

WYROK
z dnia 5 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **P. E. S.A z siedzibą w W.** oraz **T. S.A z siedzibą w P.** w postępowaniu prowadzonym przez **P. P. L. K. S.A z siedzibą w W.**

przy udziale wykonawcy **E. S.A z siedzibą w M. (H.)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **P. E. S.A z siedzibą w W.** oraz **T. S.A z siedzibą w P.** i:

KIO 493/17 1

-
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **P. E. S.A z siedzibą w W.** oraz **T. S.A z siedzibą w P.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **P. E. S.A z siedzibą w W.** oraz **T. S.A z siedzibą w P.** na rzecz **P. P. L. K. S.A z siedzibą w W.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

KIO 493/17 2

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze 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:

KIO 493/17 3

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. *Przebudowa sieci trakcyjnej na szlakach: I.- O. P. i O. P. – O. linii kolejowej nr 4 CMK w ramach projektu pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 4 – C. M. K. etap II” w podziale na dwie części*”, nr ref. ... (Dz. Urz. UE z dnia 4 listopada 2016 nr 2016/S 213-388443), prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez P. P. L. K. S.A. (dalej „zamawiający”) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: P. E. S.A. z W. oraz

T. S.A. z P. (dalej „odwołujący”) złożyli odwołanie wobec:

1. zaniechania wykluczenia wykonawcy E. S.A. z siedzibą w M. (dalej „E.”) z postępowania,
2. zaniechania wezwania wykonawcy E. do uzupełnienia wykazu osób załączonego do oferty, poprzez wskazanie osoby pełniącej funkcję projektanta na realizację części II zamówienia spełniającą wymagania określone przez zamawiającego w zakresie posiadanego wiedzy i doświadczenia,
3. zaniechania wezwania wykonawcy E. do złożenia wyjaśnień odnośnie dysponowania czterema pociągami sieciowymi do potokowej wymiany sieci trakcyjnej,
4. zaniechania wezwania wykonawcy E. do uzupełnienia oferty, poprzez przedłożenie pełnomocnictwa do podpisania przez K. B. w imieniu A. sp. z o.o. zobowiązania do udostępnienia palownicy,
5. zaniechania wezwania wykonawcy E. do uzupełnienia oferty, poprzez przedłożenie opinii bankowej potwierdzającej posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę co najmniej 8.800.000 zł,
6. dokonania wyboru oferty złożonej przez E. na wykonanie części II zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16, poprzez zaniechanie wykluczenia E. z uwagi na zamierzone lub co najmniej wynikające z rażącego niedbalstwa wprowadzenie zamawiającego w błąd co do tego, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, tj. dysponowania kierownikiem budowy posiadającym co najmniej 5 lat doświadczenia na stanowisku Kierownika budowy w rozumieniu ustawy Prawo budowlane na robotach związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie urządzeń

KIO 493/17 4

elektrycznych i elektroenergetycznych, w tym kolejowej sieci trakcyjnej na odcinku co najmniej 10 km oraz urządzeń elektroenergetycznych zewnętrznych, podczas gdy osoba wskazana przez E. na potwierdzenie tego warunku w rzeczywistości nie posiada wymaganego doświadczenia, o czym wykonawca wiedział, a mimo to wskazał tę osobę w wykazie osób,

2. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia E. z uwagi na zamierzone lub co najmniej wynikające z rażącego niedbalstwa wprowadzenie zamawiającego w błąd co do tego, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, tj. dysponowania łącznie co najmniej czterema pociągami sieciowymi do potokowej wymiany sieci trakcyjnej (z czego każde dwa pociągi do realizacji jednej części zamówienia), podczas gdy E. w dniu składania ofert dysponował jedynie dwoma pociągami przeznaczonymi do remontu sieci trakcyjnej,

lub ewentualnie:

3. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia E. z uwagi na brak zachowania należytej staranności w przygotowaniu oferty, w wyniku czego wykonawca ten przedstawił zamawiającemu nieprawdziwe informacje odnośnie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, tj. dysponowania kierownikiem budowy posiadającym co najmniej 5 lat doświadczenia na stanowisku Kierownika budowy / Kierownika robót w rozumieniu ustawy Prawo budowlane na robotach związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, w tym kolejowej sieci trakcyjnej na odcinku co najmniej 10 km oraz urządzeń elektroenergetycznych zewnętrznych w osobie S. L. podczas gdy osoba ta nie posiada wymaganego doświadczenia, o czym wykonawca ten powinien był wiedzieć przy zachowaniu minimum ostrożności, a mimo to wskazał tę osobę w wykazie osób,
4. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia E. z uwagi na brak zachowania należytej staranności w przygotowaniu oferty, w wyniku czego wykonawca ten przedstawił zamawiającemu wprowadzające w błąd informacje

odnośnie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, tj. dysponowania łącznie co najmniej czterema pociągami sieciowymi do potokowej wymiany sieci trakcyjnej (z czego każde dwa pociągi do realizacji jednej części zamówienia), podczas gdy E. w dniu składania ofert dysponował jedynie dwoma pociągami przeznaczonymi do remontu sieci trakcyjnej,

5. art. 26 ust. 3, poprzez jego niezasadne zastosowanie wobec E. w
KIO 493/17 5

zakresie wezwania do wskazania innej osoby potwierdzającej spełnianie warunków udziału w postępowaniu w miejsce S. L., mimo tego, że wykonawca przedstawił zamawiającemu w tym zakresie informacje nieprawdziwe, nie podlegające uzupełnieniu,

6. art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z ust. 1b ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia E. z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej zdolności technicznej, dysponowania co najmniej jednym projektantem w specjalności sieci trakcyjnej z co najmniej 5 letnim doświadczeniem na stanowisku projektanta w rozumieniu ustawy Prawo budowlane przy projektowaniu budowy lub przebudowy urządzeń elektroenergetycznych, w tym kolejowej sieci trakcyjnej na odcinku co najmniej 10 km oraz urządzeń elektroenergetycznych, podczas gdy wskazany przez E. projektant nie posiada wymaganego doświadczenia,
7. art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z ust. 1b ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, poprzez zaniechanie wykluczenia E. z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej zdolności technicznej, dysponowania łącznie co najmniej czterema pociągami sieciowymi do potokowej wymiany sieci trakcyjnej (z czego każde dwa pociągi do realizacji jednej części zamówienia), podczas gdy E. w dniu składania ofert dysponował jedynie dwoma pociągami przeznaczonymi do remontu sieci trakcyjnej,
8. art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z ust. 1b ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, poprzez zaniechanie wykluczenia E. z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej zdolności technicznej, tj. dysponowania co najmniej dwiema palownicami, podczas gdy z treści oświadczenia A. sp. z o.o. oraz załączonego pełnomocnictwa nie wynika, aby podmiot ten skutecznie zobowiązał się do udostępnienia palownicy,
9. art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z ust. 1b pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, poprzez zaniechanie wykluczenia E. z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego znajdowania się wymaganej sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. posiadania na rachunku bankowym co najmniej kwoty 8.800.000 zł lub posiadania zdolności kredytowej w co najmniej takiej kwocie, podczas gdy z treści przedstawionej przez wykonawcę opinii bankowej nie wynika, aby E. posiadał zgromadzone środki finansowe lub zdolność kredytową w wymaganej wysokości; względnie, w przypadku uznania przez Izbę, że nie zachodzą podstawy do wykluczenia E., naruszenie:

10. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 z zw. z ust. 1b pkt 1 i 2, poprzez
KIO 493/17 6

zaniechanie wezwania E. do złożenia dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt powyżej,

11. art. 89 ust. 1 ust. 5, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty E., podczas gdy wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, a zatem jego oferta powinna być odrzucona,
12. art. 7 ust. 1, poprzez podejmowanie w postępowaniu czynności i zaniechań prowadzących do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty E. na wykonanie części II zamówienia jako oferty najkorzystniejszej,
2. wykluczenie E. z postępowania,
3. przeprowadzenie ponownej oceny złożonych ofert na wykonanie części II zamówienia z pominięciem ofert złożonych przez E.

Odwołujący wniósł także o:

1. przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka S. L. (adres: P. E. S.A. ul. (...)) na okoliczność jego doświadczenia zawodowego, w tym posiadanych przez niego uprawnień i dat ich uzyskania oraz poinformowania o tym E.,
2. przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu,
3. zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W odniesieniu do zaniechania wykluczenia E. z uwagi na zamierzone wprowadzenie zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

KIO 493/17 7

W ocenie odwołującego do zaistnienia tej przesłanki wystarczy wprowadzenie zamawiającego w błąd co do prawdziwego stanu rzeczy, przy czym bez znaczenia jest tu typ dokumentu, którego to wprowadzenie w błąd dotyczy (przepisy nie wprowadzają tutaj ograniczeń) i moment jego przedstawienia zamawiającemu, jak i to, czy zamawiający na podstawie tych informacji faktycznie został wprowadzony w błąd (czy był w stanie zidentyfikować błąd czy też nie) – istotne jest bowiem samo podanie niezgodnych z prawdą informacji przy przedstawianiu informacji, bez względu na skutek takiego działania, co wynika co najmniej z rażącego niedbalstwa, ew. celowego działania.

Wskazał, że ww. przepis zastąpił obowiązujący uprzednio art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczało się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Według odwołującego z uwagi na istniejące podobieństwo obu przepisów oraz fakt, iż że mają one swój pierwowzór na gruncie bardzo podobnie brzmiących przepisów dyrektyw unijnych, należy przyjąć, że pełnią one podobną funkcję, a dotychczasowe orzecznictwo wydane na gruncie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp znajduje odpowiednie zastosowanie do swojego odpowiednika w postaci art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

Zdaniem odwołującego w postępowaniu zaistniała wskazana wyżej przesłanka wykluczenia co do wykonawcy E., ponieważ w składanych zamawiającemu dokumentach w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. zarówno w oświadczeniu JEDZ, jak i wykazie osób, wykonawca ten zawarł informacje niezgodne z prawdą i to pomimo tego, że posiadał dokumenty pozwalające mu to stwierdzić w sposób nie budzący wątpliwości.

Podał, że jednym z warunków udziału w postępowaniu było wykazanie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym 1 osobą – kierownikiem budowy posiadającym uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych z doświadczeniem obejmującym min. 5 lat na stanowisku kierownika budowy/kierownika robót na robotach związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w tym kolejowej sieci trakcyjnej na

odcinku co najmniej 10 km oraz urządzeń elektromagnetycznych zewnętrznych (pkt 8.6.2. lit a) część nr 2 SIWZ).

Podał także, że E. powołał się na doświadczenie S. L., co wskazał zarówno w formularzu JEDZ, jak i wykazie osób, jaki złożył zamawiającemu wraz z ofertą – w obu tych dokumentach wykonawca wskazał, że S. L. posiada doświadczenie w KIO493/17 8

następującym zakresie:

06.2009-08.2012 Kierownik robót Linia E65 (W. – G.) sieć trakcyjna

10.2012-12.2014 Kierownik robót Linia 001 (Ł. – W.) sieć trakcyjna (st. Ż.) -12,6 kmt

09.2014 Kierownik robót Budowa sieci trakcyjnej, linia E75 do zakończenia budowy W. – B., etap I, odcinek W. R. – Z-T., szlak Z – W. tory 1, 2 linia nr 6, tory 3, 4 linia nr 21

co – wedle odwołującego – nie jest jednak zgodne z prawdą.

Odwołujący zauważył, że zamawiający zwrócił na to uwagę w protokole podsumowującym swoje czynności w dniach od 16.12.2016 r. do 10.01.2017 r. (strona 7), gdzie wskazał, że S. L. nie może wykazać się wymaganym doświadczeniem, gdyż uprawnienia budowlane wymagane w ramach postępowania otrzymał dopiero w dniu 21 czerwca 2012 r., dlatego jego doświadczenie wynosi 4 lata i 2 miesiące (dokument potwierdzający datę nabycia tych uprawnień był także załączony do oferty E.), w konsekwencji czego, na wezwanie zamawiającego, E. wskazał inną osobę celem wykazania kwestionowanego warunku, tj. M. G., który już posiada odpowiednie doświadczenie wymagane przez zamawiającego.

Odwołujący oświadczył, że z informacji uzyskanych przez niego bezpośrednio od S. L., wynika, iż:

- tak jak wskazał zamawiający – uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych uzyskał on dopiero w dniu 21 czerwca 2012 r.,
- przed tym dniem nie posiadał jakichkolwiek uprawnień budowlanych w powyższym zakresie,
- o wszystkich posiadanych przez niego uprawnieniach i dacie ich uzyskania poinformował E. przed upływem terminu na składanie ofert w postępowaniu,
- w 2011 r. nie pełnił samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w rozumieniu ustawy prawo budowlane w szczególności nie pełnił samodzielnie funkcji kierownika budowy ani funkcji kierownika robót

Dowód: oświadczenie S. L. z dnia 10 marca 2017 r.

KIO493/17 9

Podsumował, że E. wskazał w JEDZ oraz wykazie osób przekazanych zamawiającemu nieprawdziwe informacje zarówno co do okresu obejmującego doświadczenie S. L. (z informacji przekazanych przez E. wynika, że S. L. miał ponad 5 letnie doświadczenie w wymaganym zakresie, co jest nieprawdą), jak i co do rodzaju tego doświadczenia (S. L. nie pełnił funkcji kierownika budowy w 2011 r. wbrew temu co wskazał E. w dokumentach, jak i nie miał uprawnień kierownika budowy w wymaganym zakresie przed dniem 21 czerwca 2012 r. mimo tego, że pozostawał w posiadaniu informacji pozwalających mu ustalić rzeczywisty stan rzeczy. E. posiadał między innymi decyzję z dnia 21 czerwca 2012 r. O. K. K. Ł. I. I. B. o nadaniu S. L. uprawnień budowlanych z nr ewidencyjnym LOD/1912/OWOE/12 do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i którą przekazał elektroenergetycznym, zamawiającemu wraz z ofertą).

Stwierdził, że stan sprawy wskazuje na to, że E. w sposób celowy, z pełną premedytacją i świadomością znaczenia własnych działań przekazał zamawiającemu nieprawdziwe informacje mające potwierdzać spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu, ponieważ brak jest jakiegokolwiek innego

racjonalnego uzasadnienia dla takiego działania E..

Odwołujący podniósł, że w przedmiotowej sprawie ustalenie, iż S. L. nie miał wymaganego doświadczenia wymagało jedynie umiejętności prostego liczenia oraz czytania przekazanych przez niego dokumentów ze zrozumieniem, z których bezspornie wynikało, że:

- wymagane uprawnienia kierownika budowy uzyskał on 21 czerwca 2012 r, toteż logicznym jest, że dopiero po tym dniu mógł zdobywać doświadczenie wynikające z tych uprawnień,
- w dniu składania ofert, tj. 15 grudnia 2016 r. siłą rzeczy nie mógł posiadać 5 lat doświadczenia jako kierownik budowy w zakresie wymaganych uprawnień bo 5 lat od wydania tych uprawnień mija dopiero 21 czerwca 2017 r.

W ocenie odwołującego, skoro E. posiadał wszystkie dokumenty pozwalające mu ustalić powyższy stan rzeczy, to nie może ulegać wątpliwości, że przekazując zamawiającemu informacje niezgodne z posiadaną wiedzą dążył do tego, aby celowo wprowadzić go w błąd.

Stanął na stanowisku, że podstawa do wykluczenia E. z postępowania istnieje niezależnie od tego, że zastąpił on ostatecznie S. L. inną osobą wskutek wezwania zamawiającego, które było błędne. Uznał, że przedstawiony przez tego wykonawcę nowy wykaz osób w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie podlega w ogóle ocenie i pozostaje bez znaczenia dla jego dalszych losów w
KIO 493/17 10

postępowaniu.

Podkreślił, że brak jest możliwości zastępowania w postępowaniu nieprawdziwych informacji innymi dokumentami czy informacjami oraz, że już jednorazowe działanie wykonawcy zmierzające do wprowadzenia zamawiającego w błąd wywołuje skutek w postaci jego wykluczenia – takie zachowanie nie podlega konwalidacji i jeśli raz zaistniało to nie można dać wykonawcy szansy jego naprawienia, choćby poprzez wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających wymagane doświadczenie.

Wskazał, że przemawiają za tym następujące argumenty:

1. ustawa Pzp nie przewiduje możliwości poprawienia/uzupełnienia przez wykonawcę złożonych przez niego dokumentów i oświadczeń, które zawierają informacje niezgodne z rzeczywistością wobec czego zamawiający nie może poddawać ocenie dokumentów przedkładanych przez wykonawcę, w sytuacji, w której ustawa Pzp w ogóle nie dopuszcza możliwości ich składania w postępowaniu,
2. dopuszczenie możliwości konwalidowania czynności polegającej na przekazywaniu nieprawdziwych informacji i wyciąganie z nich konsekwencji dopiero po dodatkowym wezwaniu do uzupełnienia mogłoby przyczynić się do szerzenia tej niebezpiecznej praktyki oraz zwolniło wykonawców z obowiązku rzetelnej weryfikacji dokumentów składanych zamawiającemu,
3. stanowiłoby to o nierównym traktowaniu wykonawców, którzy dokonują wnikliwej oceny składanych przez nich dokumentów w postępowaniu i nie wprowadzają zamawiającego w błąd co do istotnych okoliczności (naruszenie równego traktowania).

Stwierdził, że w orzecznictwie, jak i doktrynie jednogłośnie podnosi się, że dokumenty lub informacje, które zawierają nieprawdziwe informacje nie mogą być poprawione, czy uzupełnione w jakimkolwiek trybie.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23.07.2015 r. sygn. akt KIO 1425/15: „W przypadku złożenia nieprawdziwych informacji, wyłączona jest możliwość uzupełnienia dokumentów w trybie określonym w art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro więc Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje, Zamawiający nie mógł wezwać Odwołującego do złożenia dokumentów zawierających informacje prawdziwe i potwierdzające spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Ocenie Zamawiającego powinien podlegać wyłącznie wykaz usług i referencje złożone pierwotnie w treści oferty.”

Wskazał nadto, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp służy uzupełnieniu
KIO 493/17 11

dokumentów i oświadczeń innych niż nieprawdziwe i nie bez przyczyny artykuł ten nie posługuje się określeniem „nieprawdziwych informacji” czy „wprowadzających w błąd”, zakładając racjonalność ustawodawcy należałoby przyjąć, że gdyby miał on dotyczyć także takich informacji, to wskazywałby to w sposób wyraźny, posługując się terminologią zbieżną z tą stosowaną w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Zauważył, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp służy także uzupełnianiu dokumentów, które zawierają błędy, co jednak nie jest w żadnym stopniu równoznaczne z dokumentami wprowadzającymi w błąd, czyli tak naprawdę nieprawdziwymi.

Uznał, że dokumenty zawierające błąd w rozumieniu tego artykułu to te, które zazwyczaj polegają na niepotwierdzeniu spełnienia określonego warunku w postępowaniu. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1370/15 – dokumentem zawierającym błąd będzie zasadniczo każdy dokument, którego treść nie potwierdza okoliczności, na którą został złożony. Tego rodzaju wadliwości nie można utożsamiać z podaniem nieprawdziwych informacji. Zasadnicza różnica między tymi dokumentami polega na tym, że o ile dokument wadliwy zwykle nie potwierdza spełnienia danego warunku to dokument nieprawdziwy go potwierdza, tylko za pomocą informacji, które są nieprawdziwe i nie mogą być konwalidowane przez ich uzupełnienie.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 177/15 – informacji nieprawdziwej nie można zastępować informacją prawdziwą w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż nie można twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy. W przypadku złożenia oświadczenia lub dokumentu z nieprawdziwą informacją dokumenty te i oświadczenia potwierdzają spełnianie warunku, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna.

Stwierdził, że JEDZ oraz wykaz osób złożone przez E. wskazują na doświadczenie S. L. potwierdzające spełnianie przez niego warunku udziału w postępowaniu, którego on nie zdobył we wskazanym tam czasie. Dodał, że tego rodzaju informacje są nieprawdziwe i nie można twierdzić, że zawierają błąd w rozumieniu art. 26 ust. 3 Pzp. Rodzaj wady, jaką dotknięte są te dokumenty uniemożliwia ich „naprawienie”.

Zdaniem odwołującego „naprawienie” dokumentów/informacji złożonych przez E. musiałoby polegać na zaniechaniu ich oceny w postępowaniu bez wyciągania negatywnych konsekwencji w stosunku do niego z tytułu podania nieprawdziwych informacji (co byłoby niezgodne z art. 24 ust. 1 pkt. 16 ustawy Pzp nakazującym w takiej sytuacji wykluczenie z postępowania) i poddaniu jej zupełnie innego dokumentu KIO 493/17 12

czy dokumentów zastępujących ten złożony pierwotnie (poprawionego JEDZ oraz wykazu osób). Uzupełnił, że stwarzanie takiej szansy wykonawcom, którzy chcą naprawić swoje działanie będące rezultatem ich celowego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa, należy uznać za niesprawiedliwe i dyskryminujące.

Wedle odwołującego z uwagi na powyższe nie jest możliwe zastąpienie w dokumentów stwierdzających nieprawdę innymi dokumentami potwierdzającymi te same okoliczności w żaden sposób – czy to na skutek wezwania do uzupełnienia przez zamawiającego, czy w wyniku złożenia takich dokumentów samodzielnie przez wykonawcę.

Stwierdził, że zamawiający, korzystając w stosunku do E. z trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp postąpił nieprawidłowo, a nadto, że art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp wskazując, że wykluczeniu z postępowania podlegają wykonawcy, którzy złożyli informacje wprowadzające w błąd, nie uzależnia jego stosowania od skorzystania z jakiegokolwiek trybu naprawczego – gdyby taki był zamiar ustawodawcy, z pewnością możliwość taka wprowadzona zostałaby bezpośrednio do ustawy Pzp.

Odwołujący nie ma wątpliwości, że E. podlega wykluczeniu, gdyż przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz, że nastąpiło to wskutek celowego działania tego wykonawcy lub co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa. Odwołujący nie jest

w stanie bowiem znaleźć żadnego usprawiedliwienia dla wykonawcy, który wskazuje nieprawdę mimo, że posiada informacje pozwalające mu z łatwością ustalić rzeczywisty stan rzeczy.

Z ostrożności odwołujący wskazał, że E. można zarzucić działanie lekkomyślne lub zwykłe niedbalstwo, co będzie skutkowało koniecznością wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Podniósł, że przedsiębiorcy uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to profesjonaliści, od których wymaga się zachowania należytego poziomu staranności ocenianego z uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności (art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 355 ust. 2 k.c.) – zachowanie staranności ma w ich przypadku polegać na upewnieniu się, czy składane przez nich dokumenty i oświadczenia zawierają stan rzeczy odpowiadający rzeczywistości, KIO 493/17 13

starannością taką powinni się wykazać szczególnie wtedy, gdy przedkładają w postępowaniu dokumenty pochodzące od podmiotów trzecich.

Wskazał, że wykonawca, który posłużył się w postępowaniu nieprawdziwymi informacjami, nie weryfikując informacji przekazywanych mu przez podmiot trzeci dopuszcza się niedbalstwa.

Uzupełnił, że w przypadku dokumentów pochodzących od samego wykonawcy, ich weryfikacja jest uproszczona, ponieważ sam wykonawca, czy jego pracownicy mogą potwierdzić prawidłowość informacji w nich zawartych, natomiast przy składaniu dokumentów od podmiotów trzecich, które nie biorą udziału w ubieganiu się o uzyskanie zamówienia, konieczne jest podjęcie dodatkowych czynności, potwierdzających ich prawdziwość; w przypadku posługiwania się doświadczeniem podmiotów trzecich najwłaściwszą formą weryfikacji będzie uzyskanie od nich informacji/dokumentów dotyczących ich uprawnień.

Oświadczył, że w postępowaniu E. miał dostęp do kluczowej informacji dotyczącej doświadczenia S. L. i po jej przeczytaniu ze zrozumieniem powinien był dojść do oczywistej konkluzji, że osoba ta nie posiada doświadczenia wymaganego dla potwierdzenia warunku udziału postawionego przez zamawiającego dlatego ciężko zarzucać mu zwykłe niedbalstwo czy lekkomyślność.

Zauważył, że gdyby E. próbował przerzucić odpowiedzialność za własne działania na inny podmiot, to takie działanie jest nieskuteczne, gdyż to na nim ciąży obowiązek wnikliwej weryfikacji składanych zamawiającemu dokumentów, a skutki zaniechań w tym zakresie mogą obciążać tylko i wyłącznie wykonawcę (choćby miał dobre zamiary).

Podsumował, że jeśli Izba z jakichkolwiek powodów dojdzie do wniosku, że E. nie działał z co najmniej rażącym niedbalstwem, przedstawiając zamawiającemu nieprawdziwe informacje, to dopuścił się lekkomyślności lub zwykłego niedbalstwa, co w dalszym ciągu stanowi podstawę do jego wykluczenia z postępowania.

KIO 493/17 14

Co do zarzutu niespełnienia przez E. warunku wymaganej zdolności technicznej, tj. dysponowania co najmniej jednym projektantem w specjalności sieci trakcyjnej odwołujący podał, że zgodnie z wymogami SIWZ wykonawcy zobowiązani zostali do wskazania co najmniej jednej osoby na stanowisku projektanta w specjalności sieci trakcyjnej, która posiada co najmniej 5 lat doświadczenia na stanowisku projektanta w rozumieniu stawy Prawo budowlane przy projektowaniu budowy lub przebudowy urządzeń elektroenergetycznych, w tym kolejowej sieci trakcyjnej na odcinku co najmniej 10 km oraz urządzeń elektroenergetycznych.

Podniósł, że w wykazie osób E. wskazał na tym stanowisku T. Ż., który nie posiada wymaganego doświadczenia – z informacji z wykazu wynika bowiem, że nie

wszystkie zadania, w których uczestniczył spełniają postawiony przez zamawiającego warunek. Zaprezentował tabelę:

Zadanie (okres) Uwagi

Dokumentacja techniczna wymiany bramek na brak projektowania kolejowej sieci trakcyjnej na stacji K.; Wymiana bramek trakcyjnych; odcinku co najmniej 10 kmt, brak projektu
fundamenty; regulacja (07.2011-08.2011) urządzeń elektroenergetycznych zewnętrznych,
Koncepcja programowo-przestrzenna dla brak projektowania kolejowej sieci trakcyjnej na zadania „Opracowanie dokumentacji projektowej odcinku co najmniej 10 kmt, brak projektu
- Modernizacja Linii nr 8” urządzeń elektroenergetycznych zewnętrznych, (01.2011-06.2011)
Projekt wykonawczy i materiały do zgłoszenia brak projektu urządzeń elektroenergetycznych robót budowlanych zewnętrznych przebudowy sieci trakcyjnej na linii CMK (03.2011 -06.2011)
Projekty budowlane i wykonawcze przebudowy brak projektowania kolejowej sieci trakcyjnej na sieci trakcyjnej na stacjach Ł., R.o i szlaku R. – odcinku co najmniej 10 kmt
P. (11.2011 -02.2011)

Projekt wykonawczy sieci trakcyjnej na stacji R. brak projektowania kolejowej sieci trakcyjnej na P. (08.2010 - 10.2010) odcinku co najmniej 10 kmt
Zaprojektowanie i wykonanie remontu torowiska nie dotyczy projektowania kolejowej sieci tramwajowego w węźle rozjazdowym na trakcyjnej skrzyżowaniu Al. N. N.

Stwierdził, że wyżej wymienione zadania nie odpowiadają wymaganiom przez zamawiającego, natomiast realizacja pozostałych zadań nie trwała przez wymagany okres 5 lat.

Podsumował, że T. Ż. nie spełnia wymogów w zakresie doświadczenia, a w konsekwencji E. nie wykazał spełnienia warunków udziału w

KIO493/17 15

postępowaniu w odniesieniu do dysponowania projektantem o specjalności sieci trakcyjnej.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niespełnienia przez E. warunku wymaganej zdolności technicznej, tj. dysponowania co najmniej dwoma pociągami sieciowymi do potokowej wymiany sieci trakcyjnej odwołujący podał, że w pkt 8.6.2 lit. b SIWZ – IDW zamawiający przedstawił wykaz narzędzi i pojazdów, którymi wykonawcy powinni dysponować na potrzeby realizacji każdej z części zamówienia, w którym zawarto wymóg posiadania co najmniej dwóch pociągów sieciowych do potokowej wymiany sieci trakcyjnej.

Podkreślił, że zgodnie z zastrzeżeniem zamawiającego wykonawca nie mógł wykazać tego samego sprzętu w celu potwierdzenia spełnienia warunku dla więcej niż jednej części, z czego wynikał wymóg posiadania aż czterech tego rodzaju pociągów w przypadku złożenia oferty na realizację obu części zamówienia.

Oświadczył, że w branży modernizacji trakcji kolejowej faktem powszechnie znanym jest mocno ograniczona dostępność tego rodzaju pociągów, stąd sam wymóg posiadania aż czterech takich pociągów wymuszał konieczność łączenia potencjałów technicznych przez największych wykonawców na rynku (wspólnie złożone oferty przez konsorcja P. E. S.A./T.S.A. czy T.P.I S.A./Z. S.A.), ponieważ żaden z wykonawców indywidualnie tego wymogu nie spełniał.

Stwierdził, że z tego względu, iż pociągi te mają być użyte do realizacji udzielonego zamówienia, to powinny również spełniać normy umożliwiające poruszanie się po sieci kolejowej zarządzanej przez zamawiającego, co oznacza m.in. uzyskanie świadectwa dopuszczenia wydanego przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego (tzw. kolejowa homologacja).

Podkreślił nadto, że w każdej ze złożonych ofert na realizację obu części E. zadeklarował dysponowanie dwoma wymaganymi pociągami, a więc łącznie aż czterema, podczas gdy z informacji dostępnych na stronie internetowej tego wykonawcy, prezentujących posiadany potencjał techniczny wynika, że E. posiada tylko pojazdy do renowacji technicznej.

Dowód: wyciąg z broszury informacyjna dot. potencjału E.

Wskazał, że wymagany przez zamawiającego pociąg do potokowej wymiany sieci trakcyjnej jest pojazdem szczególnego rodzaju, ponieważ stanowi zespół urządzeń, który zapewnia zwinięcie demontowanej sieci trakcyjnej pod naciągiem i wywieszenie nowej sieci trakcyjnej pod naciągiem nominalnym wymaganym dla danego typu sieci trakcyjnej. Stwierdził na tej podstawie, że pociąg do potokowej

KIO 493/17 16

wymiany sieci trakcyjnej nie jest tym samym pojazdem, co pociąg do renowacji sieci trakcyjnej, choć pociąg do renowacji sieci trakcyjnej może mieć funkcję naciągu nominalnego drutu jednego lub liny nośnej sieci trakcyjnej.

Podał, że odwołujący, pismem z dnia 30 grudnia 2016 r., poinformował zamawiającego o potencjalnych niedoborach w taborze E. wobec czego konieczne było – zdaniem odwołującego – uzyskanie wyjaśnień od tego wykonawcy dla upewnienia się, że wbrew deklaracjom zawartym na swojej stronie internetowej w rzeczywistości dysponuje aż czterema pociągami tego rodzaju. Oświadczył, że zamawiający zignorował spostrzeżenia odwołującego i kwestii tej dalej nie wyjaśniał.

Podsumował, że w ofercie E., poza własnymi oświadczeniami wykonawcy co do posiadanych urządzeń, brak jest innych dowodów potwierdzających posiadanie aż czterech wymaganych pociągów. Dodał, że według informacji rozpowszechnianych przez E. wykonawca ten posiada jedynie dwa pociągi do remontu trakcji, wobec czego nie można wykluczyć, że i te pojazdy nie spełniają oczekiwań zamawiającego.

Odwołujący stanął na stanowisku, że wobec powyższych zastrzeżeń co do kluczowego potencjału wykonawcy, zamawiający powinien w pierwszej kolejności wyjaśnić zakres posiadanych zasobów przez E., aby upewnić się, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu i jest w stanie należycie zrealizować udzielone zamówienie.

Uzupełnił, że wobec niewyjaśnienia powyższej kwestii, jak i na podstawie innych dowodów (w tym broszury wydanej przez E. odnośnie posiadanego taboru) w pełni uzasadnione jest twierdzenie, że E. nie dysponuje czterema wymaganymi pociągami, a zatem nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Stwierdził, że jeżeli złożone wyjaśnienia potwierdziłyby, że E. nie posiada czterech pojazdów, a mimo to złożył oferty na dwie części zamówienia i wyraźnie zapewnił, że posiada po dwa pociągi na potrzeby realizacji każdej z części, to w pełni uzasadnione byłoby twierdzenie, że pomimo niespełniania warunków udziału w postępowaniu złożył celowo fałszywe oświadczenie, wprowadzając tym samym zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, co oznaczałoby konieczność wykluczenia E. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Za konieczne uznał wezwanie E. do wykazania, że na dzień składania oferty dysponował przynajmniej czterema pociągami odpowiadającymi wymogom 8.6.2 lit. b SMW – IDW, podnosząc przy tym, że bez znaczenia pozostaje to, że jedna z ofert złożonych przez E. na realizację części zamówienia została odrzucona, co mogłoby prowadzić do nieuzasadnionego wniosku, że na obecnym etapie wystarczające jest wykazanie dysponowania jedynie dwoma pociągami; jeżeli bowiem wykonawca deklaruje spełnianie warunków udziału w postępowaniu na potrzeby realizacji każdej z

KIO 493/17 17

części zamówienia, to zobowiązany jest posiadać potencjał wymagany dla obu części, zaś wykluczone jest jego późniejsze „przenoszenie” z części, w której jego oferta została sklasyfikowana niżej lub odrzucona – takie działanie naruszyłoby zasady równego traktowania wykonawców, a jednocześnie uczyniłoby wskazane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu całkowicie fikcyjnymi. Co więcej – wskazał odwołujący – takie działanie jedynie dowodziłoby tego, że wykonawca nie spełniając wymogów dla wszystkich części łącznie, celowo składa fałszywe oświadczenie odnośnie posiadanego potencjału technicznego, aby móc złożyć oferty na każdą z części.

W ocenie odwołującego dopiero uzyskanie od E. wyjaśnień w powyższym zakresie pozwoli przesądzić, czy wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej i jednocześnie, czy nie

podlega obligatoryjnemu wykluczeniu z uwagi na zamierzone wprowadzenie zamawiającego w błąd co do spełniania tych warunków.

Zdaniem odwołującego wybór oferty E. nieoprzemy rozstrzygnięciem tej kwestii należy uznać za istotne naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, prowadzące do wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niespełnienia przez E. warunku wymaganej zdolności technicznej, tj. dysponowania co najmniej dwiema palownicami odwołujący stanął na stanowisku, że zamawiający błędnie uznał, że E. dysponuje dwiema palownicami na potrzeby realizacji części II zamówienia, ponieważ zgodnie z dokumentami załączonymi do oferty wykonawcy, jedna palownica znajduje się w zasobach własnych E. natomiast druga została udostępniona przez podmiot trzeci, tj. A. sp. z o.o., jednak oświadczenie o udostępnieniu zasobów przez ten podmiot zostało podpisane przez osobę nieuprawnioną.

Dowód: pełnomocnictwo z dnia 27 września 2016 r. do podpisywania w imieniu A. sp. z o.o. oświadczeń dot. palownicy.

Odwołujący podniósł, że z treści pełnomocnictwa udzielonego K. B. przez P. N. działającego jako prokurent A. sp. z o.o. wynika jedynie umocowanie do „*podpisywania w imieniu firmy A sp. z o.o. oświadczeń w sprawie udostępniania palownicy wraz z obsługą oraz wszelkich dokumentów potrzebnych do ofert*”, jednak nie jest jednak jasne, o jakiego rodzaju oświadczenia chodzi, a w szczególności czy w tym zakresie mieszczą się oświadczenia woli w przedmiocie zobowiązania do udostępnienia palownicy, a nie jedynie działania marketingowe.

W ocenie odwołującego treść pełnomocnictwa może wskazywać, że K. B. jest KIO 493/17 18

umocowany do prowadzenia jedynie negocjacji w zakresie udostępnienia (najmu, użyczenia) palownicy, w tym również do przygotowania oferty w tym zakresie, na co w szczególności wskazuje zwrot „*oraz wszelkich dokumentów potrzebnych do oferty*”.

Podkreślił, że nie można też tego pełnomocnictwa powiązać z przedmiotowym postępowaniem, skoro nie wskazano na nim jego oznaczenia czy też nawet ogólnego odesłania do postępowań prowadzących przez zamawiającego.

Podsumował, że wobec treści pełnomocnictwa należy uznać, że zobowiązanie A. sp. z o.o. odnośnie udostępnienia palownicy nie zostało złożone skutecznie, wobec czego zamawiający nie mógł uznać, że E. będzie dysponował tym urządzeniem. Dodał, że palownica jest jednym z kluczowych urządzeń niezbędnych do realizacji zamówienia – jeżeli A. sp. z o.o. odmówi jej udostępnienia, powołując się na brak wiążącego zobowiązania w tym zakresie, to wówczas E. nie będzie w stanie należycie zrealizować zamówienia, bowiem brak jednej z dwóch palownic istotnie wpłynie na opóźnienie prac.

Uznał, że zamawiający powinien wezwać E. do uzupełnienia oferty, poprzez złożenie zobowiązania A. sp. z o.o. podpisanego przez osobę prawidłowo umocowaną, natomiast wobec zaniechań w tym zakresie treść oferty E. nakazuje przyjąć, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niespełnienia przez E. warunku wymaganej sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę co najmniej 8.800.000 zł odwołujący podał, że zamawiający w pkt. 8.6.3 SIWZ – IDW wymagał, aby wykonawca składający ofertę na realizację dwóch części odwołania posiadał środki finansowe w wysokości co najmniej 8.800.000 zł, co należało potwierdzić opinią wydaną przez bank lub spółdzielczą kasę oszczędnościowo-kredytową, potwierdzającą wysokość posiadanych przez wykonawcę środków finansowych lub zdolności kredytowej w wymaganej wysokości.

Wskazał, że do oferty E. załączono opinię banku A. C. B.S.A., z której treści wynika, że zdaniem banku „*Spółka ma wystarczające zdolności finansowe i kredytowe, aby przystąpić do przetargu i pracować w krajowych i międzynarodowych przetargach oraz zainwestować w wyżej wymieniony Projekt co najmniej 8.800.000,00 PLN*”.

Podał, że w oryginalnym brzmieniu opinii, sporządzonej w języku angielskim nie

pojawia się pojęcie *creditworthiness*, a jedynie użyto sformułowania „*financial and credit capabilities to bid and work in national and International tenders*”.

Uznał, że na tej podstawie nie sposób przyjąć, aby bank jednoznacznie potwierdził posiadaną zdolność kredytową, ponieważ z treści opinii bankowej ta KIO 493/17 19

okoliczność powinna wynikać jednoznacznie, natomiast z przedłożonej opinii można – zdaniem odwołującego – co najwyżej wywieść wniosek o dobrej kondycji finansowej wykonawcy, umożliwiające uczestniczenie w postępowaniach przetargowych.

Jednak – wywodził odwołujący – kwestia subiektywnej oceny sytuacji finansowej wykonawcy dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu jest nieistotna, bowiem zamawiający oczekiwał przedstawienia opinii bankowej potwierdzającej kwotę zgromadzonych środków lub oświadczenie o odpowiedniej zdolności kredytowej, a nie stanowiska banku co do możliwości finansowych uczestnictwa w przetargach.

Dowód: opinia bankowa wystawiona przez A.

W ocenie odwołującego sformułowania użyte w opinii bankowej są dalece niejednoznaczne i w istocie ciężko jest ustalić, co właściwie jej wystawca zamierzał zaświadczyć.

Uznał, że nie potwierdzono w niej, że E. posiada wymaganą zdolność kredytową, wobec czego zamawiający powinien wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia oferty, poprzez przedstawienie opinii bankowej wyraźnie potwierdzającej spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych środków finansowych.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 22 marca 2017 r., w tym:

1. Specyfikacji Istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),
2. *Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego,*
3. Protokołu z otwarcia ofert w dniu 15 grudnia 2016 r.,
4. Oferty przystępującego złożonej w części nr 2 zamówienia,
5. Oferty przystępującego złożonej w części nr 1 zamówienia,
6. Protokołu podsumowującego czynności komisji przetargowej w dniach od 16 grudnia 2016 r. do 10 stycznia 2017 r.,
7. Wezwania z dnia 11 stycznia 2017 r. skierowanego przez zamawiającego do przystępującego w przedmiocie złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności określone w JEDZ,
8. *Odpowiedzi przystępującego na wezwanie do złożenia dokumentów JEDZ z dnia 20 stycznia 2017 r.,*
9. Załączonych do odwołania: oświadczenia S. L. z 10 marca 2017 r., oraz „wyciągu z broszury informacyjnej dot. potencjału E.

KIO 493/17 20

10. *Odpowiedzi na odwołanie* – pismo zamawiającego z dnia 31 marca 2017 r.,

11. *Stanowiska pisemnego przystępującego* – pismo z dnia 30 marca 2017 r. oraz załączników:

- KRS „R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej „R.”),
- korespondencja e-mail dotycząca zlecenia wyszukania odpowiednich osób na stanowisko Kierownika Budowy wraz z tłumaczeniem na język polski,
- korespondencja e-mail pomiędzy R. a przystępującym wskazująca pana S. L. na stanowisko Kierownika Budowy wraz z tłumaczeniem na język polski,
- oświadczenie pana R. K. z dnia 23 marca 2017 roku,
- podpisany przez pana S. L. *Wykaz osób, którymi będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia* opisujące doświadczenie S. L. od czerwca 2009,
- dokumenty potwierdzające uprawnienia budowlane pana M. G.: *Decyzja OIK 4 – E – 307/2001* z dnia 5 kwietnia 2001 r. wydana przez Okręgowego Inspektora

Kolejnictwa w K. oraz *Stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie* z dnia 6 lipca 1994 r. wydane przez Urząd Wojewódzki w O.

- oświadczenie pana T. Ż. z dnia 7 grudnia 2016 r. w przedmiocie posiadanego doświadczenia wraz z Decyzją M. O. I. I. B. z dnia 14 kwietnia 2015 r. o nadaniu specjalizacji *Trakcje elektryczne* oraz zaświadczeniem P. I. I. b. MAP-T9D-I3C-4QW w przedmiocie, iż pan T. Ż. jest członkiem tej Izby,
- oświadczenie pana T. F. w przedmiocie własności 4 oznaczonych pociągów sieciowej do potokowej wymiany sieci trakcyjnej,
- wyciąg z listy środków trwałych prowadzonej przez księgowość przystępującego,
- polisa ubezpieczeniowa obejmująca posiadane pojazdy wraz z tłumaczeniem na język polski,
- homologacja dla pociągu sieciowego typu DIC-40,
- homologacja dla pojazdów specjalnych typu WED,
- oferta T. D. sp. z o.o. z dnia 5 grudnia 2016 r. na homologację platform kolejowych oraz zabudowanego na niej niezbędnego sprzętu do potokowej wymiany sieci trakcyjnej,
- oświadczenie .V. s.l., odnośnie do funkcji modułów do potokowej wymiany sieci trakcyjnej oraz braku wymogu homologacji wraz z tłumaczeniem na język polski,
- wydruk ze strony internetowej przystępującego z dnia 30 marca 2017 r. – zasoby techniczne,

KIO 493/17 21

- oświadczenie A.sp. z o.o. z dnia 20 marca 2017 r.,
- oświadczenia banku A. wraz z tłumaczeniem na język polski,
- Dokumentacja Techniczno-Ruchowa – pociąg sieciowy DIC 40 oraz Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru – Pociąg sieciowy DIC 40,
- Dokumentacja Techniczno-Ruchowa Pojazdu do montażu i demontażu sieci trakcyjnej typu WED oraz Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru Pojazdu do montażu i demontażu sieci trakcyjnej typu WED,

a także na podstawie stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważyła, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w części 2, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny oferty przystępującego, tj. zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy oznacza, że stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zaznaczenia przy tym wymaga, że choć cena ofertowa odwołującego (56 449 251 zł – pkt 12 *Protokołu postępowania*) przewyższa kwotę, która zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (40 200 926,40 zł – pkt 11 *Protokołu postępowania*), to – jak oświadczył zamawiający w toku rozprawy – „Poczynił kroki zmierzające do zwiększenia środków finansowych na realizację zadania 2, adekwatnie do dokonanego wyboru oferty Przystępującego z cena na poziomie powyżej 42 mln zł brutto. W przypadku konieczności dalszego zwiększenia środków finansowych podejmie takie starania”.

Skład orzekający Izby uznał złożone przez zamawiającego „Badanie potencjału kadrowego – projektant w specjalności sieci trakcyjnej” – jako stanowisko zamawiającego co do sposobu oceny oferty przystępującego.

z zeznań świadka S. L. „na okoliczność jego doświadczenia zawodowego, w tym posiadanych przez niego uprawnień i dat ich uzyskania oraz poinformowania o tym E.”, ponieważ co do tych okoliczności S. L. złożył już oświadczenie z dnia 10 marca 2017 r. (załączono do odwołania).

Skład orzekający Izby oddalił także wniosek przystępującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań R. K., *na okoliczność informacji uzyskanych od S. L. w przedmiocie spełniania wymogów dla Kierownika Budowy oraz podjęcia decyzji w sprawie przedstawienia Pana S. L. Przystępującemu na to stanowisko*, ponieważ co do tych okoliczności R. K. złożył już oświadczenie z dnia 23 marca 2017 r. (załącznik nr 4 do pismennego stanowiska przystępującego).

Zarzuty:

- zaniechania wykluczenia przystępującego z uwagi na zamierzone lub co najmniej wynikające z rażącego niedbalstwa wprowadzenie zamawiającego w błąd co do tego, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, tj. dysponowania kierownikiem budowy posiadającym co najmniej 5 lat doświadczenia na stanowisku Kierownika budowy w rozumieniu ustawy Prawo budowlane na robotach związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, w tym kolejowej sieci trakcyjnej na odcinku co najmniej 10 kmt oraz urządzeń elektroenergetycznych zewnętrznych, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp,
- zaniechania wykluczenia przystępującego z uwagi na brak zachowania należytej staranności w przygotowaniu oferty, w wyniku czego wykonawca ten przedstawił zamawiającemu nieprawdziwe informacje odnośnie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, tj. dysponowania kierownikiem budowy posiadającym co najmniej 5 lat doświadczenia na stanowisku Kierownika budowy / Kierownika robót w rozumieniu ustawy Prawo budowlane na robotach związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, w tym kolejowej sieci trakcyjnej na odcinku co najmniej 10 kmt oraz urządzeń elektroenergetycznych zewnętrznych w osobie S. L. podczas gdy osoba ta nie posiada wymaganego doświadczenia, o czym wykonawca ten powinien był wiedzieć przy zachowaniu minimum ostrożności, a mimo to wskazał tę osobę w wykazie osób, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp

KIO 493/17 23

nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W pkt. 8.6.2. lit. a Instrukcji dla Wykonawców (dalej „IDW”) zamawiający zażądał, w odniesieniu do zdolności zawodowych, wykazania przez wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym 1 osobą – kierownikiem budowy posiadającym uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych z doświadczeniem obejmującym min. 5 lat na stanowisku kierownika budowy/kierownika robót na robotach związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w tym kolejowej sieci trakcyjnej na odcinku co najmniej 10 kmt oraz urządzeń elektromagnetycznych zewnętrznych.

W dokumencie JEDZ na stronach 47-48 przystępujący oświadczył, że może skorzystać z usług S. L. – kierownika budowy, posiadającego wykształcenie wyższe, uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych wynikające z decyzji LOD/1912/OWOE/12, posiadającego

doświadczenie opisane w 3 pozycjach tabeli, gdzie w pozycji pierwszej podano: okres 06.2009-08.2012 (kolumna 1), kierownik robót (2), linia E65 W.– G.siec trakcyjna (kolumna 3).

Na str.156 oferty przystępujący złożył sporządzone według załącznika nr 3 do IDW i podpisane przez S. L. „Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia”

Przystępujący złożył także (str. 159-160 oferty) decyzję Okręgowej Komisji K.Ł. O. I. I. B.z 21 czerwca 2012 r. nadającą S. L. uprawnienia budowlane LOD/1912/OWOE/12 do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

Nadto, na stronie 217 oferty, w ramach „Wykazu osób, którymi będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia – dla części nr 2” przystępujący powielił informacje z dokumentu JEDZ w odniesieniu do S.L.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: (...) 16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd KIO 493/17 24

przy przedstawianiu informacji, że (...) spełnia warunki udziału w postępowaniu (...).”

Odwołujący utrzymywał, że obowiązek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp spoczywa na zamawiającym niezależnie od tego, czy zamawiający rzeczywiście został wprowadzony w błąd („Istotne jest bowiem samo podanie niezgodnych z prawdą informacji przy przedstawianiu informacji, bez względu na skutek takiego działania” – str. 6 odwołania, pierwszy akapit).

W ocenie składu orzekającego Izby stanowisko odwołującego nie znajduje oparcia w brzmieniu art. 24 ust.1 pkt 16 ustawy Pzp, który nakazuje eliminację wykonawcy z postępowania tylko w przypadku takiego zamierzonego działania wykonawcy lub rażącego niedbalstwa, które spowodowało skutek w postaci wprowadzenia zamawiającego w błąd, o czym przesądza sformułowanie „wprowadził zamawiającego w błąd” (czas przeszły dokonany).

W przedmiotowym postępowaniu, co niewątpliwie wynika z „Protokołu podsumowującego czynności w dniach 16.12.2016 r. – 10.01.2017 r. Komisji Przetargowej”, w którym wskazano: „Zamawiający ustalił, że Pan S. L. nie posiada wymaganego okresu doświadczenia, tj. 5 lat. Do okresu doświadczenia Pana S. L. należy zaliczyć doświadczenie zdobyte od dnia uzyskania uprawnień budowlanych do kierowania robotami bez ograniczeń, czyli od dnia 21 czerwca 2012 roku. Doświadczenie Pana L. wynosi 4 lata i 2 m-ce. (...) W związku z powyższym Wykonawca na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy zostanie wezwany do uzupełnienia wykazu osób w zakresie wykazania nowej osoby spełniającej wymagania określone w opisie warunku dla Kierownika Budowy” zamawiający nie został wprowadzony w błąd i nie uznał, że S. L. legitymuje się niezbędnym doświadczeniem.

Powyższe, tj. fakt, iż zamawiający nie został wprowadzony w błąd nie pozwala na zastosowanie wobec przystępującego sankcji w postaci wykluczenia go z udziału w postępowaniu i to niezależnie od tego, czy wykonawca działał z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd lub dopuścił się rażącego niedbalstwa.

Ocena, czy przystępujący, przy przedstawianiu informacji dotyczących S. L., dopuścił się rażącego niedbalstwa, działał z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd albo działał lekkomyślnie lub niedbale wymaga poznania okoliczności, w których doszło do przedstawienia przez przystępującego jako osoby o wymaganym przez zamawiającego doświadczeniu, mającej pełnić funkcję kierownika budowy S.a L.

Odwołujący twierdził, że „zarówno w oświadczeniu JEDZ, jak i wykazie osób, wykonawca ten zawarł informacje niezgodne z prawdą i to pomimo tego, że posiadał KIO 493/17 25

dokumenty pozwalające mu to stwierdzić w sposób nie budzący wątpliwości” (str. 6 odwołania, pkt 1.3.)

Odwołujący, jako dokumenty pozwalające przystępującemu stwierdzić nieprawdziwość informacji dotyczących doświadczenia S. L., przedstawił oświadczenie S. L. z dnia 10 marca 2017 r., w którym ten oświadczył, że:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych uzyskał w dniu 21 czerwca 2012 r. na mocy decyzji Okręgowej Komisji Kwalifikacyjnej Ł. Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa nr OKK/3159/1114/12,
- przed dniem 21 czerwca 2012 r. nie posiadał jakichkolwiek uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,
- o wszystkich uprawnieniach wskazanych powyżej oraz dacie ich uzyskania poinformował przystępującego, przekazując stosowne dokumenty, w tym odpis zaświadczenia o członkostwie w Ł. Izbie Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa oraz odpis decyzji Okręgowej Komisji Kwalifikacyjnej Ł. Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa nr OKK/3159/1114/12,
- w 2011 r. nie pełnił samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w rozumieniu ustawy prawo budowlane w szczególności nie pełnił samodzielnie funkcji kierownika budowy ani funkcji kierownika robót.

Przystępujący w ramach pisemnego stanowiska złożył następujące wyjaśnienia co do okoliczności towarzyszących przygotowywaniu oferty:

„3. W celu przygotowania prawidłowej oferty oraz z uwagi na profesjonalne podejście Przystępującego do niniejszego przetargu, zdecydował się on powierzyć wyszukiwanie właściwych osób na dwa stanowiska Kierownika Budowy (z uwagi na zamiar złożenia ofert na dwie części zamówienia) firmie zewnętrznej specjalizującej się w wyszukiwaniu i pozyskiwaniu pracowników, tj. R. sp. z o.o. z siedzibą w W. – dalej „R. (dowód: KRS R. wraz z wykazem przedmiotu działalności, tj. PKD 78.10.Z - działalność związana wyszukiwaniem miejsc pracy i pozyskiwaniem pracowników, PKD 78.20.Z – działalność agencji pracy tymczasowej oraz PKD 78.30.Z - pozostała działalność związana z udostępnieniem pracowników załącznik numer 1).

Zgodnie z pkt. 8,6.2.a) SIWZ osoba wskazana na stanowisko Kierownika Budowy KIO 493/17 26

powinna posiadać:

- (i) uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,*
- (ii) co najmniej 5 (pięć) lat doświadczenia, na stanowisku Kierownika Budowy/ Kierownika Robót w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane na robotach związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, w tym kolejowej sieci trakcyjnej na odcinku co najmniej 10 kmt oraz urządzeń elektroenergetycznych zewnętrznych.*

4. Stosowne zapytanie handlowe zawierające wyszczególnione wymagania na stanowisko Kierownika Budowy, tj. posiadanie 5 lat doświadczenia oraz uprawnień budowlanych bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi, Przystępujący przekazał R. najpierw telefonicznie a następnie potwierdził mailem z 10 listopada 2016 roku (dowód: korespondencja email dotycząca zlecenia wyszukania osób na Budowy wraz odpowiednich stanowisko Kierownika z tłumaczeniem na język polski - załącznik numer 2, zeznania świadka Pana R. K. na okoliczność otrzymania od Przystępującego zlecenia wyszukania osób spełniających kryteria SIWZ na potrzeby przetargu publicznego na stanowisko Kierownika Budowy). Po uzgodnieniu warunków finansowych R. przyjął zlecenie Przystępującego a następnie 8 grudnia 2016 roku zaproponował m.in. na stanowisko Kierownika Budowy

Pana S. L. (dowód: korespondencja e-mail pomiędzy R. a Przystępującym wskazująca Pana S. L. na stanowisko Kierownika Budowy wraz z tłumaczeniem na język polski – załącznik numer 3, oświadczenie Pana R. K. z 23 marca 2017 roku – załącznik numer 4; zeznania świadka R. K. na okoliczność informacji uzyskanych od S. L. w przedmiocie spełniania wymogów dla Kierownika Budowy oraz podjęcia decyzji w sprawie przedstawienia Pana St. L. Przystępującemu na to stanowisko).

5. Wraz z propozycją R. przekazał Przystępującemu dokumenty dotyczące Pana L., tj. zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów wykonawcy oraz wykaz posiadanego doświadczenia. Oba dokumenty zostały własnoręcznie podpisane przez Pana L. (dowód: zobowiązanie podmiotu trzeciego S. L. – załącznik numer 5, wykaz osób wraz z doświadczeniem S. L. – załącznik numer 6).

6. W zobowiązaniu podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów wykonawcy Pan L. oświadczył, że zobowiązuje się do oddania do dyspozycji zasobów (wskazał siebie na stanowisko Kierownika Budowy) na rzecz Przystępującego przy wykonywaniu części 2 zamówienia. Z dokumentu tego niezbitnie wynika, że Pan L. wiedział na czym rzecz udostępnia zasoby i jakiego postępowania ta czynność dotyczy. Zatem na podstawie KIO 493/17 27

tego dokumentu można uznać, że przed podpisaniem zobowiązania do udostępnienia zasobów znał wymagania na to stanowisko - tj. posiadanie 5 lat doświadczenia oraz uprawnień budowlanych bez ograniczeń do kierowania robotami.

7. Jakikolwiek wątpliwości w tym przedmiocie rozwiewa z kolei drugi dokument podpisany własnoręcznie przez Pana S. L. tj. „Wykaz osób, którymi będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia”. Do dokumentu tego należało wpisać posiadane doświadczenie obejmujące m.in. wskazanie dokładnych ram czasowych oraz zajmowane stanowisko. Pan S. L. wypełniając ten dokument podał, że w latach 2009 - 2012 pracował przy inwestycji budowlanej dotyczącej linii kolejowej E65 (W. – G.) i zajmował wówczas stanowisko Kierownika robót. Z tego dokumentu wynika jednoznacznie, że Pan L. w roku 2009 pełnił funkcję Kierownika robót, zatem jego doświadczenie zawodowe należy liczyć od tej daty. Przystępujący weryfikując zatem informacje przedstawione przez R. zapoznał się bezpośrednio z powyższymi dwoma oświadczeniami Pana L. i ustalił, że ten posiada stosowne doświadczenie począwszy co najmniej 2009 roku, co daje na dzień składania ofert 7 lat doświadczenia.

8. Przystępujący sprawdził także uprawnienia budowlane posiadane przez Pana L. (w aktach sprawy). Data uprawnień budowlanych sięgająca 2012 roku nie wzbudziła jego wątpliwości, bowiem po pierwsze Pan L. oświadczył, że stosowne doświadczenie posiadał już w 2009 roku a po drugie nierzadkie są w praktyce przypadki, gdzie dana osoba posiada zarówno uprawnienia zdobyte na podstawie wcześniej obowiązujących aktów prawnych - np. tzw. stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, wydawane na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z 20 lutego 1975 roku (Dz.

U. z 1975 roku, Nr 8, poz. 46 ze zm. - akt ten obowiązywał do 1995 roku, kiedy to

i uprawnienia budowlane wydawane został uchylony przez

Prawo budowlane) - jak

na podstawie Prawa budowlanego. Przystępujący wskazuje, że sytuacja taka występuje chociażby w przypadku Pana M. a G. wskazanego na miejsce Pana L., który posiada aktualne uprawnienia budowlane od roku 2001, a także wcześniej wydane stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z 1994 roku (dowód: dokumenty potwierdzające uprawnienia budowlane Pana M. G. – załącznik numer 7). Osoby posiadające „stare” uprawnienia decydują się z wielu względów uzyskać uprawnienia wydane w oparciu o aktualne przepisy prawa. Możliwość jednoczesnego posiadania uprawnień „starszych” i „aktualnych” potwierdza praktyka rynku a także przepisy prawa. Zgodnie z art. 104 Prawa budowlanego osoby, które, przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały

KIO 493/17 28

uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do

pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Sytuacja taka jest znana i całkowicie akceptowana przez Główny Inspektorat Kolejowego Dozoru Technicznego. W takim przypadku dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wystarczające jest przedłożenie aktualnych uprawnień.

9. Biorąc powyższe pod uwagę, Przystępujący dysponujący z jednej strony jasnym oświadczeniem Pana L. o posiadanym doświadczeniu od roku 2009 oraz podpisanym przez niego zobowiązaniu do udostępnienia zasobów na potrzeby określonego wykonawcy w konkretnym postępowaniu oraz świadomy możliwości legitymowania się przez daną osobę wcześniejszymi uprawnieniami, działając w zaufaniu do R. a także przyszłego współpracownika w osobie Pana L., wybrał udostępnione przez niego zasoby na potrzeby niniejszego postępowania."

Odnosząc się do oświadczenia S. L. z dnia 10 marca 2017 r. skład orzekający Izby wskazuje, że osoba ta potwierdziła, że przekazała przystępującemu (za pośrednictwem R. sp. z o.o. z siedzibą w W.), poza odpisem zaświadczenia o członkostwie w Ł. Izbie Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa oraz odpisem decyzji Okręgowej Komisji Kwalifikacyjnej Ł. Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa nr OKK/3159/1114/12, także inny jeszcze dokument albo dokumenty, o czym świadczy użycie sformułowania „w tym”.

Przyjąć należy, że dokumentami tymi były dokumenty, na które powoływał się przystępujący (fakt, że dokumenty te zostały podpisane przez S. L. nie był kwestionowany):

- zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. S. L. z dnia 7 grudnia 2016 r., złożone przez przystępującego wraz z ofertą – str. 156-157 (stanowiące także załącznik nr 5 do stanowiska pisemnego przystępującego),
- oświadczenie S. L. – „Wykaz osób, którymi będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” z dnia 7 grudnia 2016 r., w którym osoba ta oświadczyła, że zdobyła doświadczenie m.in. w okresie 06.2009-08.2012, zajmując stanowisko kierownika robót w czasie wykonywania roboty budowlanej (sieć trakcyjna) na linii E65 W. – G.

Porównując treść oświadczeń S. L. z dnia 6 grudnia 2016 r. i z dnia 10 marca 2017 r., skład orzekający Izby stwierdził, że nie są zgodne. Niezgodność tych oświadczeń polega na tym, że o ile w oświadczeniu z dnia 6 grudnia 2016 r. S. L. wskazał swoje doświadczenia na stanowisku kierownika budowy zdobyte zarówno w KIO 493/17 29

okresie przed dniem uzyskania uprawnień nadanych decyzją nr OKK/3159/1114/14 z dnia 21 czerwca 2012 r., jak i po tym dniu, tj. wskazał doświadczenie zdobyte w 2009 (od czerwca), w 2010, w 2011 i wreszcie w 2012 roku (do sierpnia), o tyle w oświadczeniu z dnia 10 marca 2017 r. zaprzeczył, iż w 2011 roku pełnił funkcję kierownika budowy, nie odnosząc się przy tym w ogóle do roku 2009 (od czerwca), 2010 i 2012 (do czerwca).

W ocenie składu orzekającego Izby kluczowym dla oceny działań przystępującego podjętych przy przygotowaniu oferty jest oświadczenie S. L. z dnia 6 grudnia 2017 r. co do zdobytego przez wskazaną osobę doświadczenia, opisanego w ramach podpisanego przez S. L. ww. Wykazu, a także to, że S. L., „przypisując sobie” doświadczenia jako kierownika budowy zdobyte od czerwca 2009 roku nie poinformował przystępującego, że przed 21 czerwca 2012 roku nie posiadał jakichkolwiek innych uprawnień – jak oświadczył S. L. w dniu 10 marca 2017 r. poinformował jedynie przystępującego o tym, że posiada uprawnienia nadane decyzją OKK/3159/1114/12 z dnia od 21 czerwca 2012 r. („O wszystkich uprawnieniach wskazanych powyżej oraz dacie ich uzyskania poinformowałem E. S.A., przekazując stosowne dokumenty, w tym (...).”).

W ocenie składu orzekającego Izby opisane okoliczności, a nadto fakt, że przystępujący pomimo braku wymogu zamawiającego, złożył wraz z ofertą decyzję OKK/3159/1114/12 z dnia od 21 czerwca 2012 roku pozwalają uznać, że

przystępujący nie tylko, że nie działał, przedstawiając informacje dotyczące S. L. z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd, że nie dopuścił się rażącego niedbalstwa, ale także że nie działał lekkomyślnie, czy niedbale, ponieważ:

1. złożenie wraz z ofertą (str. 159-160) decyzji OKK/3159/1114/12 z dnia 21 czerwca 2012 r., która stanowić mogła, w świetle dokumentów ofertowych, jedyną podstawę kwestionowania doświadczenia S. L. zdobytego przed dniem jej wydania jest nie do pogodzenia z przypisywanym przystępującemu zamierzonym działaniem – gdyby przystępujący zamierzał wprowadzić zamawiającego w błąd to po prostu nie składałby tej decyzji (wobec braku takiego obowiązku),
 2. skorzystał z usług profesjonalnego podmiotu w zakresie pozyskania osoby – kierownika budowy o opisanych przez zamawiającego kwalifikacjach, tj. R.” Sp. z o.o. z siedzibą w W.,
 3. działał z wyprzedzeniem – przy terminie składania ofert wyznaczonym na połowę grudnia 2016 roku działania mające na celu znalezienie osoby –
- KIO 493/17 30

kierownika budowy o wymaganych przez zamawiającego kwalifikacjach podjął, przy pomocy profesjonalnego pośrednika, nie później niż w I dekadzie listopada 2016 roku, co potwierdza załączona do stanowiska przystępującego korespondencja e-mail,

4. pozyskał oświadczenie od S. L. o posiadanym przez niego doświadczeniu jako kierownika budowy, w tym z okresu czerwiec 2009 – czerwiec 2012 (pozycja 1 Wykazu), a jednocześnie nie został poinformowany przez S. L., że ten nie posiadał innych uprawnień niż nadanych decyzją OKK/3159/1114/12 z dnia 21 czerwca 2012 r., wobec czego mógł przyjąć, iż doświadczenia S. należy liczyć od czerwca 2009 roku (osoba ta mogła legitymować się wcześniej innymi uprawnieniami niż wskazana decyzja).

Odwołujący w toku rozprawy nie kwestionował twierdzeń zamawiającego i przystępującego, że możliwym jest w praktyce, iż osoba posiada uprawnienia zdobyte na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, jak i uprawnienia budowlane wydawane na podstawie ustawy Prawo budowlane. Nie zakwestionował także, iż przykładem takiej praktyki jest wskazany przez przystępującego, w miejsce S.L., M. G., dla którego przystępujący przedstawił (załącznik nr 7 do pismennego stanowiska): *Decyzję OIK 4 – E – 307/2001 z dnia 5 kwietnia 2001 r. wydaną przez Okręgowego Inspektora Kolejnictwa w K. oraz Stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 6 lipca 1994 r. wydane przez Urząd Wojewódzki w O.*

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że brak było podstaw do wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17, ponieważ niezależnie od oceny, że informacje przedstawione przez tego wykonawcę co do doświadczenia S. L. były informacjami wprowadzającymi w błąd i mogącymi mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, przystępujący nie przedstawił ich w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

Zarzut niezasadnego zastosowania wobec przystępującego wezwania do wskazania innej osoby potwierdzającej spełnianie warunków udziału w postępowaniu w miejsce S. L., mimo tego, że wykonawca przedstawił zamawiającemu w tym zakresie informacje nieprawdziwe, nie podlegające uzupełnieniu nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby odwołuje się do ustaleń poczynionych w odniesieniu do zarzutów powyżej, podkreślając w tym miejscu, że na str. 156 oferty przystępujący

KIO 493/17 31

złożył podpisane przez S. L. „Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia”.

Dodatkowo skład orzekający Izby ustalił, że pismem z dnia 11 stycznia 2017 r.

zamawiający, powołując się na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał przystępującego do „uzupełnienia wykazu osób w zakresie nowej osoby spełniającej wymagania określone w opisie warunku dla Kierownika Budowy”, uzasadniając iż : „Do okresu doświadczenia Pana S. L. należy zaliczyć doświadczenie zdobyte od dnia uzyskania uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń, czyli od dnia 21 czerwca 2012 roku. Doświadczenie Pana L., wynosi 4 lata i 2 m-ce.”.

W miejsce S. L. przystępujący wskazał M. G. (który, jak ocenił odwołujący na str. 7 odwołania) „już posiada odpowiednie doświadczenie wymagane przez Zamawiającego”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Przystępujący, czego nie kwestionował ani on, ani zamawiający, przy przedstawianiu informacji dotyczących S. L. przedstawił informacje wprowadzające w błąd co do doświadczenia S. L., jakie ten posiadał przed uzyskaniem uprawnień w 2012 roku.

Dostrzeżenia wymaga, że obecnie ustawa Prawo zamówień publicznych (po nowelizacji z czerwca 2016 roku) w ogóle nie posługuje się w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 zwrotem „informacje nieprawdziwe”.

Abstrahując jednak nawet od rozważań co do tożsamości zwrotów „informacje nieprawdziwe” i „informacje wprowadzające w błąd”, w ocenie składu orzekającego Izby przedstawienie zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd (co nie nastąpiło, jak oceniła Izba powyżej ani w wyniku lekkomyślności, ani niedbalstwa przystępującego) nie stało na przeszkodzie wezwaniu przystępującego do zastąpienia S. L. inną osobą.

Zgodnie z nowym, wprowadzonym nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z czerwca 2016 roku, przepisem art. 22a ust. 6: „Jeżeli zdolności (...) zawodowe (...) podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami (...)”

KIO493/17 32

Ze względu na fakt, że przystępujący polegał, w przypadku wykazywania zdolności zawodowych na podmiocie trzecim – S. L., a jego zdolności zawodowe nie potwierdziły postawionego przez zamawiającego warunku to zamawiający był uprawniony i jednocześnie zobowiązany (ustawodawca użył sformułowania „zamawiający żąda”) wezwać przystępującego do zastąpienia S. L. innym podmiotem (osobą) – zamawiający błędnie powołał się przy tym na przepis art. 26 ust. 3, zamiast art. 22a ust. 6 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, że ustawodawca nie poczynił w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp jakichkolwiek zastrzeżeń co do przypadków, w których wezwanie nie jest przez zamawiającego kierowane do wykonawcy, który, polegając na zasobach podmiotu trzeciego, nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w szczególności w przypadku, gdy wykonawca przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd.

Przepis ten, inaczej niż art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który dotyczy sytuacji samodzielnego wykazywania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, w żaden sposób nie referuje do tego, jak doszło do tego, że wykonawca, powołując się na zasoby podmiotu trzeciego nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, tj. np. ze względu na złożenie dokumentów niekompletnych, zawierających błędy lub budzących wątpliwości.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut niezasadnego zastosowania wobec przystępującego wezwania do wskazania innej osoby potwierdzającej spełnianie warunków udziału w postępowaniu w miejsce S. L. nie potwierdził się.

Zarzuty:

- zaniechania wykluczenia przystępującego z uwagi na zamierzone lub co najmniej wynikające z rażącego niedbalstwa wprowadzenie zamawiającego w błąd co do tego, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, tj. dysponowania łącznie co najmniej czterema pociągami sieciowymi do potokowej wymiany sieci trakcyjnej (z czego każde dwa pociągi do realizacji jednej części zamówienia),
- zaniechania wykluczenia przystępującego z uwagi na brak zachowania należytej staranności w przygotowaniu oferty, w wyniku czego wykonawca ten przedstawił zamawiającemu wprowadzające w błąd informacje odnośnie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, tj. dysponowania łącznie co najmniej czterema pociągami sieciowymi do

KIO 493/17 33

potokowej wymiany sieci trakcyjnej (z czego każde dwa pociągi do realizacji jednej części zamówienia),

- zaniechania wykluczenia przystępującego z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej zdolności technicznej, dysponowania łącznie co najmniej czterema pociągami sieciowymi do potokowej wymiany sieci trakcyjnej (z czego każde dwa pociągi do realizacji jednej części zamówienia), podczas gdy przystępujący w dniu składania ofert dysponował jedynie dwoma pociągami przeznaczonymi do remontu sieci trakcyjnej

nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający żądał w odniesieniu do zdolności technicznej (pkt 8.6.2. lit. b) IDW), aby wykonawca dysponował dostępem do dwóch pociągów do potokowej wymiany sieci trakcyjnej i to dla każdej z części zamówienia (łącznie 4).

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że zamawiający formułując warunek nie podał przy tym, jak należy rozumieć pojęcie „pociąg do potokowej wymiany sieci trakcyjnej”.

W celu potwierdzenia dysponowania tymi pociągami wykonawca miał złożyć wypełniony, według opracowanego przez zamawiającego wzoru – załącznik nr 6 do IDW, „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy robót w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami” (dalej „Wykaz narzędzi”).

Przystępujący złożył (str. 207-208 oferty w części 1 oraz str. 212-213 oferty w części 2), według opracowanego przez zamawiającego wzoru – załącznik nr 6 do IDW, „Wykaz narzędzi”, w którym wskazał, iż dysponuje 2 pociągami do potokowej wymiany sieci trakcyjnej.

Zamawiający nie żądał złożenia jakichkolwiek innych dokumentów dotyczących dysponowania przez wykonawcę ww. pociągami.

Skład orzekając Izby zważył, co następuje.

Bez wątpienia przystępujący wykazał, w sposób określony przez zamawiającego postanowieniami IDW, tj. poprzez przedstawienie „Wykaz narzędzi”, że dysponuje tak w części 1, jak i w części 2 dwoma pociągami sieciowymi do potokowej wymiany sieci trakcyjnej.

Przypomnienia wymaga, że zgodnie art. 190 ust. 1 ustawy Pzp „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla

stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne”.

Skoro zatem odwołujący twierdził, że przystępujący w dniu składania ofert dysponował jedynie dwoma pociągami przeznaczonymi do remontu sieci trakcyjnej, a powinien – ze względu na złożenie ofert dla obu części – dysponować czterema takim pociągami to winien to udowodnić, a to ze względu na skutek w postaci wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu

Tymczasem odwołujący, po pierwsze, głośłownie twierdził („W branży

modernizacji trakcji kolejowej faktem powszechnie znanym jest mocno ograniczona dostępność tego rodzaju pociągów” – str. 13 odwołania), że dostępność pociągów do potokowej wymiany sieci trakcyjnej jest ograniczona, nie wyjaśniając przy tym w ogóle co oznacza sformułowanie, którym się posłużył, tj. „mocno ograniczona dostępność tego rodzaju pociągów”, a także nie wyjaśniając, czy owa ograniczona dostępność stanowi „problem” branży modernizacji trakcji kolejowej w P. (na co wskazywałby podane przez odwołującego przykłady złożenia ofert wspólnych w tym postępowaniu przez podmioty polskie, tj. przez odwołującego: konsorcjum P. E. S.A. z W. i T. S.A. z Poznania oraz przez konsorcjum T. P. z W. i Z. S.A. z K.), w całej E., czy może ma zasięg globalny.

Po drugie, odwołujący na potwierdzenie, że przystępujący nie dysponuje łącznie czterema pociągami (po dwa na każdą z części zamówienia) przedstawił wyciąg z broszury informacyjnej dotyczącej potencjału przystępującego, oświadczając iż są to informacje dostępne na stronie internetowej tego wykonawcy, z których wynika, iż przystępujący posiada tylko pojazdy do renowacji technicznej.

Skład orzekający Izby wskazuje, że odwołujący nawet nie podał (i nie udowodnił), kiedy informacje o zasobach technicznych przystępującego pozyskał z jego strony internetowej. Także sama broszura informacji takich nie zawiera. Wobec tego informacje te nie mogą stanowić jakiegokolwiek podstawy nawet do poddania w wątpliwość, jakimi zasobami obecnie przystępujący dysponuje.

Na marginesie skład orzekający Izby wskazuje, że odwołujący nie wykazał, że pociąg do potokowej wymiany sieci trakcyjnej nie jest tym samym (nie może spełniać takich funkcji) co pociąg do renowacji sieci technicznej.

Wobec tego skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nie wykazał, iżby przystępujący nie dysponował pociągami do potokowej wymiany sieci trakcyjnej, czy też – jak sformułował to odwołujący – by przystępujący borykał się z niedoborami KIO 493/17 35

w taborze (str. 14 pkt 3.4. odwołania), co oznacza jednocześnie, iż przystępujący nie przedstawił zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd, czy też takich, które wprowadziły zamawiającego w błąd i nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał nadto, że pociągi do potokowej wymiany sieci trakcyjnej „powinny również spełniać normy umożliwiające poruszanie się po sieci kolejowej zarządzanej przez Zamawiającego, a to oznacza, m.in. uzyskanie świadectwa dopuszczenia wydanego przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego (tzw. homologacja kolejowa)”, nie formułując jednak w tym zakresie w odwołaniu żadnych zastrzeżeń wobec pociągów wskazanych przez przystępującego.

Prezentowane przez odwołującego twierdzenia, których prawdziwości odwołujący nie udowodnił, nie mogą stanowić podstawy do poddania w wątpliwość zasobów, jakimi dysponuje przystępujący, co tym samym przesądza o braku konieczności wzywania przystępującego do składania wyjaśnień i uznaniu, że wykonawca ten spełnia warunek w zakresie zdolności technicznej dotyczący pociągów sieciowych do potokowej wymiany sieci trakcyjnej.

Dodatkowo wskazać należy, że to przystępujący załączył do stanowiska pisemnego dowody na potwierdzenie, że dysponuje wymaganymi pociągami.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że żaden z zarzutów dotyczących dysponowania przez przystępującego pociągami sieciowymi do potokowej wymiany sieci trakcyjnej się nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej zdolności technicznej co do dysponowania co najmniej jednym projektantem w specjalności sieci trakcyjnej z co najmniej 5 letnim doświadczeniem na stanowisku projektanta

w rozumieniu ustawy Prawo budowlane przy projektowaniu budowy lub przebudowy urządzeń elektroenergetycznych, w tym kolejowej sieci trakcyjnej na odcinku co najmniej 10 kmt oraz urządzeń elektroenergetycznych, podczas gdy wskazany przez przystępującego projektanta nie posiada wymaganego doświadczenia nie potwierdził się.

KIO 493/17 36

Skład orzekający ustalił, co następuje.

Zgodnie z postanowieniem pkt. 8.6.2. lit. a) IDW zamawiający, w odniesieniu do projektanta w specjalności sieci trakcyjnej, wymagał co najmniej 5 lat doświadczenia na stanowisku projektanta w rozumieniu ustawy Prawo budowlane przy projektowaniu budowy lub przebudowy urządzeń elektroenergetycznych w tym kolejowej sieci trakcyjnej na odcinku 10 kmt oraz urządzeń elektroenergetycznych zewnętrznych.

Przystępujący zaproponował na stanowisko projektanta w specjalności sieci trakcyjnej Tomasza Żaka, opisując jego doświadczenie w sporządzonym na podstawie załącznika nr 7 do IDW Wykazie osób (str. 222-228 oferty), poprzez wskazanie 13 zrealizowanych przez niego projektów w latach 2010-2016.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwolujący kwestionował 5 spośród 13 wskazanych w doniesieniu do T. Ż. pozycji doświadczenia. W odniesieniu do jednej z nich zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził: „zastrzeżenia *Odwolującego mogą być uznane jedynie w odniesieniu do i torowiska zaprojektowania wykonania remontu tramwajowego (...)*”.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że odwołujący oparł zarzut na błędnej wykładni sformułowanego przez zamawiającego warunku w odniesieniu do projektanta w specjalności sieci trakcyjnej.

Zamawiający oczekiwał co najmniej 5 letniego doświadczenia na stanowisku projektanta w rozumieniu Prawo budowlane przy projektowaniu budowy lub przebudowy urządzeń elektroenergetycznych, żądając – w jego ramach, w odniesieniu do tego doświadczenia, tj. całego wskazanego okresu na wskazanym stanowisku – doświadczenia przy budowie przebudowie sieci trakcyjnej na odcinku co najmniej 10 kmt oraz urządzeń elektroenergetycznych zewnętrznych, o czym przesądza użycie przez zamawiającego zwrotu „w tym”.

Uwzględniając wskazany powyżej, prawidłowy sposób rozumienia postawionego przez zamawiającego warunku co do projektanta w specjalności sieci trakcyjnej uznać należy, że doświadczenie T. Ż. odpowiada żądaniu zamawiającego – wystarczającym było, aby w ramach 5-letniego okresu osoba nabyła doświadczenie przy projektowaniu choćby jednej sieci trakcyjnej na odcinku co najmniej 10 kmt oraz urządzeń elektroenergetycznych zewnętrznych, co przystępujący wykazał (pomijając nawet 15 miesięczny okres doświadczenia przy LK1 biegnący równoległe do okresu

KIO 493/17 37

doświadczenia przy E20 i okres doświadczenia przy zaprojektowaniu i wykonaniu remontu torowiska tramwajowego).

Niezależnie od powyższego dostrzeżenia wymaga, że – jak trafnie podniósł zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (str. 7, ostatni akapit) – „Tabela zawarta w odwołaniu nie jest żadnym dowodem, a jedynie sposobem zaprezentowania stanowiska *Odwolującego*”.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej zdolności technicznej co do dysponowania co najmniej jednym projektantem w specjalności sieci trakcyjnej nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej zdolności technicznej, tj. dysponowania co najmniej dwiema palownicami nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z postanowieniem pkt. 8.6.2.b) IDW zamawiający żądał wykazania dostępności co najmniej po 2 jednostki dla każdej części zamówienia palownic do wbijania fundamentów pod słupy sieciowe.

W przypadku części 2 zamówienia przystępujący wraz z ofertą oraz na wezwanie zamawiającego złożył:

1. sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do IDW wypełniony „Standardowy formularz europejskiego dokumentu zamówienia”, w którym podał, iż jednym z jego podwykonawców będzie A. Sp. z o.o. (str.39 oferty),
2. sporządzone na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do IDW „Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia” z dnia 12 grudnia 2016 r. – K. B. (zgodnie z pieczęcią Dyrektor Robót Kolejowych w A. Sp. z o.o. z W.) oświadczył „Działając w imieniu i na rzecz A. Sp. z o.o., Al. W. 6, 02-681 W. (...) Zobowiązuje się do oddania nw. zasobów na potrzeby wykonania zamówienia: Potencjał techniczny – palownica do wbijania fundamentów pod konstrukcje wsporcze – 1 jednostka (...) do dyspozycji Wykonawcy: E. S.A. z siedzibą w (...) M., H. przy wykonaniu (w trakcie

KIO 493/17 38

realizacji) zamówienia pod nazwą: (...) CZĘŚĆ NR 2 (...) Oświadczam, iż: a) udostępniam Wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie: Palownica do wbijania fundamentów pod słupy sieciowe – 1 jednostka” b) sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów będzie następujący: Przekazanie potencjału do wykonania przedmiotowego zamówienia w ramach udziału A. Sp. z o.o. w realizacji zamówienia. C) charakter stosunku łączącego mnie z Wykonawcą będzie następujący: Umowa o podwykonawstwo. D) zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: zabudowa fundamentów palowych pod konstrukcje wsporcze i odciągi. E) okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: Cały okres realizacji zamówienia (...)” (str. 78-79 oferty),

3. udzielone przez P. N. (zgodnie z pieczęcią Dyrektora Generalnego – Prokurenta A. Sp. z o.o.) pełnomocnictwo z dnia 27 września 2016 roku o treści: „Ja niżej podpisany (...) niniejszym upoważniam Pana K. B., legitymującego się dowodem osobistym (...) nr PESEL (...) do podpisywania w imieniu firmy A. Sp. z o.o. oświadczeń w sprawie udostępnienia palownicy wraz z obsługą oraz wszelkich dokumentów potrzebnych do oferty.” (str. 80 oferty),
4. sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do IDW „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy robót w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami”, w którym oświadczył, iż dysponuje 1 palownicą do wbijania fundamentów pod słupy sieciowe oraz, że będzie dysponował 1 taką palownicą (str. 212-213),
5. podpisane przez K. B. (zgodnie z pieczęcią Dyrektora Robót Kolejowych w A. Sp. z o.o. z W.), odnoszące się do obu części zamówienia – co wynika ze wskazania na wstępie nazw obu części – oświadczenie z dnia 12 grudnia 2016 r. o treści: „Firma A. Sp. z o.o. w W. poniżej podaje numery palownic, które udostępni na ww. zadaniach firmie E. S.A. z siedzibą w (...) M., H.
 - Palownica kolejowa M. R. nr fabryczny ...;
 - Palownica kolejowa T. nr fabryczny ...;
 - Palownica kolejowa T. R. nr fabryczny ...”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwolujący twierdził, że ze względu na treść pełnomocnictwa z dnia 27 września 2017 r. tj. brak jasności co do tego, czy zakresem pełnomocnictwa

zostało złożone skutecznie, wobec czego zamawiający nie mógł uznać, że przystępujący będzie dysponował palownicą podmiotu trzeciego, a w konsekwencji, że przystępujący winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu ze względu na to, iż nie wykazał wymaganej zdolności technicznej.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, iż na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 września 2017 r., udzielonego przez P. N. – prokurenta A. Sp. z o.o. z W. K. B. był uprawniony do złożenia w imieniu A. Sp. z o.o. z W. w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oświadczenia w przedmiocie zobowiązania się tej spółki do udostępnienia przystępującemu palownicy (wraz z obsługą).

W ocenie składu orzekającego Izby wola mocodawcy została jasno wyrażona. Treść „do podpisywania (...) oświadczeń w sprawie udostępnienia palownicy”, a nadto także „wszelkich dokumentów potrzebnych do oferty” przesądza o tym, że zakres pełnomocnictwa, jeśli chodzi o udostępnienie zasobu w postaci palownicy – jest wystarczający, a to ze względu na użycie „pojemnego” sformułowania „w sprawie udostępnienia” oraz ze względu na brak jakiegokolwiek zawężenia (np. co do okresu udostępnienia, podmiotu, któremu zasób miałby być udostępniany). Oświadczenie woli prokurenta P. N. należy wyłożyć w ten sposób, iż K. B. został przez niego umocowany do składania wszelkich oświadczeń dotyczących się udostępnienia palownicy, co obejmuje również umocowanie do złożenia oświadczenia w przedmiocie zobowiązania spółki do udostępnienia zasobu technicznego w postaci palownicy przystępującemu w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Okoliczności towarzyszące złożeniu oświadczenia woli przez P. N., na które powoływał się zamawiający (na stronie 10, pierwszy akapit) w Odpowiedzi na odwołanie, podnosząc, iż oświadczenie woli należy interpretować z uwzględnieniem reguł płynących z przepisów kodeksu cywilnego (zamawiający omyłkowo wskazał przy tym przepis art. 64 k.c. zamiast art. 65 § 1 k.c.) jedynie potwierdzają wolę mocodawcy, podobnie jak oświadczenie P. N. z dnia 20 marca 2017 r., załączone przez przystępującego do pisemnego stanowiska (załącznik nr 18), w którym mocodawca potwierdził zakres udzielonego pełnomocnictwa: „moja wola i intencją wyrażoną w ww. pełnomocnictwie było upoważnienie Pana K. B., do podpisywania w imieniu A. wszelkich oświadczeń zmierzających do skutecznego udostępnienia palownic wraz z obsługą, stanowiących zasób A., innemu podmiotowi (wykonawcy) chcącemu wykorzystać ten zasób w ramach prowadzonych przez siebie robót budowlanych, w tym będących przedmiotem zamówienia publicznego, w szczególności do złożenia na piśmie oświadczenia w postaci zobowiązania do udostępnienia tego zasobu (palownic KIO 493/17 40

z obsługą) na rzecz wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia z siedzibą w M., H., a także do okazałyby się wymagane dla skutecznego złożenia przez wykonawcę oferty uwzględniającej udostępniane przez A. palownice, (przykładowo do wypełnienia i podpisania w imieniu A. dokumentu pn. JEDZ).”

Zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego znajdowania się w wymaganej sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. posiadania na rachunku bankowym co najmniej kwoty 8.800.000 zł lub posiadania zdolności kredytowej w co najmniej takiej kwocie nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z pkt. 8.6.3. IDW w zakresie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 8,8 mln złotych (w przypadku składania ofert na obie części, co bezspornie dotyczyło przystępującego)

Przystępujący złożył wraz z ofertą (str. 233-235) podpisaną przez przedstawiciela banku A. informację z dnia 9 grudnia 2016 r., której adresatem jest zamawiający (P. P. S.A. z siedzibą w W.), w której podano z nazwy przedmiot zamówienia w części 1 i 2, w której – w odniesieniu do przystępującego – stwierdza się: „*Naszym zdaniem Spółka ma wystarczające zdolności finansowe i kredytowe, aby przystąpić do przetargu i pracować w krajowych i międzynarodowych przetargach oraz zainwestować w wyżej wymieniony Projekt co najmniej 8.800.000,00 PLN.*”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że przystępujący wykazał, że znajduje się w wymaganej przez zamawiającego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, ponieważ złożona informacja, oceniana przez pryzmat jej treści, stanowi opinię banku, w której potwierdzono zdolności przystępującego: finansową i kredytową, pozwalające przystępującemu zainwestować w projekt (przedmiotowe zamówienie) kwotę na poziomie wymaganym przez zamawiającego, tj. nie mniejszym niż 8,8 mln złotych.

Podkreślenia wymaga, że postawiony wymóg – na co zwracał uwagę zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (str. 10, przedostatni akapit), mógł być spełniony, poprzez „wskazanie środków *własnych, w całości poprzez zdolność kredytową, oraz poprzez połączenie obydwu wspomnianych*”.

Opinia banku A. potwierdza kondycję finansową przystępującego pozwalającą mu na „skierowanie” do realizacji zamówienia środków w wysokości co najmniej niż 8,8

KIO 493/17 41

mln złotych, pochodzących z własnych zasobów finansowych (zdolność finansowa) oraz z kredytu (zdolność kredytowa), co w pełni odpowiada wymaganiu zamawiającemu dla wykonawcy składającego oferty na obie części zamówienia.

Odwołujący przyjął, że niezbędnym było dla uznania, że przedłożona przez przystępującego opinia potwierdza warunek w zakresie wymaganej sytuacji ekonomicznej i finansowej „pojawienie się” w oryginale opinii sporządzonej w języku angielskim pojęcia „creditworthiness”, natomiast użycie zwrotu „credit capabilities” nie było wystarczające. Jednak, poza wyeksponowaniem oczywistej różnicy w brzmieniu obu w języku angielskim, odwołujący nie podał nawet, jak zwrot „credit capabilities” należy rozumieć, jaka i na ile istotna jest jego różnica znaczeniowa w stosunku do „creditworthiness”. Podkreślić przy tym należy, że w oryginale wyraz „capabilities” (zdolności w liczbie mnogiej) odnosiło się przecież zarówno do zdolności finansowej, jak i do zdolności kredytowej, wobec czego zbędnym byłoby użycie dodatkowo dla zdolności kredytowej pojęcia „creditworthiness”.

Niezależnie od powyższego dostrzeżenia wymaga, że przystępujący załączył do stanowiska pisemnego (załącznik nr 19) informację (opinię) z dnia 27 marca 2017 r., w której potwierdzono, że „Klient, *na moment składania naszego oświadczenia w dniu 9 grudnia 2016, miał wystarczającą zdolność finansową oraz kredytową, rozumiane jako możliwość swobodnego dostępu do środków pieniężnych w kwocie nie mniejszej niż 8,800,000.00 PLN (słownie: (...)). Sytuacja ta jest aktualna na dzień dzisiejszy.*” (w oryginale w języku angielskim użyto „creditworthiness”).

Zarzuty:

- zaniechania wezwania przystępującego do złożenia dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wymaganej zdolności technicznej oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej („potwierdzających *spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w pkt 6 – 9 powyżej*”),
- zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z tego powodu, że wykonawca ten podlegał wykluczeniu (na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp),
- podejmowania w postępowaniu czynności i zaniechań prowadzących do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji

nie potwierdziły się.

Odwołujący postawił zarzuty „jedynie w przypadku uznania przez Izbę, że nie zachodzą podstawy do wykluczenia przystępującego”.

KIO 493/17 42

Skład orzekający Izby uznał, że nie zachodzą podstawy do wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu nie tylko na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i art. 24 ust. 1 pkt 17, ale także na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, wobec czego wzywanie przystępującego jako wykonawcy, który wykazał spełnianie postawionych przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunków udziału w postępowaniu, do składania dokumentów, ich uzupełnienia, poprawienia, czy też do udzielenia wyjaśnień, jest bezprzedmiotowe, a sam zarzut chybiony.

Nadto odwołujący, pomimo postawienia zarzutów, nie zaprezentował w tym zakresie żadnej argumentacji i dowodów, co stanowi – uwzględniając wynikający z przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp obowiązek odwołującego wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne – wystarczającą podstawę do stwierdzenia, że zarzuty się nie potwierdziły.

Biorąc powyższe pod uwagę, ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania, Izba orzekła jak w sentencji, oddalając odwołanie.

KIO493/17 43

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) 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 ze zm.).

Przewodniczący:

KIO493/17 44