, jako przerwa wynikła z przyczyn zależnych od Wykonawcy i nie może stanowić podstawy do zmiany terminu zakończenia robót.

Zmiana osoby w przypadku sytuacji losowych jak śmierć, nagła choroba lub inne obiektywnie nieprzewidywalne zdarzenie, nie wymaga uprzedniej zgody Zamawiającego z zastrzeżeniem, iż Zamawiający będzie miał prawo zakwestionowania zmiany i nie wyrażenia zgody na zmianę w terminie 7 dni od daty jej dokonania. Do zmian opisanych w zdaniu poprzedzającym znajdują zastosowanie postanowienia dotyczące kwalifikacji osoby zastępującej.

Zaakceptowana przez Zamawiającego zmiana osoby, powinna być potwierdzona wpisem do dziennika budowy i nie wymaga aneksu do niniejszej umowy.”

6.8. Kadra Wykonawcy

Wykonawca zapewni, że robotami będą kierowały osoby posiadające uprawnienia wymagane przez polskie Prawo Budowlane dla poszczególnych branż i jeżeli wymagane, ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej.

Niezapewnienie przez Wykonawcę Kierownictwa Wykonawcy daje prawo Inżynierowi do wstrzymania robót w całości lub części. Jakakolwiek przerwa w realizacji Robót wynikająca z braku Kierownictwa Wykonawcy będzie traktowana, jako przerwa wynikła z przyczyn zależnych od Wykonawcy i nie może stanowić podstawy do zmiany Czasu na Ukończenie Robót. Wykonawca skieruje do kierowania Robotami personel wskazany w Ofercie Wykonawcy. Jeżeli wystąpią ku temu uzasadnione przyczyny, to Wykonawca wystąpi na piśmie do Zamawiającego o zmianę, w trakcie realizacji niniejszego Kontraktu, którejkolwiek z osób z Kierownictwa Wykonawcy. Wniosek musi być uzasadniony przez Wykonawcę na piśmie i wymaga pisemnego zaakceptowania przez Inżyniera.

Wykonawca musi przedłożyć Inżynierowi propozycję zmiany, o której mowa wyżej, nie później niż 7 dni przed planowanym skierowaniem do kierowania Robotami którejkolwiek osoby. Odmowa akceptacji zmiany przez Inżyniera nie będzie wydana bez rozsądnego uzasadnienia.

Zmiana Kadry Wykonawcy może nastąpić jedynie poprzez Zmianę do Kontraktu, zgodnie z klauzulą 13

6.9 Personel Wykonawcy

Jako drugie zdanie niniejszej klauzuli 6.9 dodaje się:

Personel Wykonawcy składać się będzie z osób posiadających uprawnienia do wykonywania zadań w ramach Kontraktu, o ile będą wymagane polskim Prawem Budowlanym lub innymi ustawami. W razie potrzeby Wykonawca zapewni wystarczającą liczbę kompetentnych tłumaczy na Terenie Budowy we wszystkich godzinach pracy i wymiarze koniecznym do właściwej realizacji kontraktu.

W wyjaśnieniach z 26 września 2011r. w odpowiedzi na pytanie nr 16 o treści „Wnioskujemy o zmiany zapisów dot. Wymagań dla Eksperta 1 – Przedstawiciela Wykonawcy. Postawione wymagania odnośnie zakończonej inwestycji obejmującej min. 15 km kanalizacji sanitarnej z przepompownią-tłocznią ścieków powoduje, iż pod uwagę może być brane jedynie kilka osób w Polsce. Pragniemy zwrócić uwagę, iż technologie realizacji robót związanych z budową kanalizacją deszczowej czy też sanitarnej jest identyczna i ograniczanie jedynie do kanalizacji sanitarnej nie ma podstaw merytorycznych. Analogicznie dotyczy to budowy przepompowni i tłoczni ścieków. Nie bez znaczenia jest również fakt, iż technologia robót, długość kanalizacji i fakt czy budowana była tłocznia czy pompownia ścieków ma drugorzędne znaczenie dla osoby, która nie uczestniczy bezpośrednio w pracach na budowie a jej zadaniem jest działanie w imieniu Wykonawcy w zakresie Kontraktu – zgodnie z Klauzulą 4.3. Warunków Kontraktu. Wobec powyższego wnosimy o zmianę zapisów dot. Eksperta 1 – Przedstawiciela Wykonawcy na umożliwiające spełnienie ich przez osoby, które posiadają doświadczenie w realizacji Kontraktów w oparciu o procedury FIDIC lub równoważne w zakresie gospodarki wodno-ściekowej, z możliwością potwierdzenia spełnienia

warunku przez więcej niż 1 zadanie”, zamawiający odpowiedział, że podtrzymuje w tym zakresie zapisy SIWZ.

W wyjaśnieniach z dnia 30 września 2011r. w odpowiedzi na pytanie nr 3 o treści „Czy zamawiający uzna następujące doświadczenie Przedstawiciela Wykonawcy:- Doświadczenie w zarządzaniu kontraktem na stanowisku Przedstawiciel Wykonawcy na więcej niż jednej zakończonej inwestycji gdzie łącznie wykonano minimum 15 km kanalizacji sanitarnej wraz z przepompownią-tłoczną ścieków wraz z odtworzeniem nawierzchni drogowej. Doświadczenie w realizacji Kontraktu FIDIC lub procedur równoważnych”, zamawiający odpowiedział, że ocena spełnienia warunku nastąpi na podstawie złożonych ofert.

W wyjaśnieniach z dnia 7 października 2011r. na pytanie nr 42 o treści „Czy doświadczenie zawodowe np. kierownika robót drogowych będzie akceptowalne jeżeli osoba ta uczestniczyła, pełniła wyżej wymienioną funkcję na inwestycjach nie związanych z inżynierią środowiska?”, zamawiający odpowiedział, że wymagane doświadczenie zawodowe ekspertów, w tym eksperta 8 - Kierownika robót drogowych zostały podane w pkt. 9.1.1. 3) b) Instrukcji dla Wykonawców.

W dniu otwarcia ofert zamawiający podał, że odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 18 252 462,00zł. brutto (zgodnie ze stroną 4 oferty), przystępujący za cenę 18 907 447,00zł. brutto (zgodnie ze str. 3 oferty), a wykonawca Konsorcjum Budomont 15 578 043,48zł. brutto (zgodnie ze str. 8 oferty) i są to najtańsze oferty złożone w tym postępowaniu – czwarta oferta pod względem ceny została złożona na kwotę 19 284 602,85zł.

W ofercie odwołującego na stronie 49-54 złożono załącznik nr 5, gdzie dla eksperta nr 1 wskazano : imię i nazwisko/nazwa Piotr K., zakres wykonywanych czynności – przedstawiciel wykonawcy, lata doświadczenia – 20 lat, nazwa inwestycji – m. in. rozbudowa sieci zewnętrznej wodno kanalizacyjnej w Wołominie – część IV Budowa kanalizacji sanitarnej oraz sieci wodociągowej w Wołominie Południowym, - część VII Budowa kanalizacji sanitarnej Leśniakowizna, Ossów, Turów Zaprojektowanie i wykonawstwo kanalizacji sanitarnej o długości 18 678,44m w tym 9 szt. przepompowni ścieków wraz z odtworzeniem nawierzchni. Kontrakt wg. Fidic, zakres usług /nadzorowanych robót – kierowanie, wykonanie kontraktu, pełniona funkcja przedstawiciel wykonawcy, podstawa do dysponowania daną osobą (przykładowo umowa o pracę, zlecenia, etc.) – umowa o pracę oraz nazwa inwestycji – modernizacja i rozbudowa miejskiego systemu kanalizacji sanitarnej w Pabianicach. Kontrakt II tj. zadanie II i VI część A i B. Kontrakt wg. Fidic, zakres usług /nadzorowanych robót – kierowanie, wykonanie kontraktu, pełniona funkcja przedstawiciel wykonawcy, podstawa do dysponowania daną osobą (przykładowo umowa o pracę, zlecenia, etc.) – umowa o pracę,

a dla eksperta nr 8 wskazano eksperta nr 1 wskazano :

imię i nazwisko/nazwa Maciej C., zakres wykonywanych czynności – kierownik robót drogowych, lata doświadczenia – 24 lata, nazwa inwestycji – modernizacja i rozbudowa miejskiego systemu

kanalizacji sanitarnej w Pabianicach. Kontrakt o wartości 4,5 mln PLN/netto zakres usług /nadzorowanych robót – kierowanie robotami drogowymi, pełniona funkcja kierownik robót drogowych, podstawa do dysponowania daną osobą (przykładowo umowa o pracę, zlecenia, etc.) – umowa o współpracę oraz nazwa inwestycji – budowa drogi dojazdowej do lotniska im. Reymonta, kontrakt o wartości 6 mln PLN/netto, zakres usług /nadzorowanych robót – kierowanie robotami drogowymi, pełniona funkcja kierownik robót drogowych, podstawa do dysponowania daną osobą (przykładowo umowa o pracę, zlecenia, etc.) – umowa o współpracę.

W ofercie przystępującego wykonawcy wybranego na str. 17-22 znajduje się załącznik nr 5, gdzie dla przedstawiciela wykonawcy i kierownika budowy wskazano nazwę inwestycji kontrakt IV część C – budowa kanalizacji w ulicach : Wodnej, Jasnej, Polnej, Ziemnej, Gospodarczej i Pogodnej w Pabianicach.

W dniu 18 listopada 2011r. zamawiający zwrócił się do odwołującego, przystępującego i konsorcjum Budomont o wyjaśnienia na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy, gdyż złożone ceny w ocenie zamawiającego znacznie odbiegały od cen pozostałych wykonawców, od wartości zamówienia oraz od cen rynkowych. W treści wezwań zamawiający przytoczył brzmienie art. 90 ust. 2 i 3 ustawy.

W dniu 28 listopada 2011r. odwołujący złożył wyjaśnienia, w których powołał się na :

- założeniach – robocizny kosztorysowej 10% wartości ceny ofertowej, pracy sprzętu i transportu – 12%, materiały podstawowe i pomocnicze – 55%, koszty zakupu – 2%, zysk - 5%, koszty pośrednie – 16%,
- wskazał, że 6 z 9 wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu zaoferowało ceny niższe niż założony przez zamawiającego budżet,
- podał ceny ofert wybranych i średnie ceny za 1 mb kanalizacji w trzech innych postępowaniach, wskazując, że zaoferowana przez niego cena jest ceną rynkową,
- powołał się na wieloletnie doświadczenie w branży (Gazomontaż 55lat, BIPROWOD- 50 lat), szeroką bazę zaplecza technicznego, właściwą organizację pracy, znajomość rynku dostawców oraz wykonawców,
- powszedniość inwestycji dla odwołującego,
- szczególne rabaty cenowe,
- bogate doświadczenie BIPROWOD w projektowaniu, zatrudnienie około 100 osób, głównie specjalistów,
- wpis BIPROWOD na listę rzeczoznawców w dziedzinie specjalności ochrona wód i gospodarka wodna,
- odpowiedni proces technologiczny i organizacji pracy podczas budowy, nowoczesny park maszyn,
- korzystne położenie inwestycji pod względem mobilizacyjnym,
- niskie koszty ubezpieczenia inwestycji z uwagi na objęcie ubezpieczeniem w ramach grupy PGNIG S.A.

Odwołujący załączył zaświadczenie Ministerstwa Ochrony Środowiska z dnia 14 kwietnia 1992r.,

oświadczenie PLAST-BUD o szczególnie dobrych warunkach handlowych i rabatowych, pisma COROL sp. z o.o. z 25 listopada 2011r. z podanymi cenami tłoczni na poszczególne zadania objęte zamówieniem uwzględniające rabat specjalny.

W wyjaśnieniach Konsorcjum Budomont z dnia 25 listopada 2011r. konsorcjum powołało się na :

- możliwość wyboru metody wykonania, z uwagi na charakter inwestycji – zaprojektuj i wybuduj,
- zatrudnianie wykwalifikowanej kadry kierowniczej o długoletnim doświadczeniu,
- zatrudnianie osób niepełnosprawnych, obniżenie z związku z tym składek na PFRON,
- dla prac nie wymagających kwalifikacji zatrudnienie pracowników miejscowych,
- wykorzystywanie tanich lokalnych zasobów, bez przewożenia zapleczy budowy,
- własny sprzęt do robót ziemnych i podstawowe jednostki transportowe zlokalizowane na pobliskich inwestycjach w Wolborzu i Aleksandrowie Łódzkim,
- długoletnia działalność na rynku daje liczne upusty cenowe.

Ponadto konsorcjum podniosło, że obecnie na rynku oferowane ceny wahają się w okolicach 60% wartości kosztorysów inwestorskich na co wskazano kilka postępowań przetargowych.

W wyjaśnieniach przystępującego z dnia 28 listopada 2011r. przystępujący powołał się na :

- oszczędności z braku podwykonawców,
- zaplanowaną technologię realizacji zadania – projektowanie tras kanału w poboczach drogi, brak odbudowy pasa drogi i kosztów zajęcia pasa,
- własny sprzęt do przewiertów sterowanych, co pozwala na zastosowanie metody bezwykopowej,
- doświadczenie i renoma na rynku – znaczne upusty producentów tj. Wavin, AVK, BS, Elplast+, umowy o współpracy zakładające stałość ceny,
- duży potencjał własny sprzętowo-narzędziowy,
- usytuowanie firmy w miejscu realizacji zamówienia.

Pismami z dnia 29 listopada 2011r. zamawiający wezwał odwołującego w zakresie objętym odwołaniem do :

1. Wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy w odniesieniu do Kierownika Zespołu Projektowego, czy wykazane doświadczenie obejmowało budowę kanalizacji sanitarnej lub deszczowej o długości minimum 10 km, w odniesieniu do Kierownika Robót Elektrycznych czy doświadczenie dotyczy realizacji robót z zakresu automatyki kontrolno-pomiarowej i automatyzacji obiektami przepompowni ścieków, w odniesieniu do Projektanta branży elektrycznej, czy posiada uprawnienia w zakresie sieci i instalacji – wezwanie do wyjaśnień nie dotyczyło przedstawiciela wykonawcy i kierownika robót drogowych,
2. Uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy w odniesieniu m. in. do przedstawiciela wykonawcy i kierownika robót drogowych poprzez uzupełnienie załącznika nr 5 o terminy pełnienia funkcji przy realizacji poszczególnych inwestycji w sposób

umożliwiający ocenę spełniania warunku minimalnego 3-letniego okresu doświadczenia dla danej funkcji,

3. Zawiadomienie o poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych, w wyniku których cena oferty odwołującego wzrosła o 253 500,00zł. i wyniosła 18 564 267,00zł., co nie miało wpływu na pozycję ten oferty w ramach rankingu, gdyby żadna z ofert nie była wykluczona, ani odrzucona- odwołujący w takiej sytuacji nadal byłby na drugim miejscu pod względem ceny.

W piśmie z 7 grudnia 2011r. odwołujący uzupełnił załącznik nr 5 do siwz i

1. w zakresie przedstawiciela wykonawcy podał następujące inwestycje i czasookresy :

- budowa kanalizacji podciśnieniowej dla miejscowości Garwarz Stary, Wkra, gmina Ginojeck. Kanalizacja o łącznej długości 11 787,5mb- kierowanie wykonaniem kontraktu, przedstawiciel wykonawcy – 10.2007-05.2008,

- budowa kanalizacji sanitarno-deszczowej i wodociągu w ramach projektu pn „Gospodarka wodno-ściekowa w Żyrardowie i Jaktorowie, kierowanie wykonaniem kontraktu, przedstawiciel wykonawcy- 01.2007 – 12.2009,

- rozbudowa sieci zewnętrznej wodno kanalizacyjnej w Wołominie – część IV Budowa kanalizacji sanitarnej oraz sieci wodociągowej w Wołominie Południowym, - część VII Budowa kanalizacji sanitarnej Leśniakowizna, Ossów, Turów Zaprojektowanie i wykonawstwo kanalizacji sanitarnej o długości 18 678,44m w tym 9 szt. przepompowni ścieków wraz z odtworzeniem nawierzchni. Kontrakt wg. Fidic, zakres usług /nadzorowanych robót – kierowanie, wykonanie kontraktu, pełniona funkcja przedstawiciel wykonawcy – 10.2007 – 12.2009

– modernizacja i rozbudowa miejskiego systemu kanalizacji sanitarnej w Pabianicach. Kontrakt II tj. zadanie II i VI część A i B. Kontrakt wg. Fidic, zakres usług /nadzorowanych robót – kierowanie, wykonanie kontraktu, pełniona funkcja przedstawiciel wykonawcy – 09.2007-12.2008

- budowa sieci kanalizacyjnej w miejscowości Latowicz, IV etap oraz zadania uzupełniające polegające na budowie dodatkowych przykanalików zakres usług /nadzorowanych robót – kierowanie, wykonanie kontraktu, pełniona funkcja przedstawiciel wykonawcy – 06.2010 – 06.2011

2. w zakresie kierownika robót drogowych podał następujące inwestycje i czasookresy :

- modernizacja i rozbudowa miejskiego systemu kanalizacji sanitarnej w Pabianicach. Kontrakt o wartości 4,5 mln PLN/netto zakres usług /nadzorowanych robót – kierowanie robotami drogowymi, pełniona funkcja kierownik robót drogowych – 05.2007-12.2008,

- budowa ciągu pieszo-rowerowego w drodze krajowej nr 1 – kontrakt Fidic o wartości 12 mln. zł. zakres usług /nadzorowanych robót – kierowanie robotami drogowymi, pełniona funkcja kierownik robót drogowych – 03.2009 – 08.2010

– budowa drogi dojazdowej do lotniska im. Reymonta, kontrakt o wartości 6 mln PLN/netto,

zakres usług /nadzorowanych robót – kierowanie robotami drogowymi, pełniona funkcja kierownik robót drogowych – 08.2010 – 06.2011

W dniu 15 grudnia 2011r. zamawiający zwrócił się do Zakładu Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w Pabianicach z prośbą o potwierdzenie wskazanego przez odwołującego zakresu i czasu trwania inwestycji oraz uczestnictwa przy jej realizacji Pana Macieja C. i Pana Piotra K. W odniesieniu do obu osób podał dane z uzupełnionego załącznika nr 5 dotyczące modernizacja i rozbudowa miejskiego systemu kanalizacji sanitarnej w Pabianicach, zaś w odniesieniu do Pana Macieja C. także dotyczące budowy drogi dojazdowej do lotniska.

W dniu 16 grudnia 2011r. Zakładu Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w Pabianicach udzielił informacji, że firma Gazomontaż realizował kontrakt II część A i B, w wykazie osób załączonym wówczas do oferty nie występują jako przedstawiciel wykonawcy Piotr K. i jako kierownik robót drogowych Maciej C., w ofercie na te stanowiska wskazano odpowiednio Ryszarda N. i Michała B. Pan Piotr K. był członkiem zarządu spółki Gazomontaż na stanowisku Dyrektora ds. przygotowania i nadzoru produkcji. Dla 11 lipca 2008r. ZWIK Pabianice za pośrednictwem Inżyniera Kontraktu powziął wiadomość o propozycji ustanowienia u podwykonawcy Lambdar nowego kierownika robót drogowych w osobie Macieja C., ale w dniu 22 lipca 2008r. wycofano się z tej kandydatury. W posiadanym przez ZWIK Pabianice życiorysie Macieja C. w opisie doświadczenia zawodowego dla budowy drogi dojazdowej do lotniska wskazano go jako Lidera kontraktu/Kierownika budowy, w przy budowie ciągu pieszo-rowerowego jako Przedstawiciela wykonawcy, lidera Konsorcjum/ Kierownika budowy. W załączeniu do pisma złożono wykaz robót przewidzianych do realizacji zamówienia pn „Modernizacja i rozbudowa miejskiego systemu kanalizacji sanitarnej w Pabianicach – kontrakt II”, wykaz osób upoważnionych do kontaktów podczas realizacji zadania, pismo o zatwierdzeniu podwykonawcy, pismo o wycofaniu rekomendacji dla Macieja C. na kierownika robót drogowych, pismo o desygnowaniu Macieja C. na kierownika robót drogowych z dnia 26 sierpnia 2008r., życiorys zawodowy Macieja C.

W życiorysie zawodowym Macieja C. podano PD Lambdar, od kwietnia 2005r. jako kierownik budów : wykonanie kilkudziesięciu obiektów drogowych o łącznej wartości ok. 48 mln PLN w tym :

- budowa drogi dojazdowej do lotniska im. Reymonta – kontrakt o wartości 6 mln PLN – lider kontraktu/kierownik budowy,
- budowa ciągu pieszo-rowerowego w drodze krajowej nr 1 – kontrakt Fidic o wartości 12 mln. PLN – Przedstawiciel wykonawcy/Lider Konsorcjum/Kierownik Budowy
- modernizacja i rozbudowa miejskiego systemu kanalizacji w Pabianicach – kierownik robót drogowych o wartości 4,5 mln PLN.

Z wniosku o akceptacje podwykonawcy Lambdar (roboty drogowe) z dnia 21 sierpnia 2007r. wynika, że Maciej C. został zaproponowany na kierownika robót.

Z pism Marioli Wosińskiej z dnia 8 września 2008r. do Ryszarda N. przedstawiciela wykonawcy wynika, że w spotkaniu w dniu 2 września 2008r. uczestniczyli Ryszard N. – wykonawca Gazomontaż, oraz Maciej C. - Podwykonawca Robót Drogowych – Lambdar.

Z pisma z dnia 19 sierpnia 2008r. do Marioli Wosińskiej wynika, że przedstawiciel wykonawcy Ryszard N. informował o odmowie odbioru technicznego ul. Bożnicznej.

Z notatki z dnia 19 września 2008r. wynika, że w przeglądzie ul. Bożnicznej uczestniczyli m. in. Lambdar – Maciej C.,
Gazomontaż –Ryszard N.

Z protokołu odbioru końcowego odcinka robót nr 08/02A wynika, że przy odbiorze budowy kanalizacji deszczowej wraz z wpustami w ul. Kresowej w Pabianicach uczestniczyli przedstawiciele wykonawcy kontraktu Przedstawiciel wykonawcy – Ryszard N. i Kierownik robót Drogowych – Maciej C.. Wskazano także datę rozpoczęcia kontraktu 13 luty 2008r. do 03 listopad 2008r.

W dniu 28 sierpnia 2007r. z przekazania dokumentów – wykazu osób upoważnionych do kontaktów z zamawiającym wynika, że Piotra K. wskazano w ramach Zarządu Spółki jako dyrektora ds. przygotowania i nadzoru produkcji, w ramach budowy jako przedstawiciela wykonawcy wskazano Ryszarda N., a jako kierownika robót drogowych Michała B.

Z notatki służbowej z dnia 28 sierpnia 2007r. wynika, że w spotkaniu uczestniczyli jako przedstawiciele wykonawcy Ryszard N. i Piotr K.

Z pisma Gazomontaż do ZWIK Pabianice wynika, że Piotr K. zwracał się o określenie zakresu realizacji, wskazanie miejsc montażu studni przekazanie badań geotechnicznych, zastosowanie określonych studni i kontakt z Ryszardem N. lub Elżbietą U.

Z Karty Upnień i Obowiązków pracownika Piotra K. wynika, że jest on zatrudniony w Gazomontaż na stanowisku dyrektora ds. przygotowania i nadzoru produkcji a zakres jego obowiązków obejmuje m. in. nadzór nad właściwą organizacją budowy, nominowanie kierownika budowy, plan jakości budowy, sprawy formalnoprawne (drogi, pasy, podwykonawcy), nadzór nad terminowym wykonawstwem realizowanych robót, kontrola prowadzenia właściwej dokumentacji na budowach, korespondencja z inwestorami, biurami projektów dotycząca realizowanych robót i dostaw materiałowych, reprezentowanie spółki w rozmowach z inwestorami robót w trakcie trwania budowy.

W złożonych wszystkich, wedle oświadczenia zamawiającego złożonego na rozprawie, dziennikach budowy dotyczących robót drogowych kanalizacji sanitarnej i deszczowej na rzecz ZWIK Pabianice nie występuje nazwisko C.

Z dokumentów wymaganych do podpisania umowy wynika, że do realizacji zamówienia dla ZWIK Pabianice przewidziano przedstawiciela wykonawcy – Ryszarda N.,

Osobę do kierowania robotami drogowymi – Michała B.

Z umowy o podwykonawstwo wynika, że przedstawicielem wykonawcy upoważnionym do koordynacji i nadzoru realizacji przedmiotu umowy jest Ryszard N.

Zeznania świadka Izba oceniała jako wiarygodne w takim zakresie, w jakim były one zgodne z dowodami z dokumentów przedłożonych przez strony, Izba nie dała wiary wyjaśnieniom świadka w zakresie roli Macieja C. w ramach kontraktu ze ZWIK Pabianice w okresie od 26 sierpnia 2008r. do 3 listopada 2008r., gdyż pozostają one w sprzeczności z dowodami z dokumentów przedłożonymi przez zamawiającego – pismo Inżyniera Kontraktu z 26 sierpnia 2008r. o desygnowaniu Macieja C. i przez odwołującego –protokół odbioru końcowego odcinka nr 08/02A, w którym świadek uczestniczył i w którym odnotowano udział Macieja C. w charakterze kierownika robót drogowych.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek mogących skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę korzystniejszą w kryterium ceny niż wykonawca wybrany i w przypadku uznania za nieprawidłowe czynności zamawiającego polegających na wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty ma on szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał w przypadku realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że nie wskazanie z zarzucie podstawy prawnej art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy powoduje, że odwołujący nie zaskarżył wykluczenia go z tej podstawy prawnej i w tym zakresie decyzja zamawiającego stała się ostateczna. Sam zamawiający zarówno w informacji o wynikach postępowania jak i w odpowiedzi na odwołanie wskazywał, że powodem uznania, iż odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu jest zawarcie w jego ofercie w wykazie –załączniku nr 5 informacji, które zamawiający ocenił jako nieprawdziwe. Na rozprawie zamawiający wyjaśnił, że w odniesieniu do osoby Pana C., to uznanie za nieprawdziwe informacji na temat kontraktu dla ZWIK w Pabianicach powodowało, że pozostałe wykazywane doświadczenie nie obejmowało okresu 3-letniego doświadczenia wymaganego przez zamawiającego, natomiast, co do osoby Pana K. zamawiający stwierdził, iż wobec faktu, że odwołujący nie wykazał dysponowania kierownikiem robót drogowych w wymaganym zakresie, to zamawiający nie badał, czy inne kontrakty wykonane przez Pana K., niż dla ZWIK Pabianice, dokumentują niezbędne dla przedstawiciela wykonawcy. Tym samym w sytuacji potwierdzenia się prawidłowości zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez zamawiającego, zamawiający musiałby także uchylić czynność wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy będącą skutkiem przyjęcia przez niego złożenia przez odwołującego nieprawdziwych informacji. W ocenie Izby nie może zatem stać się ostateczną czynność w sytuacji, gdy podważana jest przyczyna dokonania czynności. Zarzut to nie tylko wskazanie podstawy prawnej, ale w szczególności określenie stanu faktycznego i sposobu naruszenia dokonanego przez zamawiającego, a z odwołanie odwołującego wynika, według Izby w sposób jednoznaczny, iż

odwołujący kwestionuje fakt przyjęcia przez zamawiającego, że w ofercie zawarto informacje nieprawdziwe i stoi na stanowisku, że wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Z tych względów Izba uznała, że odwołujący nadal ma interes w uzyskaniu zamówienia. Ponadto zamawiający pominął okoliczność, iż przepis art. 179 ust. 1 ustawy upoważnia wykonawców do korzystania ze środków prawnych nie tylko w sytuacji gdy mają oni interes w uzyskaniu zamówienia, ale także gdy ten interes mieli. Izba w tym składzie stoi na stanowisku, iż interes jako przesłanka materialnoprawna wniesienia odwołania nie oznacza, iż wykonawca musi wykazać istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia w odniesieniu do każdego z zarzutów odwołania. W ocenie Izby dla możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej wystarczające jest wykazanie interesu dla co najmniej jednego z zarzutów. Nie jest także podstawą oddalenia odwołania brak interesu uzyskaniu zamówienia w odniesieniu do poszczególnego zarzutu. Przesłanką oddalenia odwołania w odniesieniu do konkretnego zarzutu jest nie stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy, które zarzuca odwołujący, albo stwierdzenie takiego naruszenia przez Izbę, ale ustalenie, iż naruszenie to nie miało lub nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 3 i art. 24 ust. 4 ustawy poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego się i uznanie oferty odwołującego się za odrzuconą.

Zarzut dotyczący złożenia przez odwołującego nieprawdziwych informacji w odniesieniu do osoby pana Macieja C.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że Pan C. nie pełnił funkcji kierownika robót drogowych w ramach realizacji przez Gazomontaż robót na rzecz ZWIK Pabianice, jednakże Izba uznała, że rację należy przyznać zamawiającemu, co do tego, że odwołujący złożył nieprawdziwe informacje dotyczące czasookresu sprawowania tej funkcji przez Pana C. Odwołujący w swojej ofercie podał, że funkcję kierownika robót drogowych Pan C. sprawował w okresie od maja 2007 r. do grudnia 2008r. Podczas, gdy z dokumentów zgromadzonych i przedłożonych przez zamawiającego wynika jednoznacznie, iż co najmniej do lipca 2008r. takiej funkcji nie pełnił, gdyż w dniu 11 lipca 2008r. ZWIK Pabianice za pośrednictwem Inżyniera Kontraktu powziął wiadomość, o propozycji ustanowienia u podwykonawcy Lambdar nowego kierownika robót w osobie Macieja C. i w dniu 22 lipca 2008r. z tej kandydatury się wycofano. Oznacza to, że Pan C. nie był kierownikiem robót drogowych z ramienia wykonawcy Gazomontaż w ramach kontraktu ze ZWIK Pabianice przed sierpniem 2008r. Dopiero w dniu 26 sierpnia 2008r. pojawia się pismo, w którym Pan Maciej C. zostaje desygnowany na stanowisko kierownika robót drogowych i od tego momentu odwołujący powinien był wskazać jego doświadczenie w ramach wykazywanego kontraktu. Z przedłożonych przez odwołującego dowodów wynika natomiast, że Pan C. pełnił swoją funkcję co najmniej do dnia 3 listopada 2008r., gdyż potwierdza to protokół odbioru końcowego odcinka robót nr 08/02A podpisany zarówno przez ZWIK jak i odwołującego, w którym ujawniono osobę Pana C. w charakterze kierownika robót drogowych.

Izba uznała, w tym zakresie, zeznania świadka za niewiarygodne, gdyż pozostają one w sprzeczności z dowodami przedłożonymi tak przez zamawiającego jak i odwołującego. Ponadto świadek stwierdziła, iż nie brała udziału w procesie budowlanym, a jedynie uczestniczyła w spotkaniach, podczas gdy przyznała na rozprawie, że jej podpis figuruje pod protokołem odbioru końcowego dla ul. Kresowej, gdzie w charakterze kierownika robót drogowych ujawniono Pana C.. W ocenie Izby nie można zgodzić się z argumentacją odwołującego, że zamawiający wymagał jedynie doświadczenia w kierowaniu robotami drogowymi, a nie sprawowania funkcji kierownika robót drogowych. Aby kierować robotami drogowymi trzeba pełnić funkcję kierownika robót drogowych. Kierownikiem budowy (robót) może być wyłącznie osoba fizyczna posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi (art. 13 ust. 1 pkt 2 PrBud). Kierowanie budową lub innymi robotami budowlanymi stanowi samodzielną funkcję techniczną w budownictwie (art. 12 ust. 1 pkt 2 PrBud). Uprawnienia budowlane są udzielane w określonych specjalnościach, które wymienia art. 14 ust. 1 PrBud. Przy prowadzeniu robót budowlanych, do kierowania którymi jest wymagane przygotowanie zawodowe w specjalności techniczno-budowlanej innej niż ta, którą posiada kierownik budowy, inwestor jest obowiązany zapewnić ustanowienie kierownika robót w danej specjalności (art. 42 ust. 4 PrBud). Kierowników robót może być na danej budowie wielu, w zależności od potrzeb. Z powyższego wynika, że jeżeli kierownik budowy ma przygotowanie zawodowe w danej specjalności techniczno-budowlanej, to może łączyć funkcję kierownika budowy i kierownika robót. Według Izby takie stanowisko znajduje oparcie w przepisach ustawy prawo budowlane określających samodzielne funkcje w budownictwie. Tym samym brak jest przeszkód do uznania doświadczenia kierownika budowy przy realizacji inwestycji drogowej jako doświadczenia w kierowaniu robotami drogowymi. Zatem zamawiający nie powinien był kwestionować doświadczenia Pana C. przy realizacji drogi dojazdowej do lotnika Im. Reymonta, ani realizacji ciągu pieszo – rowerowego w drodze krajowej nr 1, zwłaszcza, że w tym zakresie w obu przypadkach wskazano kierowanie budowami i potwierdza to również życiorys p. C. załączony zarówno do odwołania jak i do pisma ZWIK Pabianice. Jednakże wskazanie przez odwołującego dłuższego niż w rzeczywistości okresu doświadczenia Pana C. w ramach realizacji inwestycji dla ZWIK Pabianice spowodowało, że odwołujący mógł wprowadzić zamawiającego w błąd, co do spełniania przez siebie warunku dysponowania potencjałem kadrowym, albowiem inwestycje dotyczące lotniska i drogi krajowej nr 1 dawały łącznie 28 miesięczne doświadczenie Pana C, zatem do wymaganego okresu 3 letniego brakowało 8 miesięcy. Zatem wykazanie się przez odwołującego dysponowaniem osobą z doświadczeniem 19 miesięcznym w ramach kontraktu ZWIK Pabianice (05.2007 – 12.2008), mogło doprowadzić do wyboru oferty wykonawcy, który w rzeczywistości nie spełniał postawionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu (udowodniono doświadczenie w okresie od 26 sierpnia 2008r. do 3 listopada 2008r. tj. 2 miesiące i 8 dni). W tym zakresie Izba uznała, że zamawiający prawidłowo wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 4 ustawy i prawidłowo odrzucił jego

ofertę. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 24 ust. 4 ustawy.

Zarzut dotyczący złożenia przez odwołującego nieprawdziwych informacji w odniesieniu do osoby pana Piotra K.

W odniesieniu do osoby Pana Piotra K. zarzut zasługuje na uwzględnienie. Wprawdzie Izba uznała, że zamawiający wykazał, iż w ramach modernizacji i rozbudowy miejskiego systemu kanalizacji sanitarnej w Pabianicach Kontrakt II tj. zadanie II i IV część A i B pan K. nie sprawował funkcji przedstawiciela wykonawcy i w tym zakresie prawidłowo ustalił, że odwołujący złożył nieprawdziwe informacje, to jednak nie wykazał w uzasadnieniu wykluczenia, w jaki sposób ta nieprawdziwa informacja miała lub mogła mieć wpływ na wyniki postępowania. Izba nie podziela stanowiska przystępującego, że zawsze nieprawdziwe informacje w zakresie warunków udziału w postępowaniu mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Izba przychyliła się do poglądu zamawiającego, że przesłanką wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy jest wyłącznie niezgodność podanej informacji z rzeczywistym stanem faktycznym niezależnie od winy czy przyczyn leżących po stronie wykonawcy, które spowodowały takie przedstawienie tej informacji. W ocenie Izby brak konieczności wykazania wykonawcy zawinienia w podaniu nieprawdziwej informacji powoduje, że art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy należy wyklądać ściśle z jego literalnym brzmieniem. Wpływ na wynik lub możliwość wpływu na wynik należy każdorazowo odnieść do konkretnego stanu faktycznego. W przedmiotowej sprawie odwołujący wskazywał na to, że Pan K. był przedstawicielem wykonawcy w rozumieniu siwz, bo wykonywał czynności związane z zarządzaniem kontraktem tj. zwracał się do inwestora z prośbą o informacje, uczestniczył w spotkaniach z inwestorem, a w zakresie obowiązków pracowniczych miał nadzór nad realizacją budów. Odwołujący swoje rozumienie przedstawiciela wykonawcy oparł o postanowienia ogłoszenia i siwz, zgodnie z którymi zamawiający na potrzeby oceny spełniania warunku potencjału kadrowego przez zarządzanie kontraktem rozumiał wszelkie czynności związane z zarządzaniem kontraktami na roboty budowlane w imieniu wykonawcy tych robót budowlanych. Tym samym odwołujący dokonał własnej interpretacji postanowień siwz i uznał, że czynności, które wykonywał Pan K. mieszczą się w pojęciu wszelkich czynności związanych z zarządzaniem kontraktami na roboty budowlane w imieniu wykonawcy i w tym upatrywał swoje prawo do wskazania pana Piotra K. w ramach kontraktu ze ZWIK w Pabianicach w charakterze przedstawiciela wykonawcy. Wykładnia postanowień ogłoszenia i siwz dokonana przez odwołującego jest, w ocenie Izby błędna, gdyż odwołujący pominął pełne brzmienie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku dysponowania potencjałem kadrowym. Przedstawiciel wykonawcy w niniejszym zamówieniu miał się bowiem wykazać 3 letnim doświadczeniem w zarządzaniu kontraktami na określonym przez zamawiającego stanowisku tj. Przedstawiciela wykonawcy, Kierownika zespołu, Kierownika Projektu lub stanowisku równoważnym. Tym samym zamawiający oceny spełniania

warunku nie ograniczył jedynie do zarządzania kontraktami, ale powiązał to zarządzanie z faktem zajmowania określonego stanowiska. Zatem nie wystarczające dla obalenia twierdzenia zamawiającego o złożeniu nieprawdziwych informacji było wykazanie przez odwołującego na rozprawie że Pan K. dokonywał kilku czynności zarządczych, ale odwołujący winien był wykazać, że dokonywał tych czynności zarządczych piastując określone stanowisko w danym kontrakcie. Zatem samo faktyczne wykonywanie jakiś czynności nie powiązane z zajmowaniem stanowiska nie mogło być przez zamawiającego ocenione jako odpowiadające pojęciu Przedstawiciela wykonawcy jakim odwołujący się posłużył w swoim wykazie. Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje, gdyż posłużył się powszechnie przyjętą nomenklaturą FIDIC w ramach kontraktu realizowanego według FIDIC przypisując Panu K. stanowisko, którego on w rzeczywistości nie zajmował. Przedstawicielem wykonawcy był bowiem Ryszard N., a Pan K. wykonywał jedynie niektóre czynności związane z zarządzaniem kontraktem. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że Pan K. był zatrudniony przy kontrakcie ZWIK Pabianice na stanowisku przedstawiciela wykonawcy, natomiast zamawiający wykazał, że tę funkcję pełniła inna osoba. W zakresie rozkładu ciężaru dowodowego należy stwierdzić, że na etapie badania ofert przy wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, to na zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, ale na etapie postępowania odwoławczego przy zarzucie niezgodnego z prawem wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, to na odwołującym ciąży obowiązek dowodowy wykazania, że informacja, którą podał w ofercie nie była nieprawdziwa. W ocenie Izby odwołujący w odniesieniu do osoby Pana K. temu obowiązkowi nie podołał, bo wykazał jedynie fakt, iż Pan K. miał w zakresie swoich obowiązków pracowniczych określone czynności zarządcze w odniesieniu do każdej inwestycji realizowanej przez pracodawcę, oraz że w ramach inwestycji dla ZWIK Pabianice napisał jedno pismo i uczestniczył w dwóch spotkaniach z inwestorem ale nie wykazał, że pełnił funkcję przedstawiciela wykonawcy w ramach tego kontraktu. W żadnym z powołanych przez odwołującego dowodów Pan K. nie jest określony jako przedstawiciel wykonawcy. W ocenie Izby opis oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu skonstruowany przez zamawiającego dopuszczał wykazanie się różnymi doświadczeniami w zakresie zarządzania robotami budowlanymi w oparciu o kontraktowanie FIDIC jak i inne sposoby kontraktowania ale pod warunkiem wykazania równoważności. Ta równoważność miała się odnosić zarówno do zajmowanego stanowiska jak i do charakteru wskazywanej umowy. W sytuacji, gdy wykonawca – odwołujący zdecydował się powołać na doświadczenie nabyte przez Piotra K. w ramach kontraktu FIDIC, to powinien był wykazać, że pełnił w tym kontrakcie stanowisko przedstawiciela wykonawcy lub wykazywać, że w ramach tego konkretnego kontraktu były przewidziane inne stanowiska (w tym stanowisko Piotra K.),. Które były równoważne pojęciu Przedstawiciel wykonawcy. Ponadto odwołujący, w ocenie Izby, także błędnie zinterpretował pojęcie zarządzania kontraktem w rozumieniu siwz, Z analizy brzmienia

całości opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku potencjału kadrowego nieuprawnione było przyjęcie, że sformułowanie „wszelkie czynności” należy rozumieć jako „jakiegokolwiek czynności”. Według Izby użyte przez zamawiającego słowo „wszelkie” w tym konkretnym postępowaniu w zestawieniu ze stanowiskiem przedstawiciela wykonawcy, kierownika projektu, kierownika zespołu, musi być rozumiane jako „wszystkie” czyli kompleks czynności składających się na zarządzanie kontraktem. Mimo ustalenia, że odwołujący złożył nieprawdziwe informacje, w ocenie izby złożenie takiej informacji było wynikiem wadliwej interpretacji siwz przez odwołującego. Ponadto Izba stwierdza, że zamawiający nie wykazał w informacji o wyniku postępowania, że złożenie tej nieprawdziwej informacji miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Izba, jak już wskazywano, nie podziela stanowiska, że sam fakt złożenia informacji nieprawdziwej w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu stanowi podstawę do uznania, że okoliczność ta miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania. Gdyby przyjąć taką tezę za prawdziwą, to brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy kończyło by się na sformułowaniu złożyli nieprawdziwe informacje. Ustawodawca jednak wyraźnie nakazał zamawiającym dokonywanie w każdym przypadku oceny czy złożenie informacji miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Jest to niewątpliwie związane z faktem, iż złożenie nieprawdziwych informacji nie jest przez ustawodawcę uzależnione od winy wykonawcy, zatem do złożenia nieprawdziwej informacji może dojść przez omyłkę, działanie pod wpływem błędu co do rzeczywistego stanu rzeczy wywołanego własnym, ale także cudzym działaniem. Tym samym ocena wpływu na wynik ma umożliwić eliminację z postępowania tylko tych wykonawców, którzy nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia. Takiej rękojmi nie daje wykonawca, który składa nieprawdziwą informację w celu wywołania u zamawiającego przekonania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Natomiast nie można mówić o braku takiej rękojmi w sytuacji, gdy nieprawdziwe informacje dotyczą oświadczeń nadmiarowych, przekraczających wymagany przez zamawiającego zakres. Tym samym zamawiający przed zastosowaniem instytucji wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy musi zbadać, czy pomijając złożone nieprawdziwe informacje wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. W przedmiotowej sprawie w odniesieniu do doświadczenia Pana K. taka sytuacja miała miejsce, gdyż zamawiający nie kwestionował pozostałego wskazanego doświadczenia, a w zakresie niekwestionowanym wymóg 36 miesięcy spełniają, choćby doświadczenie :

- budowa kanalizacji sanitarno-deszczowej i wodociągu w ramach projektu pn „Gospodarka wodno-ściekowa w Żyrardowie i Jaktorowie, kierowanie wykonaniem kontraktu, przedstawiciel wykonawcy- 01.2007 – 12.2009 (9 miesięcy od 01.-09.2007),
- rozbudowa sieci zewnętrznej wodno kanalizacyjnej w Wołominie – część IV Budowa kanalizacji sanitarnej oraz sieci wodociągowej w Wołominie Południowym, - część VII Budowa kanalizacji sanitarnej Leśniakowizna, Ossów, Turów Zaprojektowanie i wykonawstwo kanalizacji sanitarnej o długości 18 678,44m w tym 9 szt. przepompowni ścieków wraz z odtworzeniem nawierzchni.

Kontrakt wg. Fidic, zakres usług /nadzorowanych robót – kierowanie, wykonanie kontraktu, pełniona funkcja przedstawiciel wykonawcy – 10.2007 – 12.2009 (27 miesięcy)

W tym wykazano w ramach inwestycji dla Wołomina min. 15 km kanalizacji, wykonanie przepompowni i odtworzenie nawierzchni, a więc wszystkie elementy obligatoryjne w ramach opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku. Zatem nawet pomijając inwestycję dla ZWIK Pabianice, odwołujący wykazał spełnianie postawionego warunku dla przedstawiciela wykonawcy, a zatem złożenie nieprawdziwej informacji, co do roli jaką Pan K. pełnił w ramach kontraktu dla ZWIK Pabianice nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania. Izba uznała, że zamawiający nie dokonując badania wpływu informacji nieprawdziwej na wynik postępowania naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Mimo uwzględnienia powyższego zarzutu, odwołanie w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie, a to na mocy art. 192 ust. 2 ustawy, gdyż wobec uznania prawidłowości wykluczenia odwołującego przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy w zakresie nieprawdziwych informacji złożonych w odniesieniu do osoby Macieja C., sytuacja odwołującego nie ulegnie zmianie i nie zostanie on przywrócony do postępowania, a zatem nie będzie miało to wpływu na wynik postępowania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy poprzez jego niezastosowanie i niezwrócenie się do odwołującego się o złożenie wyjaśnień w związku z wątpliwościami zamawiającego wynikającymi z oświadczenia innego podmiotu.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy obowiązkiem zamawiającego jest wezwanie do wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów. O istnieniu takiego obowiązku świadczy dobitnie użyte przez ustawodawcę pojęcie „wzywa”, gdyby ustawodawca jedynie nadał zamawiającemu prawo do wyjaśniania dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, to posłużyłby się pojęciem „może wezwać”. W ocenie Izby przepis ten ma na celu zapewnienie wykonawcom możliwości ustosunkowania się do stanowiska zamawiającego w zakresie oceny złożonych przez nich oświadczeń lub dokumentów, przed podjęciem przez zamawiającego decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykluczeniu wykonawcy czy odrzuceniu oferty. Przepis ten jest związany z art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż jego celem jest umożliwienie wykonawcom dalszego udziału w postępowaniu bez konieczności wszczynania postępowań odwoławczych. Zamawiający powinien w ocenie Izby, korzystać z niego zarówno w sytuacji wątpliwości, co do złożonych przez wykonawców oświadczeń lub dokumentów, jak i w sytuacji, gdy sam takich wątpliwości nie ma, ale zwrócenie się o wyjaśnienia umożliwi usunięcie ewentualnego sporu pomiędzy stronami. Należy również podkreślić to, że zamawiający ma możliwość weryfikowania informacji podanych przez wykonawców, w tym poprzez zwrócenie się do inwestora z prośbą o informacje, jednakże dla zapewnienia równego traktowania wykonawców powinien umożliwić odwołującemu ustosunkowanie się do uzyskanych informacji dotyczących złożonych

przez odwołującego oświadczeń. W przeciwieństwie bowiem do możliwości zamawiającego zasięgnięcia informacji u innych podmiotów procedura wyjaśnień dokumentów jest uregulowana w siwz i należy do obowiązków zamawiającego. Oczywistym jest, że nie może to prowadzić do uzupełnienia złożonego wykazu, czy zastąpienia podważonego doświadczenia innym spełniającym wymagania, ale uzyskanie wiedzy o tym jaką rzeczywistą funkcję sprawowały poszczególne osoby i z czego to jest wywodzone nie prowadzi do niedozwolonego uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. W tym zakresie Izba uznała, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy. Biorąc jednak pod uwagę stan rzeczy zaistniały w toku postępowania to jest fakt, iż na podstawie zgromadzonego przez Izbę materiału dowodowego zostało, w ocenie Izby, jednoznacznie potwierdzone, iż odwołujący złożył nieprawdziwe informacje, to nakazanie zamawiającemu dokonania zaniechanej czynności wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, nie doprowadziłoby do zmiany sytuacji odwołującego w przedmiotowym postępowaniu i nie miałyby wpływu na wynik postępowania. Zatem w zakresie tegoż zarzutu odwołanie podlega oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 90 ust. 3 ustawy, poprzez nieodrzczenie oferty Konsorcjum „BINSTAL” Bożena Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim i Firma Budowlana BIO-SYSTEM z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim wbrew obowiązkowi wynikającemu z powołanych przepisów w związku z udzieleniem przez to Konsorcjum wyjaśnień niepełnych, ogólnikowych, nie rozpraszających wątpliwości leżących u podstaw wezwania, co powinno skutkować odrzuceniem tej oferty oraz poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji w sytuacji odrzucenia oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwa Budowlanego „BUDMONT” Sp. z o.o., „EKO- KOMPLEKS” Jerzy Fidrysiak, Jolanta Budzińska S.J. bez jednoczesnego odrzucenia ww oferty mimo złożenia również ogólnikowych wyjaśnień.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba stoi na stanowisku, iż rację ma przystępujący, że wyjaśnienia odwołującego i przystępującego zawierają podobne elementy obiektywne, które pozwoliły wykonawcom na skalkulowanie ich ofert także na zbliżonym poziomie cenowym. Odwołujący wskazuje, iż w przeciwieństwie do niego przystępujący nie załączył dowodów na poparcie swoich wyjaśnień. Jednakże w części wyjaśnień przystępującego trudno jest przeprowadzić konkretny dowód, np. na brak podwykonawców, czy fakt zlokalizowania bazy w miejscu realizacji inwestycji, gdy ma się w tym miejscu siedzibę. Jednocześnie oferty dostawców, które załączył do swoich wyjaśnień odwołujący, z uwagi na lakoniczność ich sformułowania, można porównać z podaniem przez przystępującego nazw producentów, z którymi współpracuje. Ani z nazw podanych przez przystępującego, ani z ofert dostawców odwołującego nie można wywieść jakie oszczędności obaj wykonawcy będą mieli z tego tytułu. Odwołujący zarzuca przystępującemu, że nie podał przełożenia wskazanych w wyjaśnieniach czynników na stopień obniżenia ceny,

podczas, gdy sam również takiego przełożenia nie podał. Wyjaśnienia odwołującego i przystępującego nie były przez zamawiającego kwestionowane. W sytuacji zatem, gdy oba wyjaśnienia są porównywalne pod względem szczegółowości naruszeniem zasady równego traktowania byłoby odrzucenie oferty przystępującego, a pozostawienie oferty odwołującego w postępowaniu. Ponadto w ocenie Izby przystępujący podał obiektywne czynniki, która przekładają się na wysokość obliczonej przez niego ceny tj. zastosowanie metody przewiertu sterowanego, posiadanie własnego sprzętu do takich przewiertów, oszczędności z tytułu minimalizowania z kosztów związanych z odtworzeniem pasa drogowego i związanych z zajęciem pasa drogowego, lokalizację bazy w miejscu realizacji inwestycji. To na odwołującym ciążył obowiązek wykazania, że z powodu wskazanych elementów obiektywnych przystępujący nie jest w stanie uzyskać oszczędności, gdyż to odwołujący z faktu niezłożenia wyjaśnień przez przystępującego (złożenia wyjaśnień niewyjaśniających kalkulacji ceny w oparciu o czynniki obiektywne sprzyjające przystępującemu) wywodził skutki prawne. Odwołujący poza wskazaniem, że powołane okoliczności nie są okolicznościami właściwymi wyłącznie przystępującemu nie podał żadnej innej argumentacji, ani nie przedstawił dowodów. W ocenie Izby rację należy przyznać przystępującemu, że nie da się logicznie przyjąć, iż wykonawca nie jest w stanie wykonać zamówienia bez straty, jeżeli inny wykonawca w tym samym postępowaniu oferuje jeszcze niższą cenę. Przepis art. 90 ust. 1 i 3 ustawy nie ma służyć formalnej eliminacji wykonawców, ale chronić zamawiającego przed wykonawcą nierzetelnie kalkulującym cenę w celu wyeliminowania konkurencji. Tym samym zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia przystępującego przez pryzmat stanu faktycznego zaistniałego w postępowaniu. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia zamawiającego art. 7 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 i 2 ustawy poprzez wadliwy wybór oferty konsorcjum firm: „BINSTAL” Bożena Tchórz z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim i Firma Budowlana BIO-SYSTEM z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim jako oferty najkorzystniejszej;

Wobec nie potwierdzenia się zarzutu zaniechania odrzucenia wykonawcy wybranego oraz potwierdzenia się prawidłowości wykluczenia odwołującego z postępowania, Izba nie stwierdza naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust.3 i art. 90 ust. 1 i 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i niespektowanie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji poprzez nierówne traktowanie wykonawców;

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Nie może być uzasadnieniem dla zarzutu nierównego traktowania wykonawców jedyni fakt, że odwołujący jest przekonany, że zamawiający nie

weryfikował doświadczenia przystępującego w ramach kontraktu dla ZWIK Pabianice. Odwołujący nie wykazał, że z faktu zweryfikowania tych informacji z rzeczywistością wyniknęłyby inne okoliczności niż podane przez przystępującego w wykazie, które w szczególności prowadziłyby do uznania, że przystępujący złożył nieprawdziwe informacje lub, że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Sam fakt odnoszący się wyłącznie do nieustalonego stanu wiedzy zamawiającego, bez wykazania naruszenia konkretnego obowiązku ustawowego zamawiającego nie może prowadzić do uznania, że doszło do naruszenia zasady równego traktowania. Ustawa nie nakłada na zamawiającego obowiązku weryfikowania u podmiotów trzecich danych podawanych przez wykonawców. Nie także ustawowego zakazu takiej weryfikacji. Dlatego przyjmuje się, że dla potrzeby ochrony zamawiającego przed nierzetelnymi wykonawcami może on pozyskać informacje od inwestorów, u których wykonawca lub jego personel nabywali doświadczenie. Z tego doktrynalnego uprawnienia zamawiającego nie można jednak wywodzić obowiązku zamawiającego i konstruować zarzutu zaniechania dokonania czynności. Zarzut taki bowiem może dotyczyć jedynie zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy. Odwołujący takiego przepisu nie wskazał, zarzut naruszenia zasady powinien bowiem być podnoszony w powiązaniu z innym przepisem ustawy określającym obowiązki zamawiającego. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 2 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).

O uzasadnionych kosztach zamawiającego Izba orzekła na podstawie § 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), zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty zastępstwa prawnego w wysokości wynikającej ze złożonej faktury VAT z ograniczeniem do maksymalnej kwoty dopuszczonej rozporządzeniem.

Izba nakazała również zwrot przystępującemu uiszczonej przez niego kwoty 20 000zł., gdyż zgłoszenie przystąpienia jest wolne od opłat odwoławczych i nie podlega wpisowi.

Przewodniczący

