Sygn. akt: KIO 1253/17

WYROK
z dnia 11 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu: 6 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2017 r. przez **wykonawcę: T. PRKil S.A. z siedzibą w W.** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w W.**

przy udziale **wykonawcy T. S. A. z siedzibą w P.** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę T. PRKil S.A. z siedzibą w W.i:**
   1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę T. PRKil S.A. z siedzibą w W.** tytułem wpisu od odwołania;
   2) zasądza od **wykonawcy: T. PRKil S.A. z siedzibą w W.** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w W.** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od

---

dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 1253/17

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w W. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164) (zwanej dalej również „ustawą *Pzp”),* postępowanie o udzielenie zamówienia *na Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizacja robót budowlanych w formule zaprojektuj i wybuduj dla projektu (…) Poprawa przepustowości linii kolejowej (…) na odcinku W.-M. M., etap I.*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 22 lutego 2017 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 lutego 2017 r. pod numerem 2017/S 039-071433.

Wykonawca - T. PRKil S.A. z siedzibą w W. (zwany dalej „Odwołującym”) w dniu 19 czerwca 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie

wobec czynności Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy T. S. A. z siedzibą w P. oraz nieprzyznaniu dodatkowej punktacji wykonawcy T. PRKiI S.A. z siedzibą w W. w kryterium „Doświadczenie kluczowego personelu" za doświadczenie kierownika budowy nabytego na zadaniach inwestycyjnych: „Modernizacja linii kolejowej (…), etap II, Odcinek Z.-K.-K., Przetarg nr (…), Modernizacja odcinków: J. S.-T. (km 15,810-29,110 linii Nr (…)), J. S.-S. J. (km 0,000-6,847 linii Nr (…))" oraz „Zaprojektowanie i wykonanie przebudowy odcinka linii kolejowej S.-K. w ramach projektu Modernizacja linii kolejowej W. – Ł., (…) etap, S.-Ł. W.", dokonanie modyfikacji specyfikacji po terminie składania ofert, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 38 ust. 4, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu: dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy T. S. A. z siedzibą w P. jako najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny oferty Odwołującego i przyznania jej dodatkowych punktów w kryterium „Doświadczenie kluczowego personelu", dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy T. PRKiI S.A. z siedzibą w W. jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 20 czerwca 2017 r.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 22 czerwca 2017 r. zgłosił przystąpienie wykonawca T. S. A. z siedzibą w P..

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy T. S. A. z siedzibą w P. (zwanego dalej również: „Przystępującym *T.*").

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: „Opracowanie *dokumentacji projektowej oraz realizacja robót budowlanych w formule zaprojektuj i wybuduj dla projektu (…) Poprawa przepustowości linii kolejowej (…) na odcinku W.-M. M., etap (…).".*
/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ") zawierała m. in. następujące postanowienia:
Pkt 20.7.3. Doświadczenie personelu Wykonawcy
Kryterium doświadczenie będzie rozpatrywane na podstawie doświadczenia poszczególnych członków personelu Wykonawcy, wg zasad opisanych poniżej.
Na wagę kryterium składają się wagi przypisane do poszczególnych członków personelu, wskazane poniżej.
Kierownik budowy - waga 20 %
W ciągu ostatnich dziesięciu [10] lat przed upływem terminu składania ofert nabył

---

doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane)

przez okres co najmniej dwunastu [12] miesięcy na jednym [1] zadaniu inwestycyjnym) w zakresie ukończonej Przebudowy stacji kolejowej i szlaku, gdzie przecinają się co najmniej 3 czynne linie kolejowe, obejmującej przebudowę co najmniej: 10 torów, 25 rozjazdów, 1 przejścia podziemnego, 1 peronu.
Jeżeli oferent wykaże się doświadczeniem Kierownika Budowy w co najmniej:
- realizacji dwóch [2] zadań inwestycyjnych wskazanych w powyższym warunku - 7 pkt,
- realizacji trzech [3] zadań inwestycyjnych wskazanych w powyższym warunku -15 pkt,
- realizacji czterech [4] i więcej zadań inwestycyjnych wskazanych w powyższym warunku - 20 pkt.
Obliczenie punktów w kryterium Doświadczenie personelu Wykonawcy zostanie dokonane na podstawie złożonego przez Wykonawcę wraz z ofertą Załącznika nr 12 do IDW- Wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert zgodnie z pkt. 20.7.3.
-wzór.
/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, Instrukcja dla Wykonawców, str.25/49/.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu m. in. oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. T. PRKiI S.A. z siedzibą w W.,
2. T. S. A. z siedzibą w P..

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 9 czerwca 2017 r./.

Zamawiający w dniu 11 maja 2017 r. wystąpił do Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści złożonej oferty w zakresie potwierdzenia doświadczenia kierownika budowy. Z informacji, którymi dysponował Zamawiający wynikało, że Pan R. Z. zajmował stanowisko Kierownika Budowy na zadaniu Zaprojektowanie i wykonanie przebudowy odcinka linii kolejowej S. – K. w ramach projektu Modernizacja linii kolejowej W.-Ł., I etap S.-Ł. W., w innym przedziale czasowym niż ten, który został wskazany przez wykonawcę w ofercie. W związku z powyższym Zamawiający zwrócił się z wnioskiem o złożenie wyjaśnień czy Pan R. Z. faktycznie zajmował stanowisko Kierownika Budowy na ww. zadaniu w okresie zadeklarowanym w Załączniku nr 12.
/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego z dnia 11 maja 2017 r./.

Odwołujący w dniu 15 maja 2017 r. udzielił Zamawiającemu wyjaśnień w niniejszej sprawie.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź Odwołującego z dnia 15 maja 2017 r./.

Zamawiający w dniu 9 czerwca 2017 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy T. S. A. z siedziba w P..
/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 9 czerwca 2017 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca: T. PRKiI S.A. z siedzibą w W. wniósł odwołanie w dniu 19 czerwca 2017 r.
/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy T. PRKiI S.A. z siedzibą w W.z dnia 19 czerwca 2017 r. /.

Izba ustaliła również że Zamawiający pismem z dnia 6 lipca 2017 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.
/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie z dnia 6 lipca 2017 r./.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba - oceniając zarzut nieprzyznania Odwołującemu dodatkowej punktacji w kryterium Doświadczenie kluczowego personelu wykonawcy - uznała, że zarzut ten nie

potwierdził się w zebranym przez Izbę materiale dowodowym. Izba wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Odwołujący w wykazie dotyczącym doświadczenia kierownika budowy wskazał Pana Radosława Zająca, który – w ocenie wykonawcy – pełnił tę funkcję od lipca 2007 r. do sierpnia 2008 r. na zadaniu „Zaprojektowanie *i wykonanie przebudowy odcinka linii kolejowej S.-K. w ramach projektu Modernizacja linii kolejowej W.– Ł., (…) etap, S.-Ł. W."* (w realizacji zadania inwestycyjnego w zakresie ukończonej przebudowy stacji kolejowej i szlaku, gdzie przecinają się co najmniej trzy czynne linie kolejowe, obejmującej przebudowę co najmniej dziesięć torów, dwadzieścia pięć rozjazdów, jednego przejścia podziemnego, jednego peronu).

Zamawiający dokonał weryfikacji informacji podanych przez wykonawcę, ustalając że osoba wskazana przez Odwołującego posiada jedynie 11 - miesięczne doświadczenie – nie zaś minimalne 12 miesięczne doświadczenie na stanowisku kierownika budowy. Zamawiający wobec dysponowania dokumentacją – Miesięcznymi Raportami Inżyniera Projektu z Postępu Prac – ustalił, że doświadczenie Pana R. Z. na stanowisku kierownika budowy na ww. zadaniu trwało od listopada 2007 r. do września 2008 r. (zatem maksymalnie 11 miesięcy, nie zaś wymagane specyfikacją 12 miesięcy doświadczenia kierownika budowy).

Zamawiający wystąpił do Odwołującego o wyjaśnienia, informując wykonawcę, że z posiadanej przez Zamawiającego dokumentacji wynika, że Pan R. Z. nie posiada 12 - miesięcznego doświadczenia na wskazanym zadaniu.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że wykonawca w żaden sposób nie odniósł się do stanowiska Zamawiającego w wezwaniu o wyjaśnienia, jedynie podtrzymując wskazane w wykazie doświadczenie ww. osoby od lipca 2007 r. do sierpnia 2008 r. . Wykonawca nie odniósł się do przywołanych przez Zamawiającego raportów – zarówno w złożonych wyjaśnieniach jak i na rozprawie. Zgodzić należało się również z Zamawiającym co do pisemnych wyjaśnień firmy K. I. Sp. z o.o. z siedzibą w W. – które według Odwołującego miały potwierdzać wymagany okres doświadczenia kierownika budowy. Firma ta nie potwierdziła w sposób stanowczy początkowej daty realizacji – tak jak wskazuje Odwołujący od lipca 2007 r. – a jedynie wskazał, że Pan R. Z. pełnił funkcję kierownika budowy na ww. zadaniu „od *około połowy 2007 r. (…)"* – co oznacza, że doświadczenie Pana R. Z. na stanowisku kierownika budowy – według podanych informacji – mogło rozpocząć się z miesiącem listopadem 2007 r., gdyż niewątpliwie data listopad 2007 r. (wskazana w Raporcie Miesięcznym) mieści się w określeniu użytym przez firmę K. I. Sp. z o.o. z siedzibą w W. – „od *około połowy 2007 r. (…)".*

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej dowody na które powołuje się Odwołujący potwierdzają stanowisko Zamawiającego wyrażane w tej sprawie. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że w tym stanie faktycznym należało zatem przyznać wykonawcy dodatkowe punkty w kryterium doświadczenie kluczowego personelu. W ocenie Izby – złożone przez Odwołującego na rozprawie dowody, m. in. protokół nr 8 kontraktu nr 2 – nie potwierdzają w sposób niebudzący wątpliwości doświadczenia Pana R. Z. na stanowisku kierownika budowy od lipca 2007 r. Ponadto – co należy jednoznacznie podkreślić – Odwołujący w żaden sposób w złożonych wyjaśnieniach z dnia 15 maja 2017 r. oraz na rozprawie nie odniósł się do przywołanych przez Zamawiającego Miesięcznych Raportów Inżyniera Projektu z

Postępu Prac. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający nie wykazał swojego stanowiska w tej sprawie oraz nie udowodnił brak wymaganego specyfikacją doświadczenia kluczowego personelu.

Zgodzić należało się również z Zamawiającym, że nie istniały podstawy do wzywania wykonawcy o uzupełnienie oraz wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, gdyż wymaganie Zamawiającego odnosiło się do kryterium oceny ofert, nie zaś warunków udziału

i ewentualne wzywanie wykonawcy byłoby złamaniem zasady równości i uczciwej konkurencji. To wykonawca – chcąc uzyskać dodatkowe punkty w tym kryterium – zobowiązany był do wskazania doświadczenia w sposób niebudzący żadnych wątpliwości.

Zamawiający – co do wymagań odnoszących się do dodatkowej punktacji w kryterium doświadczenie kluczowego personelu i podanych przez wykonawcę informacji w takim wykazie – nie może ponosić negatywnych konsekwencji wobec nierzetelnego podania przez wykonawcę ww. informacji. To w interesie wykonawcy jest uzyskanie dodatkowej punktacji, zatem wykonawca powinien dochować należytej staranności i wykazać się wymaganiem, które pozwoli mu uzyskać dodatkowe punkty. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że uzupełnienie informacji dotyczących dodatkowej punktacji – prowadziłoby do nieuprawnionej zmiany treści oferty wykonawcy oraz niedopuszczalnych – pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą negocjacji treści złożonej oferty, wbrew postanowieniom art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, co w konsekwencji mogłoby doprowadzić do manipulacji przyznawaną punktacją, a tym samym manipulacją wynikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (analogicznie wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 1095/16 oraz wyrok KIO z dnia 17 maja 2017 r., sygn. akt KIO 807/17 oraz KIO 815/17).

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła również stanowisko Zamawiającego, że nieuzasadnionym było również wliczenie – do okresu wymaganego doświadczenia – okresu zgłaszania wad. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że prezentowane rozumienie tego wymagania przez Odwołującego przeczyłoby celowi dla jakiego został ustanowiony przedmiotowy opis kryterium oceny ofert. Wymaganie Zamawiającego dotyczyło doświadczenia odnoszącego się do etapu realizacji inwestycji - nie zaś etapu gwarancyjnego, gdyż obiekt jest użytkowany zgodnie z przeznaczeniem. Niezależnie jednak od powyższego okoliczności tej Odwołujący nie wykazał składając wyjaśnienia Zamawiającemu w dniu 15 maja 2017 r.

Na marginesie – należało również zgodzić się z Przystępującym T., iż - Zamawiający zobowiązany jest do oceny ofert na podstawie dokumentów złożonych wraz z ofertą, a w tym

przypadku Odwołujący w ofercie oraz w złożonych wyjaśnieniach z dnia 15 maja 2017 r.– co do doświadczenia Pana R. Z. - wskazał doświadczenie do sierpnia 2008 r., zaś na rozprawie starał się wykazać doświadczenie o szerszym zakresie, co należy uznać jako nieuprawnione.

Odnosząc się jeszcze do stanowiska prezentowanego przez Przystępującego T. – co do konieczności wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp – zauważenia wymaga, że Izba – wobec złożonego odwołania i postawionych zarzutów – bada wyłącznie czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i skarżoną przez wykonawcę, nie zaś czynność przyszłą, która nie zaistniała w tym postępowaniu. Ponadto co niejednokrotnie podkreślano w orzecznictwie KIO i sądów okręgowych – zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, zatem Krajowa Izba Odwoławcza związana jest wyłącznie zarzutami odwołania, nie mogąc wychodzić poza jego zakres. Przystępujący Torpol nie zgadzając się ze stanowiskiem Zamawiającego – podtrzymując stanowisko co do konieczności wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp - uprawniony był do wniesienia własnego środka ochrony prawnej w tej sprawie. Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza nie była uprawniona do rozpoznawania niniejszych zarzutów oraz argumentacji przedstawionej przez Przystępującego T..

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego dotyczącym – w jego ocenie - naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. W ocenie Izby jeśli Odwołujący twierdził, że Zamawiający wezwaniem z dnia 11 maja 2017 r. dokonał nieuprawnionej zmiany specyfikacji mógł niniejszą czynność zaskarżyć, wnosząc odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej w odpowiednim terminie, czego jednak Odwołujący nie uczynił w niniejszej sprawie. Wobec powyższego Izba uznała zarzut Odwołującego za spóźniony.

Ponadto wobec cofnięcia przez Odwołującego zarzutu dotyczącego doświadczenia kluczowego personelu na zadaniu „Modernizacja *linii kolejowej (…), etap I(…), Odcinek Z.K.-K., Przetarg nr 1, Modernizacja odcinków: J. S.-T. (km 15,810-29,110 linii Nr (…)), J. S.-S.*

Jęzor (km 0,000-6,847 linii Nr (…))" (pozycja nr (…) wykazu), powyższy zarzut nie był przedmiotem rozpoznania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, oddalając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 lit. b) 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), Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

Przewodniczący:

……