

WYROK

z dnia 26 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Andrzej Niwicki
Marzena Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lipca 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Biuro Usług Inwestycyjnych C..... & H..... sp. j. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Tebodin Poland Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Wodna 47, 90-046 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź – Zarząd Dróg i Transportu, ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź,**

przy udziale wykonawcy **ECM Group Polska S.A, Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Biuro Usług Inwestycyjnych C..... & H..... sp. j. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Tebodin Poland Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Wodna 47, 90-046 Łódź:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Biuro Usług Inwestycyjnych C..... & H..... sp. j. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Tebodin Poland Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Wodna 47, 90-046 Łódź** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:**
(1) Biuro Usług Inwestycyjnych C..... & H..... sp. j. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Tebodin Poland Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Wodna 47, 90-046 Łódź na rzecz Miasta Łódź – Zarządu Dróg i Transportu, ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Łódź - Zarząd Dróg i Transportu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji Zadania: „Rozbudowa i modernizacja trasy tramwaju w relacji Wschód - Zachód (Retkinia - Olechów) wraz z systemem zasilania oraz systemem obszarowego sterowania ruchem”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w dniu 7 marca 2013r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (nr ogłoszenia 2013/S 047-076207). Odwołujący: Konsorcjum: Biuro Usług Inwestycyjnych Tebodin Poland sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie; zaniechania czynności odrzucenia oferty ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie pomimo, że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz jest sprzeczna z Ustawą; zaniechania czynności wykluczenia ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie pomimo iż ww. Spółka nie potwierdziła spełniania warunków udziału w postępowaniu postawionych w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 Ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez nieodrzućenie oferty ECM Group Polska S.A., w sytuacji w której nie odpowiada ona treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia; art. 26 ust. 1 Ustawy poprzez brak wezwania wykonawcy ECM Group Polska S.A. do złożenia dokumentów potwierdzających umocowanie dla A..... F..... oraz O..... R..... G..... do reprezentowania podmiotów', które zobowiązały się do użyczenia wykonawcy swojej wiedzy oraz doświadczenia; art. 26 ust. 4 Ustawy poprzez brak wezwania wykonawcy ECM Group Polska S.A. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie przedłożonych referencji; § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), poprzez jego błędne zastosowanie w sytuacji, gdy nieuzasadnione było przyjęcie przez Zamawiającego, że podmioty, z których doświadczenia i wiedzy korzystać będzie wykonawca ECM Group Polska S.A., nie będą brały udziału w realizacji części przedmiotowego zamówienia; art. 60 Kodeksu cywilnego poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że złożone przez wykonawcę ECM Group Polska S.A. oświadczenia woli (zobowiązania) innych podmiotów' do skorzystania z ich wiedzy i doświadczenia są prawidłowe, w sytuacji w której nie można

wywieść kiedy de facto zostały złożone skoro dokumentów je zawierających nie opatrzone datą ich sporządzenia, jak również brak jest dokumentów z których wynika, że osoby które podpisały zobowiązania były uprawnione do reprezentowania w. podmiotów w zakresie objętym zobowiązaniami.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności dokonania przez Zamawiającego wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez ECM Group Polska S.A., dokonania ponownego badania i oceny ofert; wykluczenia ECM Group Polska S.A. z postępowania z racji niespełniania przez ww. warunków udziału w postępowaniu; odrzucenia oferty ECM Group Polska S.A. z uwagi na jej niezgodność z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz z Ustawą; wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty Odwołującego, a tym samym wyboru Odwołującego do realizacji zamówienia.

W ocenie Odwołującego, uznanie przez Zamawiającego, że informacje w zakresie personelu, jakim dysponuje Wykonawca ECM Group Polska S.A. w celu wykonania przedmiotu zamówienia, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, prowadzi do ograniczenia zasady swobody konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, uniemożliwiając Odwołującemu oraz pozostałym wykonawcom biorącym udział w przetargu zapoznanie się z całością oferty, która została wybrana jako najkorzystniejsza i dokonania jej oceny pod względem prawidłowości i zgodności z prawem. Odwołujący podkreślił, że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa musi ona charakteryzować się następującymi cechami: mieć charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny; stanowić tajemnicę, co oznacza jej nieujawnianie do publicznej wiadomości oraz, że podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odwołujący podniósł, że z wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę ECM Group Polska S.A. wynika, że Zarząd Spółki podjął działania mające na celu ochronę informacji związanych z doświadczeniem i składem personelu wskazanego do realizacji zamówień publicznych po negatywnych doświadczeniach związanych ze składaniem w pełni jawnych ofert w latach poprzednich. Odwołujący zatem uznał, że uprawnione jest twierdzenie, że informacje w zakresie personelu wykonawcy ECM Group Polska S.A. nie stanowią tajemnicy, ponieważ zostały już ujawnione i podane do wiadomości publicznej w innych, wcześniejszych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których Wykonawca ten występował. To, zdaniem Odwołującego, powoduje, że nie została spełniona jedna z trzech przesłanek koniecznych do uznania informacji dotyczących personelu Wykonawcy za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zwrócił uwagę, że ocena czy określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy do Zamawiającego. Biorąc zaś pod uwagę, że informacje w zakresie personelu Wykonawcy zostały ujawnione i nie stanowią tajemnicy

przedsiębiorstwa według definicji określonej w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Zamawiający winien informacje te odtajnić i zapewnić do nich dostęp pozostałym oferentom, w tym Odwołującemu.

Zaniechanie powyższego doprowadziło do zaburzenia zasady swobody konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wynikających z art. 7 Prawa zamówień publicznych, w trakcie przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał ponadto, że Wykonawca - ECM Group Polska S.A. nie wykazał spełniania jednego z kluczowych kryteriów warunkujących dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. W pkt 6.1.2 ppkt. 1.1 lit a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazano, że „Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał (zakończył) niżej wymienione usługi, pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu na robotach budowlanych o łącznej wartości robót budowlanych minimum 100 mln zł (sto milionów złotych) brutto, w tym obejmujących usługę polegającą na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu na budowie lub modernizacji (wykonanie lub zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych) linii tramwajowej o długości co najmniej 2 km t.p. oraz przebudowie infrastruktury podziemnej (minimum 3 sieci) obejmującym w swym zakresie kompleksową obsługę finansową i techniczną zadania inwestycyjnego. Odwołujący wskazał, że z treści złożonego przez wykonawcę zaświadczenia wydanego przez S..... M..... O..... Dyrektora Technicznego Spółki Koncesjonariusza Tramwaju w Murcji, wynika, że zrealizowane zamówienie, którym może wykazać się firma Ingenieria IDOM International, (zgłoszona przez Wykonawcę jako firma użyczająca swojej wiedzy i doświadczenia), wykonała co prawda w Konsorcjum z firmą TYPESA, przy udziale wynoszącym 63% zamówienie polegające na zarządzaniu projektem / nadzorze nad wykonaniem inwestycji Linia 1 Tramwaju w Murcji. Odwołujący wskazał, że zamówienie to obejmowało jedynie budynek i kompleksowe instalacje zajezdni i hali warsztatowej. W ocenie Odwołującego, firma użyczająca nie pełniła funkcji Inżyniera Kontraktu na budowie lub modernizacji (wykonanie lub zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych) linii tramwajowej o długości co najmniej 2 km. Odwołujący wskazał także, że wymogi Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w 6.1.2 ppkt. II lit a precyzują, że oprócz pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu nad budową lub modernizacją linii tramwajowej o długości minimum 2 km, wykonawca winien wykazać się pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu nad przebudową infrastruktury podziemnej (minimum 3 sieci). Odwołujący podniósł, że Wykonawca nie wykazał się spełnieniem także tego warunku, ponieważ pełnienie nadzoru nad wykonywaniem kompleksowych instalacji zajezdni i hali warsztatowej w żadnej mierze nie wskazuje, aby w

zakres ten wchodziły 3 sieci infrastruktury podziemnej. Nadto Odwołujący podniósł, że Specyfikacja w omawianym punkcie wymaga, aby nadzór dotyczył przebudowy infrastruktury podziemnej. Wykonywanie instalacji zajezdni i hali warsztatowej stanowi budowę (wykonywanie od podstaw), a nie przebudowę istniejącej infrastruktury. Wykonawca nie wykazał jednak, również na podstawie innych złożonych referencji, spełnienia ww. warunków. W związku z powyższym Odwołujący uznał, że Wykonawca nie spełnił przesłanek wymaganych dla dopuszczenia go do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazanych w 6.1.2 ppkt. 1.1 lit a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający winien zatem odrzucić jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podniósł także, że ze złożonych przez Wykonawcę ECM referencji nie wynika, aby spełnił on warunek określony w pkt 6.1.2 ppkt. 1.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przewidujący konieczność pełnienia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, funkcji Inżyniera Kontraktu na robotach budowlanych o łącznej wartości ww. robót minimum 100 mln złotych. Jak wynika bowiem z referencji wystawionych przez Augustina Zugasti Arizmendiariety, Inżyniera ds. dróg, kanałów i portów IDOM Ingenieria y Consultoria S.A., zgłoszonej przez Wykonawcę jako firma użyczająca swoją wiedzę i doświadczenie, zarządzała ona projektem budowy dwupasmowej drogi Donostia - San Sebastian, jako połączenie z drogą A-8 Aritzeta - Enlace w Urumea, które były wykonywane w latach 2007, 2008, 2009, 2010, i których łączny budżet na realizację kontraktu osiągnął wartość 96.618.340 euro. Z omawianej referencji nie wynika, czy nadzór był pełniony na podstawie jednego zamówienia i jednej umowy czy też może kilku oraz kiedy umowy te zakończyły się, co dodatkowo utrudnia, zdaniem Odwołującego, ocenę spełniania wymagań w zakresie udziału ECM Group Polska S.A. w postępowaniu przetargowym. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień w tym zakresie, czym naruszył art. 26 ust. 4 Ustawy. Odwołujący podniósł, że skoro Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wyraźnie wskazuje, że nadzór nad robotami budowlanymi miał się odbywać w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, to być może przy tak nieprecyzyjnym sformułowaniu referencji Wykonawca mógł się wykazywać pełnieniem nadzoru jedynie za okres od dnia 29 kwietnia 2010 r. do dnia 19 sierpnia 2010 r. tj. okres niecałych 4 m-cy (termin do składania ofert upływał w dniu 29.04.2013r.- data wystawienia referencji 19 sierpnia 2010 r.), a nadzór za lata 2007-2009 być może nie powinien zostać w ogóle wzięty pod uwagę przy ocenie spełniania kryteriów udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to tym samym, że być może przy ocenie spełnienia wymagań określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków

Zamówienia, powinna być brana pod uwagę jedynie ułamkowa część wykazywanej łącznej kwoty budżetu robót budowlanych, co do których IDOM Ingenieria y Consultoria S.A. pełniła nadzór inwestorski. Omawiane referencje są nieprecyzyjne i niejasne w tym zakresie, a Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do złożenia stosowanych wyjaśnień, czym naruszył art. 26 ust. 4 Ustawy.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia w pkt 6.1.2 ppkt 1.1 wymaga wykazania się przez podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia publicznego pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, zaś zobowiązania przedstawione przez Wykonawcę wskazują jedynie na wykonywanie nadzoru/zarządzania wymienionymi w nich kontraktami. W ocenie Odwołującego, może to rodzić wątpliwości, czy przesłanka określona w Specyfikacji została przez Wykonawcę spełniona. Brak wyjaśnienia również ww. wątpliwości przez Zamawiającego stanowi w ocenie Odwołujących naruszenie art. 26 ust. 4 Ustawy.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający uznał za wiarygodne i prawidłowe pisemne zobowiązanie Ingenieria IDOM International S.A. z siedzibą w Avenida Monasterio de EL Escorial 28049 Madrid oraz zobowiązanie IDOM Ingenieria y Consultoria S.A. złożone po wezwaniu Wykonawcy do przedstawienia wyjaśnień, w sytuacji, w której dokumenty te nie zawierają daty ich sporządzenia. W ocenie Odwołującego brak określenia daty jest bardzo istotnym uchybieniem. Zgodnie bowiem z wymogami stawianymi przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawcę powinny potwierdzać spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tj. w dniu 29.04.2013r. W omawianym przypadku nie można jednak ustalić na jaki dzień w/w zobowiązania zostały podjęte, a zatem nie wskazano czy Wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w wymaganej dacie.

Nadto w ocenie Odwołującego, przedłożenie przez Wykonawcę ECM Group Polska S.A. jedynie zobowiązań IDOM Ingenieria y Consultoria S.A., oraz Ingenieria IDOM International S.A. do oddania niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia, z zastrzeżeniem, że podmioty te nie będą brały udziału w realizacji umowy jest niewystarczające. W ocenie Odwołującego, specyfika zamówienia w niniejszej sprawie powoduje, że dla prawidłowego pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu konieczny jest faktyczny i ciągły udział podmiotów, które zobowiązały się użyczyć swej wiedzy i doświadczenia. Nadzór na projektowaniem, a następnie wykonywaniem robót budowlanych przy rozbudowie i modernizacji trasy tramwajowej, w tym przebudowie sieci, musi być związany z faktycznym i osobistym uczestnictwem osób legitymujących się odpowiednią wiedzą i doświadczeniem z ramienia zobowiązanych podmiotów. Prowadzenie przez udostępniających jedynie konsultacji

(mailowych/telefonicznych) w tak trudnym przedsięwzięciu, wymagającym stałej obecności doświadczonych osób np. na placu budowy, gdzie na bieżąco należy rozwiązywać np. problemy z przebudową sieci i inne, przez podmioty zagraniczne nie mające stałego oddziału czy chociażby przedstawicielstwa na terytorium Polski, które mają swoją siedzibę oddaloną o tysiące kilometrów od miejsca realizacji zamówienia, z całą pewnością nie zapewnia realności udostępnienia i będzie niewystarczające do prawidłowego i należytego wykonania zadania objętego postępowaniem przetargowym w niniejszej sprawie a wręcz odwrotnie utrudni tylko i wydłuży proces realizacji inwestycji.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Izba rozważała zarzuty tylko w zakresie spornym pomiędzy stronami na chwilę zamknięcia rozprawy.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Gdyby potwierdziły się zarzuty stawiane w odwołaniu, miałyby szansę uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy jako nie spełniającej warunków udziału w postępowaniu określonych w punkcie 6.1.2. ppkt 1.1. lit. a

Izba ustaliła, że w treści warunku opisanego w punkcie 6.1.2 ppkt. 1.1 lit a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazano, że Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał (zakończył) niżej wymienione usługi, pełnił funkcję Inżyniera Kontraktu na robotach budowlanych o łącznej wartości robót budowlanych minimum 100 mln zł (sto milionów złotych) brutto, w tym obejmujących usługę polegającą na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu na budowie lub modernizacji (wykonanie lub zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych) linii tramwajowej o długości co najmniej 2 km t.p. oraz przebudowie infrastruktury podziemnej (minimum 3 sieci) obejmującym w swym zakresie kompleksową obsługę finansową i techniczną zadania inwestycyjnego.

Izba ustaliła, że celem potwierdzenia spełnienia warunku należało złożyć wykaz zrealizowanych prac wraz dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie prac.

Wykonawca ECM przedstawił w ofercie wykaz, w którym m. in. przedstawił robotę: pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu (zarządzanie projektem, koordynacja i kontrola oraz nadzór nad wykonaniem inwestycji) podczas realizacji zadania budowa Linii 1 Tramwaju w Murcji o długości 17,8 km t.p. oraz przebudowa infrastruktury podziemnej (3 sieci) obejmująca swym zakresem kompleksową obsługę finansową i techniczną zadania. Dodatkowo złożył dokument - zaświadczenie wydane w dniu 15 kwietnia 2011 roku przez S..... M..... O....., Dyrektora Technicznego Spółki Koncesjonariusza Tramwaju w Murcji. Z treści oświadczenia wynika, że zrealizowane zostało zamówienie polegające na zarządzaniu projektem/ nadzorze nad wykonaniem inwestycji Linia 1 Tramwaju w Murcji. Zamówienie zrealizowała przy udziale wynoszącym 63%, firma Ingenieria IDOM International, (zgłoszona przez Wykonawcę jako firma użyczająca swojej wiedzy i doświadczenia) w Konsorcjum z firmą TYPESA. Długość odcinka 17,8 km. Zasilanie odbywa się przez sieć trakcyjną.

Odwołujący podniósł, że Wykonawca ECM nie wykazał na podstawie złożonych referencji, spełnienia ww. warunku. Odwołujący wskazywał, że zamówienie to obejmowało jedynie budynek i kompleksowe instalacje zajezdni i hali warsztatowej. W ocenie Odwołującego, firma użyczająca nie pełniła funkcji Inżyniera Kontraktu na budowie lub modernizacji (wykonanie lub zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych) linii tramwajowej o długości co najmniej 2 km. Odwołujący podkreślił także, że Wykonawca ECM nie wykazał spełnienia warunku, ponieważ z dokumentów w postaci referencji nie wynikało, aby w zakres ten wchodziły 3 sieci infrastruktury podziemnej. Dodatkowo, wykonywanie instalacji zajezdni i hali warsztatowej stanowiło budowę (wykonywanie od podstaw), a nie przebudowę istniejącej infrastruktury.

Na wstępie Izba zauważa, że Wykonawca ECM złożył wszystkie wymagane przez Zamawiającego rodzaje dokumentów w zakresie potwierdzenia warunku opisanego w punkcie 6.1.2 ppkt. 1.1 lit a SIWZ.

Zamawiający dokonuje oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu na podstawie przedstawionych w ofercie dokumentów. W niniejszym postępowaniu takim dokumentem, który miał potwierdzić spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia (warunek opisany w punkcie 6.1.2 ppkt. 1.1 lit a SIWZ) był wykaz zrealizowanych prac, w którym znalazło się oświadczenie wykonawcy o tym m.in., jaki rodzaj prac zrealizował wykonawca, na rzecz jakiego podmiotu, a także w jakim okresie były realizowane prace. Dodatkowo Zamawiający ocenił spełnienie warunku na podstawie załączonych referencji, które potwierdzać miały (i tak też wymagał Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu), że zrealizowane prace zostały wykonane należyście. Należy wskazać, że obydwie dokumenty,

wykaz zrealizowanych usług oraz referencje należy czytać łącznie.

Zamawiający nie dysponuje innymi dokumentami, które mogłyby potwierdzić spełnienie (lub brak spełnienia) warunku. W tym miejscu podkreślić należy, że wykaz rodzajów dokumentów jakich może żądać Zamawiający od wykonawców został ściśle określony przez ustawodawcę. Należy więc zauważyć, że ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający może przeprowadzić wyłącznie na podstawie dokumentów, w tym oświadczeń, które zostały złożone w ofercie (w oparciu o wytyczne zawarte w SIWZ).

Należy podkreślić, że treść referencji nie musi w pełni odzwierciedlać opisu warunku udziału w postępowaniu. Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 23 października 2012 roku (sygn. VIII Ga 137/12) stwierdził, że: Referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można zatem wymagać i egzekwować od wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie konkretnego i zindywidualizowanego warunku. Dokument referencji nie musi wprost zawierać stwierdzenia, że określona dostawa lub usługa została wykonana należycie, bowiem istotne jest, aby z treści dokumentu wynikała prawidłowość wykonania dostawy lub prac. Oczywiście, treść referencji może wskazywać także na dodatkowe informacje związane z wykonywaną usługą/robotą budowlaną. Jednakże obydwa dokumenty (wykaz i referencje należy czytać łącznie) a podstawowym celem przedstawienia referencji czy protokołów zrealizowania roboty budowlanej jest potwierdzenie, że praca została zrealizowana należycie. Wykonawca Przystępujący przedstawił w trakcie rozprawy oświadczenie firmy Idom z dnia 2 lipca 2013 roku, z którego wynika, że zadanie inwestycyjne realizowane przez firmę Idom pn. Budowa linii Tramwajowej nr 1 w Murcji, obejmowało budowę 17,8 km linii tramwajowej wraz z siecią trakcyjną, torowiskiem, zajezdnią i halą warsztatową. Podczas budowy torowiska zostały również przebudowane podziemne linie wodociągowe, kanalizacyjne, gazowe i telekomunikacyjne w ramach kontraktu. W treści oświadczenia podkreślono także, że usługa Inżyniera Kontraktu w Hiszpanii może występować pod różnymi nazwami tj. Zarządzający Projektem, Project Manager i jest tożsama z zakresem usługi Inżyniera Kontraktu w Polsce wraz z nadzorem i weryfikacją dokumentacji a także zarządzaniem budową. Powyższe oświadczenie jedynie potwierdziło, że nie jest prawdziwe oświadczenie Odwołującego, że firma używająca nie pełniła funkcji Inżyniera Kontraktu na budowie lub modernizacji oraz że zamówienie obejmowało jedynie budynek i kompleksowe instalacje zajezdni i hali warsztatowej oraz że stwierdzenia Odwołującego były gołosłowne. Odwołujący nie przedstawił dowodów na potwierdzenie swojego stanowiska. Z powyższego wynika, że linia tramwajowa miała więcej, niż wymagane przez Zamawiającego 2 km. Ponadto oświadczenie potwierdza, że zostały przebudowane również torowiska i linie podziemne, co wypełnia warunki Zamawiającego. W ocenie Izby z treść referencji odnosi się do finansowego udziału

firmy Idom (w wysokości 63%). Odwołujący nie wykazał, w ocenie Izby, aby Wykonawca ten nie realizował zamówienia w przedmiotowym zakresie. Chociaż z treści referencji nie wynikały okoliczności, na które powołuje się Odwołujący i które były kluczowe dla stwierdzenia każdego z elementów warunku udziału w postępowaniu, to przede wszystkim należy zauważyć, że podstawowym celem przedstawienia referencji czy protokołów zrealizowania roboty budowlanej jest potwierdzenie, że praca została zrealizowana należycie.

Zarzut naruszenia § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane poprzez jego błędne zastosowanie w sytuacji, gdy nieuzasadnione było przyjęcie przez Zamawiającego, że podmioty z których doświadczenia i wiedzy korzystać będzie wykonawca ECM Group Polska S.A. nie będą brały udziału w postępowaniu.

Przystępujący przedstawił w ofercie zobowiązanie firmy Idom Internacional S.A. oraz Idom Ingenieria y Consultoria do oddania niezbędnych zasobów t.j. wiedzy i doświadczenia zgodnie z art. 26 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych do dyspozycji ECM Group Polska S.A. na okres niezbędny do wykonywania zamówienia, z którego wynikało, że udostępni zasoby udzielając pełnego wsparcia merytorycznego poprzez wydawanie opinii i stałe konsultacje w zakresie przedmiotu zamówienia przez cały okres realizacji umowy z Zamawiającym.

W ocenie Odwołującego, przedłożenie przez Wykonawcę ECM Group Polska S.A. jedynie zobowiązań IDOM Ingenieria y Consultoria S.A., oraz Ingenieria IDOM Internacional S.A. do oddania niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia, z zastrzeżeniem, że podmioty te nie będą brały udziału w realizacji umowy jest niewystarczające. Odwołujący podkreślił, że specyfika zamówienia w niniejszej sprawie powoduje, że dla prawidłowego pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu konieczny jest faktyczny i ciągły udział podmiotów, które zobowiązały się użyć swej wiedzy i doświadczenia. Prowadzenie przez udostępniających jedynie konsultacji (mailowych/telefonicznych) w tak trudnym przedsięwzięciu nie zapewnia realności udostępnienia i będzie niewystarczające do prawidłowego i należytego wykonania zadania objętego postępowaniem przetargowym w niniejszej sprawie.

Izba uznała powyższy zarzut za bezpodstawny. Izba podziela stanowisko, zgodnie z którym ustawodawca w treści ustawy Prawo zamówień publicznych w art. 26 ust. 2 b ustawy nie przewidział rozróżnienia na zasoby, z którymi wiąże się obowiązek udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia i zasoby, których udostępnienie takiego obowiązku nie

rodzi. Z przepisów prawa nie wynika bowiem obowiązek, aby podmiot udostępniający zasoby brał udział w realizacji zamówienia w jakiś szczególny sposób. Sposób uczestnictwa nie został określony, zatem może mieć dowolną, prawem dozwoloną formę, a więc także podwykonawstwo, stałe konsultacje. Należy więc przyjąć, że zaangażowanie podmiotu trzeciego poprzez podwykonawstwo, stałe konsultacje nie są formą, w jakiej podmiot trzeci nie mógłby brać udziału w realizacji zamówienia.

Tak też w orzeczeniu Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 lipca 2011 roku, sygn. akt XII Ga 315/11 „(..) aby skutecznie udostępnić swój potencjał podmiot trzeci nie musi brać udziału w wykonaniu przedmiotu zamówienia w jakimkolwiek charakterze. Korzystając z zasobu podmiotu trzeciego wykonawca może wykonać przedmiot zamówienia samodzielnie. Nie można w tej sytuacji uznać za uprawniony pogląd, iż aby skutecznie udostępnić swój potencjał osoba trzecia musiałaby brać udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy”. Nie ulega wątpliwości, że wykonawcą jest podmiot, który złożył ofertę, zaś podmiot trzeci udostępnia jedynie swoje zasoby (w tym uczestniczy w realizacji umowy w sposób wskazany w oświadczeniu), co jest prawnie przewidzianą formą.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieodrzućenie oferty wybranego Wykonawcy jako nie spełniającej warunków udziału w postępowaniu określonych w punkcie 6.1.2 ppkt 1.1 SIWZ.

Zamawiający w SIWZ określił warunek w punkcie 6.1.2 ppkt 1.1 SIWZ, zgodnie z którym wykonawcy mieli wykazać że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonali (zakończyli) usługi: 1) pełnili funkcję Inżyniera Kontraktu na robotach budowlanych o łącznej wartości robót budowlanych minimum 100 mln złotych brutto obejmujących 1 usługę polegającą na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu na budowie lub modernizacji (wykonanie lub zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych) infrastruktury podziemnej (minimum 3 sieci) obejmującym w swym zakresie kompleksową obsługę finansową i techniczną zadania inwestycyjnego; 2) usługi polegające na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu na zadaniach zawierających w swoim zakresie zaprojektowanie i budowę obiektów inżynierskich (wiadukt, tunel, most, estakada).

Izba ustaliła, że Wykonawca przedstawił w wykazie pracę: „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu (zarządzanie projektem, koordynacja i kontrola oraz nadzór nad wykonaniem inwestycji podczas realizacji zadania budowa dwupasmowej drogi publicznej Donostia-San Sebastian, jako połączenie z drogą A-8 Aritzeta – Enlace w Urumea o długości 8,5 km wraz z infrastrukturą techniczną. W wykazie wskazano, że w ramach zadania wybudowano obiekty inżynierskie: 7 wiaduktów oraz 1 tunel. Wskazano także, że prace były wykonywane w okresie 10. 2007 do 7.2010. Wykonawca ECM przedstawił w ofercie referencje, z dnia 19

sierpnia 2010 roku z których treści wynikało m.in., że Wykonawca Idom Inenieria Y Consultoria S.A. prowadził usługi polegające na zarządzaniu projektem budowy dwupasmowej drogi Donostia – San Sebastian, jako połączenie z drogą Aritzeta – Enlace w Urumea, wykonywane w latach 2007, 2008, 2009 oraz 2010, których budżet na realizację kontraktu osiągnął wartość 96 618 340 euro, składający się z następujących robót budowlanych: odcinek 8,5 km nowej dwupasmowej drogi, 7 wiaduktów, 1 tunel i dwie pokrywy tuneli.

Odwołujący podniósł, że z przedłożonych referencji nie wynikało, że nadzór był pełniony w ramach jednego zamówienia i jednej umowy.

Izba odnosząc się do zarzutu stwierdziła, że zarzut jest bezpodstawny. W pierwszej kolejności należy zauważyć że z przepisów prawa nie wynika taki obowiązek (jak wskazał Odwołujący). Wykonawcy mogą nabywać doświadczenie na podstawie wielu cyklicznie zawieranych umów (miesięcznych), istotne jest, aby wykonywane prace dotyczyły jednego przedsięwzięcia. Izba zauważa, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdziłyby, że warunek nie został spełniony przez Wykonawcę ECM. Z treści referencji nie wynikało wprost, że usługa ta była podzielona. Treść referencji potwierdza, że wskazana usługa była realizowana w wymienionych w referencji latach.

Izba wzięła także pod uwagę fakt, że Przystępujący przedstawił oświadczenie firmy Idom z 24 lipca 2013 roku, w którym zostało potwierdzone, że firma ta świadczyła usługę Inżyniera kontraktu (nadzór inwestorski, weryfikacja dokumentacji, zarządzanie projektem) przy realizacji inwestycji budowy drogi Donostia – San Sebastina w Hiszpanii w latach 2007 – 2010 w ramach jednej umowy z klientem. Prace zakończyły się w lipcu 2010 roku. Powyższe oświadczenie jednoznacznie potwierdza, że realizacja zamówienia odbyła się w ramach jednej umowy, a zatem Wykonawca Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu i Zamawiający był uprawniony do tego, aby zaliczyć wymagany okres doświadczenia.

Jednocześnie z treści tych oświadczeń wynika, że usługa Inżyniera Kontraktu występuje w Hiszpanii pod różnymi nazwami (Zarządzający Projektem, Project Manager), jednakże jest ona tożsama z zakresem usługi inżyniera kontraktu w Polsce. Odwołujący nie wykazał, że okoliczności te nie są prawdziwe. Zamawiający ma uprawnienia, nie zaś obowiązek wyjaśniać okoliczności dotyczące treści dokumentów złożonych przez Wykonawców w sytuacji, gdy powźmie wątpliwości. Skoro Zamawiający nie miał wątpliwości, brak było podstaw do wzywania do wyjaśnień. Z tego względu Izba uznała zarzut Odwołującego za bezzasadny.

W ocenie Odwołującego brak określenia daty na pisemnym zobowiązaniu do oddania zasobów złożonym po wezwaniu Wykonawcy do przedstawienia wyjaśnień jest bardzo istotnym uchybieniem. Nie można jednak ustalić na jaki dzień w/w zobowiązania zostały

podjęte, a zatem nie wskazano czy Wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w wymaganej dacie.

W ocenie Izby brak daty sporządzenia zobowiązania nie oznacza w okolicznościach niniejszej sprawy, że wykonawca ECM nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba miała bowiem na uwadze fakt, że treść zobowiązań firm Ingenieria Idom Internacional S.A i Idom Ingenieria y Consultoria została złożona także w ofercie. Uzupełnione oświadczenia stanowią integralną część zobowiązań, potwierdzają jedynie tę samą treść, która wynika z oświadczeń złożonych w ofercie. Powyższe potwierdza, że już na chwilę składania ofert Wykonawcy zobowiązali się do udostępnienia swoich zasobów na rzecz Przystępującego. Tym samym, w ocenie Izby zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Naruszenie zasady jawności poprzez nie odtajnienie przez Zamawiającego zastrzeżonego przez Wykonawcę wykazu osób.

Izba ustaliła, że Zamawiający żądał, aby wykonawcy przedstawili wykaz osób, które będą realizowały zamówienie wraz z określonymi informacjami dotyczącymi tych osób. Wykonawca ECM Group Polska S.A. objął złożony w ofercie dokument wykazu osób, które będą brały udział w zamówieniu tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy ECM Group Polska S.A. o wyjaśnienie dokonanego zastrzeżenia stron oferty zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. W wyjaśnieniach wykonawca wskazał, że zachowuje należyte środki ochrony, aby przedmiotowymi wykazami osób dla danego postępowania oraz bazą danych nie dysponował jakikolwiek inny podmiot lub osoba do tego nieuprawniona. Wskazał, że zastrzeżone informacje mają dla Wykonawcy znaczną wartość organizacyjną, handlową i gospodarczą. Uzasadnił swoją tezę tym, że zastrzeżone informacje tj.: identyfikacja danej osoby na danym stanowisku umożliwił Wykonawcy zaoferowanie wykonania zamówienia za daną cenę. Posiadanie takich informacji przez innego wykonawcę mogłoby uniemożliwić zawarcie ostatecznej umowy o współpracy z danym ekspertem, lub zerwanie umowy już podpisanej, co spowodowałoby znaczne straty finansowe Wykonawcy. Odwołujący wskazał, że informacje w zakresie personelu wykonawcy ECM Group Polska S.A. nie stanowią tajemnicy, ponieważ zostały już ujawnione i podane do wiadomości publicznej w innych, wcześniejszych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których Wykonawca ten występował. To, zdaniem Odwołującego, powoduje, że nie została spełniona jedna z trzech przesłanek koniecznych do uznania informacji dotyczących personelu Wykonawcy za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający we wniesionej

odpowiedzi na odwołanie podniósł, że nie miał żadnych podstaw do przyjęcia, iż wcześniejsze „jawne” wykazy są tożsame z wykazami złożonymi w toku niniejszego postępowania. Nie jest więc, w ocenie Zamawiającego, uzasadnione twierdzenie, iż zastrzeżone w obecnym postępowaniu informacje zostały wcześniej ujawnione.

Izba stoi na stanowisku, że wszystkie składane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokumenty, zawarte w ofercie i jej uzupełnieniu na wezwanie Zamawiającego, powinny być jawne. Zasada jawności jest bowiem naczelną zasadą procedury o udzielenie zamówienia publicznego. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa może mieć miejsce jedynie w wyjątkowych przypadkach. Powszechnie wiadomo, że za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny przedsiębiorstwa, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, a także podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. W ocenie Izby zarzut Odwołującego, dotyczący naruszenia zasady jawności zasługuje na uwzględnienie. Wszelkie dokumenty składane w postępowaniu, w tym także wykazy osób, są dokumentami podlegającymi ocenie i nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie, w ocenie Izby, w szczególnych okolicznościach niniejszej sprawy, Wykonawca mógł utajnić dane personalne osób, które będą realizowały zamówienie. Wskazał na szczególną potrzebę związaną z ochroną swoich interesów i negatywne doświadczenia związane z dotychczasowym udziałem w postępowaniach przetargowych, w tym polegające na uniemożliwieniu współpracy z proponowanymi ekspertami i próbach nawiązania współpracy z ekspertami przez podmioty trzecie z pominięciem Wykonawcy. Izba uznała, że uprawnione zatem było utajnienie danych w zakresie imienia i nazwiska osób, które będą brały udział w realizacji zamówienia, jak również danych, które wprost mogą doprowadzić do identyfikacji tych osób. W ocenie Izby, w szczególnych okolicznościach niniejszej sprawy, danymi, które mogą wprost identyfikować osobę są dane w zakresie opisu doświadczenia poszczególnych osób. Opisy doświadczenia zawierają bowiem dane dotyczące konkretnych projektów zrealizowanych przez poszczególne osoby. Z uwagi na fakt, że projekty te dotyczą wielkich inwestycji wraz z datami ich realizowania, umożliwiają przez to identyfikację osób, które działały przy ich realizacji. Pozostałe dane nie powinny zaś podlegać utajnieniu. Izba, pomimo uwzględnienia zarzutu, nie nakazała odtajnienia pozostałych informacji z wykazu, z uwagi na fakt, że nie prowadziły do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zatem nie miałyby to wpływu na wynik postępowania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....