

Sygn. akt KIO/UZP 340/10

WYROK
z dnia 29 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Robert Skrzyszewski

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 marca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: EGIS Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, EGIS RAIL Spółka Akcyjna, 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie Spółka Akcyjna, 02-015 Warszawa, Plac Starynkiewicza 5**, protestu z dnia **12 lutego 2010 r.**

przy udziale **Konsorcjum firm ECM Group Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ukrstalkonstrukcja O.S.A., 00-024 Warszawa, al. Jerozolimskie 44** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Miejskiemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie Spółce Akcyjnej, 02-015 Warszawa, Plac Starynkiewicza 5 unieważnienie czynności zaproszenia Konsorcjum firm ECM Group Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ukrstalkonstrukcja O.S.A., 00-024 Warszawa, al. Jerozolimskie 44 do złożenia oferty i wykluczenie Konsorcjum firm ECM Group Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ukrstalkonstrukcja O.S.A., 00-024 Warszawa, al. Jerozolimskie 44 z postępowania o udzielenie zamówienia

2. Kosztami postępowania obciąża **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie Spółkę Akcyjną, 02-015 Warszawa, Plac Starynkiewicza 5** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: EGIS Poland Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, EGIS RAIL Spółkę Akcyjną, 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie Spółkę Akcyjną, 02-015 Warszawa, Plac Starynkiewicza 5** na rzecz **Konsorcjum: EGIS Poland Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, EGIS RAIL S.A., 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: EGIS Poland Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, EGIS RAIL Spółki Akcyjnej, 02-670 Warszawa, ul. Puławska 182**

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A., Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę: Inżynier dla zadania: budowa układu przesyłowego ścieków z Warszawy lewobrzeżnej do oczyszczalni ścieków Czajka – Etap II (postępowanie nr 31/WK/JRP-JRP-T1/U/2009).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) zwanej dalej ustawą Pzp. Ponieważ postępowanie zostało wszczęte przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) do niniejszego postępowania ma zastosowanie ustawa Pzp w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 roku.

Pismem z dnia 12 lutego 2010 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: EGIS Poland Sp. z o.o., ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa oraz EGIS RAIL S.A. Oddział w Polsce, ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa, Polska działającej w imieniu EGIS RAIL SA, 25 Crs Emile Zola, 69625 Villeurbanne Cedex, Francja wnieśli protest na czynności badania i oceny wniosków oraz zaproszenia do złożenia oferty wykonawców niespełniających warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. W ocenie protestującego zamawiający poprzez zaniechanie m.in. wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm: ECM Group Polska Sp. z o.o., Aleje Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa, faks : 022 333 73 58 / Ukrstalkonstrukcja O.S.A. ul. Architekta Horodeckoho 11-W, 01001 Kijów, Ukraina (dalej „Konsorcjum ECM Group Polska”) naruszył art. 7 ust. 1, art. 104 k.c. w związku z art. 14 PZP, art. 24 ust. 2 pkt. 3 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 26 ust. 3 i 4, oraz inne wynikające z uzasadnienia protestu.

Co do zarzutów konsorcjum ECM Group Polska Sp. z o.o., Aleje Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa, faks : 022 333 73 58 / Ukrstalkonstrukcja O.S.A. ul. Architekta Horodeckoho 11-W, 01001 Kijów, Ukraina protestujący podniósł, iż zgodnie z pkt. III.2.3 a) Ogłoszenia o zamówienia wykonawca winien wykazać, iż dysponuje lub będzie dysponował m.in. specjalistą w zakresie realizacji podziemnej infrastruktury sieciowej bezwykopową metodą mikrotunelowania, który powinien posiadać min. 3 - letnie doświadczenie zawodowe przy realizacji i/lub nadzorowaniu robót mikrotunelingu, jako kierownik budowy lub kierownik robót sanitarnych lub inspektor nadzoru robót sanitarnych. Konsorcjum ECM Group Polska wskazało na to stanowisko Pana Krzysztofa P. Zdaniem protestującego Pan

Krzysztof P. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie wykazano, aby posiadał 3 letnie doświadczenie w zakresie realizacji podziemnej infrastruktury sieciowej bezwykopową metodą mikrotunelowania. Metoda bezwykopową bowiem nie jest równoznaczna z metodą mikrotunelingu Pan P. zatem nie spełnia wymogów dot. specjalisty w zakresie realizacji podziemnej infrastruktury sieciowej bezwykopową metodą mikrotunelowania.

Protestujący stwierdził, iż Konsorcjum ECM Group Polska nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji wykonawca ten podlega wykluczeniu na mocy art. 24 ust. 2 pkt. 3 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Protestujący podniósł ponadto inne zarzuty dot. konsorcjum ECM Group Polska, jednakże nie zostały one podtrzymane w odwołaniu i nie są przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu pod stronie zamawiającego zgłosiło przystąpienie konsorcjum ECM Group Polska. W przystąpieniu wykonawca ten podniósł, iż zarzut protestującego jest bezzasadny, a ponadto wskazało osobę Pana Mariana S. jako specjalistę określonego w pkt. III 2.3.a ogłoszenia.

Zamawiający w zakresie zarzutu wskazanego powyżej oddalił protest. W uzasadnieniu podniósł, iż w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego (pismo z dnia 18.02.2010 r. Konsorcjum ECM potwierdza, iż powyższy zarzut jest niezasadny. Ponadto Konsorcjum ECM w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego potwierdziło, iż dysponuje inną osobą spełniającą przedmiotowy warunek. Na dowód tego przedłożyło zamawiającemu nowy wykaz personelu w którym wskazuje Pana Mariana S. jako osobę spełniającą warunek posiadania 3-letniego doświadczenia w zakresie realizacji podziemnej infrastruktury sieciowej bezwykopową metodą mikrotunelowania,

W ocenie zamawiającego wskazana osoba t.j. Pan Marian S. spełnia warunek sprecyzowany w pkt. III 2.3.a ogłoszenia w zakresie specjalisty realizacji podziemnej infrastruktury sieciowej bezwykopową metodą mikrotunelowania.

Przedmiotowy wykaz osób został przedłożony zamawiającemu wprawdzie w dniu 18.02.2010 r., a więc nie był załączony do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, niemniej jednak jest w posiadaniu zamawiającego a tym samym zamawiający uzyskał dokument potwierdzający spełnianie warunku sprecyzowanego w pkt. III 2.3.a ogłoszenia w zakresie specjalisty realizacji podziemnej infrastruktury sieciowej bezwykopową metodą mikrotunelowania Wspomniany powyżej wykaz jest dokumentem uzupełnianym na podstawie art. 26 ust 3 ustawy, zatem nie stanowi on podstawy do wykluczenia z postępowania Konsorcjum ECM

Zamawiający stwierdza, iż unieważnienie czynności zaproszenia Konsorcjum ECM do złożenia oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny wniosków doprowadziłoby do konieczności wezwania Konsorcjum ECM do przedłożenia dokumentu potwierdzającego fakt dysponowania osobą spełniającą warunki określone w pkt. III 2.3.a) ogłoszenia w zakresie specjalisty realizacji podziemnej infrastruktury sieciowej bezwykopową metodą mikrotunelowania, czyli do przedłożenia dokumentu, który został już przedłożony zamawiającemu i jest w jego posiadaniu. Wspomniane czynności doprowadziłyby do konieczności ponownego zaproszenia Konsorcjum ECM do złożenia oferty

W związku z powyższym zamawiający mając na uwadze fakt przedłożenia zamawiającemu wykazu osób, z którego wynika iż Konsorcjum ECM dysponuje osobą spełniającą warunki określone w pkt III 2 3 a ogłoszenia w zakresie specjalisty realizacji podziemnej infrastruktury sieciowej bezwykopową metodą mikrotunelowania, kierując się ekonomią postępowania przetargowego postanowił uznać iż Konsorcjum ECM spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Od rozstrzygnięcia protesty protestujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymał wskazany wyżej zarzut oraz argumenty z nim związane i złożone wnioski.

Odwołujący się podniósł, iż Konsorcjum ECM Group wskazało na wskazane wyżej stanowisko Pana Krzysztofa P., który - jak odwołujący się podnosił w proteście, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Nie wykazano bowiem, aby posiadał on 3-letnie doświadczenie w zakresie realizacji podziemnej infrastruktury sieciowej bezwykopową metodą mikrotunelowania. Zapis z wykazu personelu załączonego do wniosku Konsorcjum ECM Group dotyczący Pana P. potwierdza jedynie, iż ma on doświadczenie w nadzorowaniu robót wykonywanych metodą bezwykopową, co nie jest równoznaczne z bezwykopową metodą mikrotunelowania. W przystąpieniu do protestu Konsorcjum ECM Group odniosło się do powyższego zarzutu jedynie lakonicznym stwierdzeniem, iż jest on bezzasadny, bez podania jakichkolwiek okoliczności mających na celu wyjaśnienie bądź potwierdzenie wymaganego dla tego eksperta doświadczenia oraz przedstawiło jako osobę mającą spełnić wymagania zamawiającego dla funkcji specjalisty w zakresie realizacji podziemnej infrastruktury sieciowej bezwykopową metodą mikrotunelowania Pana Mariana S. W załączonym do przystąpienia do protestu poprawionym wykazie personelu zamiast Pana Krzysztofa Piórkowskiego Konsorcjum ECM Group przedstawiło Pana Mariana S., co wyraźnie potwierdza fakt, iż Pan P. nie spełniał wymagań zamawiającego. Ponadto wskazany w doświadczeniu Pana P. kontrakt „Bydgoski system wodny i kanalizacyjny II” nie zawierał robót mikrotunelingu, a jedynie roboty prowadzone innymi bezwykopowymi metodami, co zresztą wynika również z wykazu wykonanych usług, przedstawionego przez Konsorcjum ECM we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W wykazie

Konsorcjum ECM Group wskazało, że kontrakt dotyczy renowacji kanalizacji metoda bezwykopową, nie zaś jak - było wymagane - budowy kanalizacji metoda mikrotunelingu.

Odwołujący się stwierdził, iż podniósł zresztą zarzut dotyczący tej referencji w swoim proteście i podkreślić, że Konsorcjum ECM Group w swoim przystąpieniu do protestu również w żaden sposób nie odniosło się do zarzutu dotyczącego niewykazania w tej referencji spełniania warunku udziału w postępowaniu, co także świadczy o tym, iż kontrakt ten rzeczywiście nie dotyczył robót mikrotunelingu. Zatem doświadczenie Pana Piórkowskiego na tym kontrakcie nie mogło dotyczyć nadzorowania robót mikrotunelingu, co potwierdza fakt, iż jako ekspert nie spełniał on warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto odwołujący się wskazał, iż Pan Marian S., wskazany w przystąpieniu do protestu jako osoba mająca spełniać wymagania zamawiającego odnośnie specjalisty w zakresie realizacji podziemnej infrastruktury sieciowej bezwykopową metodą mikrotunelowania, wymagań tych również nie spełnia. Konsorcjum ECM Group w poprawionym, wykazie personelu załączonym do przystąpienia do protestu podało, iż Pan S. posiada 3-letnie doświadczenie w nadzorowaniu robót mikrotunelingu wykonywanych w ramach Projektu: „Budowa systemu kanalizacji sanitarnej w Rybniku”, w dzielnicach Popielów, Radziejów, Chwałowice i Meksyk. Jak wynika z pisma z Urzędu Miejskiego w Rybniku potwierdzającego stan faktyczny na kontrakcie „Budowa systemu kanalizacji sanitarnej w Rybniku”, wykazany przez konsorcjum ECM Group w doświadczeniu Pana S., metoda mikrotunelingu zastosowana była jedynie podczas robót wykonywanych w dzielnicy Radziejów, natomiast w pozostałych dzielnicach zastosowana technologia nie była technologią mikrotunelingu. Jak wynika z informacji zawartych na stronie internetowej Urzędu Miejskiego w Rybniku kontrakt na roboty dotyczący dzielnicy Radziejów trwał od 10.2004 do 12.2006 a zatem roboty kanalizacyjne realizowane w bezwykopowej metodzie mikrotunelowania (gdzie oprócz metody bezwykopowej większość kanalizacji wykonana została przy pomocy tradycyjnej metody wykopu otwartego) trwały co najwyżej 2 lata i 2 miesiące, a nie jak było to wymagane 3 lata. Pan Marian S. nie posiada zatem 3-letniego doświadczenia przy realizacji i/lub nadzorowaniu robót mikrotunelingu. Informacje podane przez Konsorcjum ECM Group są zatem nieprawdziwe i są to informacje mające wpływ na wynik postępowania. Zatem zaistniała przesłanka wyrażona w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP, wobec czego Konsorcjum ECM podlega wykluczeniu z postępowania.

Z ostrożności procesowej odwołujący się dodatkowo nadmienił, iż mimo że formalnie Konsorcjum ECM Group nie zostało przez zamawiającego wezwane do uzupełnień/wyjaśnień wniosku w trybie art. 26 ust. 3 i 4, to mając na uwadze ekonomikę postępowania załączyło do przystąpienia do protestu dodatkowe dokumenty innego eksperta (Pana S.) i wykorzystało tym samym instytucję uzupełnienia dokumentów i dyspozycję tegoż

artykułu, a zatem nie może ono zostać ponownie wezwane do uzupełnień w zakresie powyżej. Sam Zamawiający zresztą w rozstrzygnięciu protestu z dnia 22.02.201 r. uznał i przyjął jako uzupełniające dokumenty przedstawione w przystąpieniu do protestu przez Konsorcjum ECM Group.

W ocenie odwołującego się niezależnie od zarzutu dotyczącego podania nieprawdy, w świetle podniesionych powyżej okoliczności konieczne jest stwierdzenie, iż spółka ECM pomimo skorzystania już z możliwości uzupełnienia dokumentów w odniesieniu do ww. warunku, nie potwierdziła spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia polegający na świadczeniu usług zarządzania i nadzoru inwestorskiego Zamawiający tak opisał warunki udziału w postępowaniu, aby zapewnić sobie personel posiadający doświadczenie w realizacji podobnych zamówień i w odniesieniu do osoby z personelu kluczowego tj. specjalisty w zakresie realizacji podziemnej infrastruktury sieciowej bezwykopową metodą mikrotunelowania wymagał wykazania się 3 - letnim doświadczeniem zawodowym przy realizacji i/lub nadzorowaniu robót mikrotunelingu. Okoliczność, w której ani Pan Krzysztof P., ani Pan Marian S. nie posiadają wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, powoduje konieczność wykluczenia spółki ECM z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności ogłoszenia o zamówieniu, złożonego przez przystępującego wniosku, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z pkt III.2.3 a ogłoszenia o zamówieniu Konsorcjum ECM Group winno było wykazać, że dysponuje lub będzie dysponowało m.in. specjalistą w zakresie realizacji podziemnej infrastruktury sieciowej bezwykopową metodą mikrotunelowania, który powinien posiadać min. 3-letnie doświadczenie zawodowe przy realizacji i/lub nadzorowaniu robót mikrotunelingu jako kierownik budowy lub kierownik robót sanitarnych lub inspektor nadzoru robót sanitarnych.

Przystępujące Konsorcjum ECM Group wskazało jako osobę spełniającą powyższy wymóg Pana Krzysztofa P., a następnie – wobec zakwestionowania tego doświadczenia przez odwołującego się – Pana Mariana S., wykazując, iż wymagane doświadczenie nabył on jako inspektor nadzoru robót sanitarnych „Budowa systemu kanalizacji sanitarnej w Rybniku” wykonując nadzór nad realizacją robót kanalizacyjnych, w tym bezwykopową metodą mikrotunelingu w dzielnicach: Popielów, Radziejów, Chwałowice i Meksyk.

Odwołujący się przedłożył pismo Urzędu Miasta Rybnik z dnia 25 lutego 2010 roku, z którego wynika, iż metoda mikrotunelingu zastosowana została podczas robót wykonywanych w dzielnicy Radziejów o maksymalnej średnicy DN 400 mm. W pozostałych dzielnicach podczas wykonywania robót metodą bezwykopową stosowano technologię horyzontalnych przewiertów sterowanych oraz przewiertów poziomych (przecisków) w rurach ochronnych.

Przystępujący w złożonym piśmie procesowym z dnia 25 marca 2010 roku oraz na rozprawie podnosił, iż pismo Urzędu Miasta Rybnika z dnia 25 lutego 2010 roku dotyczy mikrotunelingu o średnicy DN 400 mm, nie obejmuje natomiast mikrotunelingu dla rur o mniejszych średnicach. Tymczasem średnica rur kanalizacyjnych miała znaczenie jedynie przy ocenie doświadczenia zawodowego wykonawcy, a nie personelu.

Argumentacji przystępującego przeczy pismo, w którym odwołujący się zwrócił się do Urzędu Miasta w Rybniku o udzielenie informacji wskazanych wyżej. Otóż odwołujący się zadał pytania dotyczące inwestycji realizowanych w Rybniku w ramach Projektu pn. „Budowa systemu kanalizacji sanitarnej w Rybniku”, związanych z kontraktami na roboty nadzorowane przez Pana Mariana Staśko w dzielnicach: Radziejów i Popielów, Chwałowice oraz Meksyk w brzmieniu:

- 1) czy przy wykonywaniu robót kanalizacyjnych w technologii bezwykopowej stosowana była metoda mikrotunelingu, czy inna bezwykopowa metoda instalacji rurociągów, np. przewiert sterowany?
- 2) Jakie były średnice maksymalne kolektorów wybudowanych w technologii bezwykopowej?

Z powyższego wynika, iż odwołujący się nie pytał konkretnie o mikrotunelingu o średnicy DN 400 mm, ale w ogóle o zastosowanie mikrotunelingu w budowie systemu kanalizacji sanitarnej w dzielnicach Radziejów, Popielów, Chwałowice i Meksyk. I na tak postawione, precyzyjne pytania otrzymał żądane odpowiedzi.

W piśmie z dnia 5 marca 2010 roku Urząd Miasta Rybnika udzielił informacji na temat terminu realizacji kontraktu w dzielnicy Chwałowice, z których wynika, że kontrakt ten realizowany był przez 2 lata i 2 miesiące.

Przystępujący w przedmiotowej sprawie wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentu zawierającego referencje Skanska S.A. (wykonawcy robót budowlanych) dla podwykonawcy Jumarpol z dnia 13.10.2008 roku, z których wynika, że w ramach kontraktu „Budowa kanalizacji w dzielnicy Chwałowice” były wykonywane przewiertki metodą mikrotunelingu o łącznej długości ok. 1500 mb, w tym kanału o średnicy 200 mm i 250 mm. Przystępujący wniósł także o przeprowadzenie dowodu z akt sprawy o sygn KIO/UZO 86/09 oraz KIO/UZP 87/09.

Izba przeanalizowała akta wskazanej wyżej sprawy i ustaliła, iż dowodem w sprawie były również referencje SKANSKA S.A, udzielone wykonawcy Jumarpol. Ponadto na rozprawie, na której rozpoznawano sprawę o sygn. KIO/UZP 86/09 i KIO/UZP 87/09 przedłożono umowę na podwykonawstwo przy realizacji budowy kanalizacji w Dzielnicy Chwałowice, z której wynikał zakres łączącej strony umowy, w tym realizacja przewiertów metodą mikrotunelingu o łącznej długości około 1.500 mb.

Dokonując rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie Izba wszechstronnie rozważyła zebrany materiał dowodowy, oceniając wiarygodność i moc dowodową poszczególnych dokumentów na podstawie zasad oceny dowodów zawartych w art. 227 i nast. Kodeksu postępowania cywilnego i postanowiła oprzeć swe rozstrzygnięcie na pismach Urzędu Miasta Rybnika z dnia 25 lutego 2010 roku oraz z dnia 5 marca 2010 roku. Dokumenty te są dokumentami urzędowymi i stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone. Dokumenty urzędowe korzystają bowiem z domniemania zgodności z prawdą tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone oraz z domniemania prawdziwości (autentyczności pochodzenia takiego dokumentu od jego wystawcy). Natomiast strona, która zaprzecza prawdziwości dokumentu urzędowego albo twierdzi, że zawarte w nim oświadczenia organu, od którego pochodzi, są niezgodne z prawdą, powinna okoliczności te udowodnić.

Zdaniem Izby skutecznego kontrdowodu nie stanowią tutaj ani referencje wystawione przez SKANSKA S.A., ani też umowa zawarta pomiędzy tym wykonawcą a spółką Jumarpol. Dokumenty te są dokumentami prywatnymi, stanowiącymi dowód na to, że osoba, która je podpisała złożyła oświadczenie o treści z dokumentu wynikającej. Moc dowodowa takich dokumentów jest słabsza niżeli dokumentów urzędowych, ponadto należy zaznaczyć, że z umowy może co prawda wynikać zakres i sposób wykonania prac, ale jej faktyczna realizacja może różnić się od tego, co strony ustaliły w umowie.

Wobec powyższego Izba uznała, iż wskazany przez przystępującego Pan Marian S. nie posiada doświadczenia, jakiego wymagał zamawiający. Z akt postępowania wynika bowiem, że jego doświadczenie przy realizacji robót sanitarnych wykonywanych metodą mikrotunelingu wynosi 2 lata i 2 miesiące, a nie żądane przez zamawiającego 3 lata.

Odnosząc się do braku wymaganego doświadczenia wskazanego najpierw przez przystępującego Pana Krzysztofa P., Izba stwierdziła, że słusznie zauważył odwołujący się, że z przedłożonych dokumentów nie wynika, iż kontrakty w Bydgoszczy i w Toruniu realizowane były metodą mikrotunelingu. Przystępujący w wykazie osób, jakie będą uczestniczyć przy realizacji przedmiotowego zamówienia wskazał jedynie, że prace te realizowane były metodą bezwykopową. Pojęcie „metoda bezwykopowa” nie jest tożsame z „metodą mikrotunelingu”. Mikrotuneling to jedna, ale nie jedyna metoda bezwykopowa, zatem odwołujący się słusznie powziął wątpliwości co do tego, czy Pan Krzysztof Piórkowski posiada stosowne doświadczenie. Nie bez znaczenia jest tutaj postawa przystępującego, który do tego zarzutu odniósł się jednym zdaniem twierdząc, iż zarzut ten jest bezpodstawny i jednocześnie wskazał Pana Mariana S. na stanowisko specjalisty w zakresie realizacji podziemnej infrastruktury. Skoro przystępujący utrzymywał, iż Pan Krzysztof Piórkowski posiada wymagane doświadczenie, powinien był wykazać za pomocą dowodów, że tak jest w istocie. Tymczasem na tę okoliczność nie został zgłoszony żaden dowód, wobec czego Izba nie mogła zweryfikować zasadności argumentacji przystępującego.

W tym stanie rzeczy bez znaczenia jest podniesiony na rozprawie przez odwołującego się zarzut, iż w realizacji kontraktu w Toruniu Pan P. w ogóle nie brał udziału. W ocenie Izby przystępujący przede wszystkim nie wykazał, iż prace wykonywane przez Pana P. realizowane były przy zastosowaniu metody mikrotunelingu, zatem brak jest podstaw do uznania, że wskazana osoba wymagane doświadczenie posiada.

Izba uznała, że brak jest podstaw do nakazywania zamawiającemu, by wezwał przystępującego na zasadzie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do wskazania osoby, która spełnia warunek III.2.3 a ogłoszenia o zamówieniu. Przystępujący bowiem uzupełniał już w tym zakresie dokumenty, które złożył wraz z pismem, w którym zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Fakt, że zrobił to bez wezwania zamawiającego, nie uzasadnia możliwości uzupełnienia dokumentów raz jeszcze, tym razem na wezwanie zamawiającego. Skoro zamawiający uprawniony jest do jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, wykonawca uzupełniając takie dokumenty samodzielnie, jeszcze przed ewentualnym wezwaniem, mógłby kilkakrotnie korzystać z możliwości uzupełnienia brakujących lub wadliwych dokumentów. Takie działanie pozostawałoby w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut zarówno złożenia przez przystępującego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jak i braku wymaganego doświadczenia, co uzasadnia wykluczenie go na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. Nie ma przy tym znaczenia fakt, że odwołujący się zarzut złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania podniósł dopiero w odwołaniu. Odwołujący się nie mógł tego zarzutu podnieść w proteście, albowiem o decyzji

zamawiającego, który przyjął złożone przez przystępującego razem z przystąpieniem do postępowania protestacyjnego dokumenty w ramach uzupełnienia, dowiedział się dopiero z rozstrzygnięcia protestu. Zgodnie zaś z art. 184 ust.1 *in principio* ustawy Pzp od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie. Argument, iż od czynności zamawiającego ujawnionej po raz pierwszy w rozstrzygnięciu protestu miałby służyć kolejny protest, a dopiero od niego odwołanie należy uznać za pozbawiony jakichkolwiek podstaw racjonalnych i prawnych.

Izba nie uwzględniła argumentów podnoszonych przez przystępującego w piśmie z dnia 26 marca 2010 roku zatytułowanego „Pismo procesowe przystępującego – załącznik do protokołu rozprawy z dnia 25 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 340/10. W tym miejscu wskazać należy, iż rozprawa odbyła się w dniu 25 marca 2010 roku i w tym dniu została zamknięta. Na rozprawie przystępujący nie podnosił okoliczności, które wskazał w piśmie z dnia 26 marca 2010 roku.

W myśl art. 190 ust. 2 ustawy Pzp wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Oznacza to, że Izba ocenia sprawę mając na uwadze stan sprawy, czyli istniejące okoliczności faktyczne i stan prawny obowiązujący na dzień, do którego strony i uczestnik postępowania mogli przytaczać fakty i dowody, tj. na dzień zamknięcia rozprawy i należy to uznać za zasadę. Niedopuszczalne jest zatem powołanie się w wyroku na dokument, złożony przez jedną ze stron po zamknięciu rozprawy bez umożliwienia stronie przeciwnej złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego dokumentu. W ocenie Izby przedłożenie po zamknięciu rozprawy oświadczenia Pana Krzysztofa P., iż pełnił on nadzór techniczny na kontraktach W-04 i W-07, nie zaś – jak wskazał przystępujący w ofercie – na kontrakcie W-03 nie jest okolicznością uzasadniającą otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy na podstawie art. 190 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem przewodniczący składu orzekającego otwiera na nowo zamknięte posiedzenie lub rozprawę, jeżeli po ich zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Taką istotną okolicznością mogą być oczywiście nowe dowody mające wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, jednakże *ratio legis* cytowanego przepisu nie oznacza możliwości dla uczestnika postępowania powoływania jakichkolwiek nowych dowodów, lecz tylko takich, które ujawniły się już po zamknięciu rozprawy. Chodzi więc o takie dowody, o których istnieniu uczestnik postępowania wcześniej nie wiedział i przy zachowaniu należytej staranności nie mógł się dowiedzieć. W ocenie Izby przywołane w piśmie okoliczności nie uzasadniają twierdzenia, iż przystępujący nie mógł ich powołać przed zamknięciem rozprawy, tym bardziej, że we wzmiankowanym piśmie nie uzasadnił przyczyn, dla których okoliczności tych nie ujawnił wcześniej.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a, ust. 2 oraz ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....