

WYROK
z dnia 23 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 11 lutego 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Torpol Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Krakowskie Zakłady Automatyki S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Mostostal Warszawa S.A. (pełnomocnik), 2. Acciona Infraestructuras S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Torpol Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Krakowskie Zakłady Automatyki S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:**

1. Torpol Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Krakowskie Zakłady Automatyki S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 805 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset pięć złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Torpol Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Krakowskie Zakłady Automatyki S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie, wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

I. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa (reprezentowana przez Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Krakowie; zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa stacji Kraków Główny wraz z robotami dotyczącymi organizacji węzła przesiadkowego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 24 sierpnia 2010 r., poz. 2011/S 163-250687 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 11 lutego 2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Torpol sp. z o. o. (pełnomocnik; ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań) oraz Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zakwestionowali prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S. A. (pełnomocnik) oraz Acciona Infraestructuras S.A. (dalej: Konsorcjum Mostostal) i zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1. przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Mostostal - wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
2. przepisów § 2 ust. 1 pkt 6 w związku z § 4 ust. 1 pkt 1, § 4 ust. 2 i 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: rozporządzenie),
3. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Mostostal - wykonawcy, który podlegał wykluczeniu z Postępowania;
4. przepisów art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu niezgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz poprzez nierówne traktowanie wykonawców;

5. przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Mostostal - wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie z dn. 18 lutego 2011 r. wnosił po pierwsze o odrzucenie odwołania, ponieważ brak po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia (upłynął termin związania ofertą, a Odwołujący go, w czasie jego trwania, nie przedłużył), po drugie – w razie nieuwzglęnienia wniosku o odrzucenie odwołania, wnosił o oddalenie odwołania, ponieważ zarzuty są nieuzasadnione.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Konsorcjum Mostostal (dalej zwane również Przystępującym).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Orzeczeniem sygn. akt KIO 2660/10 Krajowa Izba Odwoławcza, na skutek odwołania wniesionego przez Odwołującego, kwestionującego spełnienie warunków udziału przez Przystępującego, nakazała Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert.

Odwołujący po pierwsze podnosił, że uzupełnienie dokumentów przez Przystępującego w wyniku wezwania Zamawiającego z dnia 5 stycznia 2011 r. (dokonanego w ramach powtórnej oceny ofert) nastąpiło po wyznaczonym terminie (zarzutu tego nie podtrzymał na rozprawie).

Po drugie Odwołujący merytorycznie zakwestionował prawidłowość uzupełnionych dokumentów. Odnośnie oświadczenia z dn. 26 listopada 2010 r., złożonego przed notariuszem, w zakresie braku orzeczenia zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia twierdził, że jest ono wadliwe, ponieważ zostało wystawione po dacie otwarcia ofert. W ocenie Odwołującego uzupełnione dokumenty mają potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu - niepodleganie wykluczeniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, a więc w tym przypadku nie przekraczając 22 października 2010 r. Zatem jeżeli oświadczenie w imieniu spółki Acciona Infraestructuras S.A. zostało złożone przed notariuszem w dniu 26 listopada 2010 r. nie mogło potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu w dniu 22 października 2010 r. Pominięcie tego faktu przez Zamawiającego w ocenie Odwołującego narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców, a także przepisy rozporządzenia.

Ponadto Odwołujący podnosił, że Izba w orzeczeniu sygn. akt KIO 2660/10 stwierdziła, że Zamawiający winien wezwać Konsorcjum Mostostal do uzupełnienia dokumentów tylko w odniesieniu do robót wykazanych w pozycji 1 wykazu, w celu wykazania, że tablice informacyjne posiadają cechę działania w systemie i działają automatycznie. Natomiast

Konsorcjum Mostostal, zdaniem Odwołującego, wykraczając daleko poza wezwanie uzupełniło wykaz robót o dwie nowe pozycje, uzupełniając jednocześnie dokumenty potwierdzające, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Wykonawca dokonując błędnej wykładni i zmieniając w swoim piśmie z dnia 17 stycznia 2011 r. znaczenie użytego w uzasadnieniu wyroku KIO słowa „w szczególności”, powtórnie dokonał czynności, którą mógł dokonać tylko jeden raz, a mianowicie powtórnie dokonał uzupełnienia w zakresie wykazania się wykonaniem robót wymienionych w pozycji 2. Wykazu. KIO jednoznacznie stwierdziła, że czynność wezwania na podstawie art. 26 ust 3 Prawa zamówień publicznych, a tym samym uzupełnienia Wykazu może nastąpić tylko jeden raz, dlatego dopuściła możliwość ponownego potwierdzenie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, ale tylko w zakresie robót wskazanych w pozycji 1. Wykazu. Konsorcjum Mostostal dokonało zatem czynności bezprawnej, poprzez wykroczenie poza zakres przedmiotowy wezwania zamawiającego, uzupełniając wykaz robót o dwie nowe pozycje (obiekty budowlane) oraz o dokumenty wymienione jako załączniki swego pisma z 17 stycznia 2011 r. o numerach 2 do 4. Przez czynności te doszło w ocenie Odwołującego do powtórnego uzupełnienia dokumentów, co jest sprzeczne z utrwaloną już linią orzecniczą art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych pozwalającego na jednokrotne wezwanie wykonawcy do uzupełnienia brakującego dokumentu.

Trzeci zarzut podnoszony przez Odwołującego dotyczył podania nieprawdziwych informacji przez Przystępującego w odniesieniu do zakresu robót wykonanych w ramach zadania opisanego pod poz. 1 wykazu.

Oświadczenie, które złożyło Konsorcjum Mostostal w ramach uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku doświadczenia, w pozycji 1. Wykazu o treści: „ Wykonano: (...) automatyczny system informacji wizualnej dla podróżnych w tym automatycznie sterowane zegary, podświetlane tablice” jest nieprawdziwe. Odwołujący się swoje twierdzenie opiera na dokonanych w terenie oględzinach obiektu, który stanowił przedmiot wykazanych robót budowlanych w pozycji 1, Wykazu - kolejowego przejścia granicznego w Kuźnicy Białostockiej. Na w/w obiekcie nie znajdują się wymagane przez Zamawiającego, wykazane przez Konsorcjum Mostostal, podświetlane tablice w ramach automatycznego systemu informacji wizualnej dla podróżnych.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. dokonanie zaniechanej czynności wykluczenia z Postępowania Konsorcjum Mostostal oraz uznania jego oferty za odrzuconą;
3. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania. Zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Na dzień złożenia odwołania Odwołujący nie został prawomocnie wykluczony z postępowania – czynność Zamawiającego obejmująca wykluczenie jest przedmiotem odrębnego postępowania odwoławczego; uznanie na tym etapie, że Odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania byłoby przedwczesne i w istocie stanowiłoby rozstrzygnięcie odwołania innego, niż będące przedmiotem rozpoznania w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Izba z urzędu dopuściła dowód z akt postępowania sygn. akt KIO 2660/10. Natomiast Izba oddaliła wniosek Odwołującego o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia Izbie akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego zadania opisanego pod poz. 1 wykazu załączonego do oferty Odwołującego. Pomijając nawet fakt, iż Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający był zamawiającym w tamtym postępowaniu, ustalenie tezy dowodowej wnioskowanej przez Odwołującego (zakres zamówienia) nie miało znaczenia dla niniejszego rozstrzygnięcia, co wynika z uzasadnienia poniżej.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego nieprawidłowego uzupełnionego oświadczenia złożonego przed notariuszem hiszpańskim, Izba ustaliła, że zostało ono złożone 26 listopada 2010 r., a więc po dacie otwarcia ofert. Z jego treści wynika, że wobec partnera Konsorcjum nie orzeczono zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia od 1 stycznia 2010 r. do dnia złożenia oświadczenia (powyższe okoliczności nie były sporne).

W ocenie składu orzekającego takie oświadczenie potwierdza fakt, że Konsorcjum nie podlegało wykluczeniu na dzień otwarcia ofert.

Zgodnie z § 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych uzupełnione na wezwanie Zamawiającego dokumenty mają potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień otwarcia ofert – wbrew stanowisku Odwołującego nie oznacza to, że mają być wystawione przed tą datą. Mogą być wystawione z datą późniejszą, lecz z ich treści powinno w sposób niebudzący wątpliwości wynikać, że w dniu otwarcia ofert wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu. Skoro partner Konsorcjum oświadczył, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia w okresie od 1 stycznia 2010 r. do dnia 26 listopada 2010 r., oznacza to, że w dniu 22 października 2010 r. spełnił warunek

udziału w postępowaniu „negatywny” tj. nie podlegał wykluczeniu z powodu orzeczenia zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego podniesiony w tym zakresie zarzut nie był zasadny.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów – braku wykazania posiadanego doświadczenia w zakresie wykonania „systemu automatycznego informacji wizualnej” i podania nieprawdziwych informacji w zakresie zadania wskazanego w poz. 1 wykazu załączonego do oferty Przystępującego, Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający w pkt. III.2.3.1 ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymagał wykazaniem się przez wykonawcę wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie zamówień obejmujących łącznie co najmniej wykonanie:

- a) budowy lub całkowitej przebudowy/modernizacji jednej stacji kolejowej posiadającej co najmniej dwa tory główne zasadnicze i co najmniej dwa tory główne dodatkowe, obejmujące budowę, przebudowę/modernizację nawierzchni wraz z siecią trakcyjną, urządzeniami srk i odwodnieniem,
- b) monitoringu CCTV IP,
- c) dźwiękowego systemu ostrzegania (DSO),
- d) systemu automatycznej wizualnej informacji podróżnych,
- e) instalacji oświetlenia peronów i tunelu/tuneli.

2. Nie było sporne (co wynika z odpowiedzi na pytania Izby zadane na rozprawie), że nie było konieczne wykonanie całego zakresu prac w ramach jednego zadania; Zamawiający dopuszczał wykonanie kilku zadań, obejmujących łącznie cały wymagany zakres.

3. W postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 2660/10 Odwołujący poddał w wątpliwość wykonanie przez Przystępującego zakresu prac polegającego na wykonaniu „systemu automatycznej wizualnej informacji podróżnych”, co nie wynikało jednoznacznie ani z poz. 1 ani z pozycji 2 wykazu załączonego do oferty Przystępującego. Izba nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z przeprowadzeniem procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych. Odnośnie poz. 1 wykazu Izba stwierdziła, iż „zamawiający winien wezwać przystępującego do uzupełnienia „Wykazu robót budowlanych” w odniesieniu do pozycji 1 w celu wykazania, że tablice posiadają cechę działania w systemie i działają automatycznie”, natomiast odnośnie poz. 2 wykazu, iż „Ewentualne wątpliwości co do odmiennego opisu przedmiotu robót w kolumnie trzeciej i ostatniej zamawiający mógłby wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.”

4. Wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie, Zamawiający wezwał Konsorcjum jedynie do uzupełnienia dokumentów w odniesieniu do pozycji 1 wykazu (pismo z dnia 5 stycznia 2011 r.). Odpowiadając na wezwanie, Przystępujący złożył nowy wykaz, w którym poz. 1 i 2 były analogiczne, jak pozycje dotychczasowego wykazu, natomiast poz. 3-5 były pozycjami nowymi. Do zadań opisanych w tych pozycjach Przystępujący załączył stosowne referencje. I tak, z poz. Nr 4 wykazu i złączonych referencji wynika, że partner Konsorcjum wykonał „system informacji wizualnej”. Ponadto Przystępujący uzupełnił dokumenty potwierdzające wykonanie systemie informacji wizualnej w ramach poz. 2 wykazu.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności Izba stwierdziła, że dla ustalenia, czy Odwołujący spełniał warunek udziału w postępowaniu, nie miało znaczenia ustalenie, czy w zakres zadania w poz. 1 wykazu obejmował wykonanie sytemu informacji wizualnej, dlatego chybiony jest zarzut, że Odwołujący podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania i nie zaistniała potrzeba przeprowadzenia dowodu w tym zakresie.

Odwołujący zasadniczo nie kwestionował, że Przystępujący warunek udziału w postępowaniu spełnia, jedynie wskazywał na uchybienia w uzupełnieniu dokumentów – zdaniem Odwołującego odpowiedź Przystępującego na wezwanie Zamawiającego wykraczała poza zakres wezwania.

W ocenie składu orzekającego jednak Odwołujący uzupełnił dokumenty prawidłowo. Zamawiający nie wezwał do uzupełnienia czy wyjaśnienia pozycji 2 wykazu, ponieważ nie miał żadnych wątpliwości co do jej zakresu; jednak Przystępujący, mając na uwadze treść orzeczenia sygn. akt KIO 2620/10 uzupełnił dokumenty w tym zakresie, z czego nie można czynić mu zarzutu. Uzupełnił również wykaz o nowe pozycje, których Odwołujący nie zakwestionował, a co najmniej z pozycji 4 wynika, że wykonano w ramach zadania „system informacji wizualnej”.

Wezwania Zamawiającego były dość szczegółowe, a mianowicie w pierwszym wezwaniu Zamawiający wzywał do podania dokładnych dat realizacji zadania z poz. 2, w drugim – do uzupełnienia dokumentu w odniesieniu do poz. 1 (drugie wezwanie było literalnym wykonaniem orzeczenia KIO 2660/10 w odniesieniu do poz. 1 wykazu). Niemniej jednak celem obu tych wezwań było ustalenie, czy Przystępujący wykonał pełen zakres robót wymaganych jako doświadczenie, a celem drugiego wezwania było ustalenie, czy wykonał zakres odnoszący się do sytemu automatycznej informacji wizualnej podróźnych. Strony nie miały wątpliwości, że zakres ten można było wykonać w ramach odrębnego zadania. Dla wykazania się doświadczeniem w tym zakresie Przystępujący mógł bądź wyjaśnić już zaprezentowane pozycje wykazu nr 1 i 2, bądź przedstawić zupełnie nowe zadania. Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie jednoznacznie akceptowany jest pogląd o dopuszczalności

uzupełniania na wezwanie zamawiającego w celu wykazania się posiadaniem odpowiedniego doświadczenia czy potencjału – nowym, nie zaprezentowanym wcześniej w wykazach załączonych do oferty, zrealizowanym zadaniem czy nową osobą posiadającą odpowiednie kwalifikacje.

Zarzut Odwołania dotyczący niewykazania przez Przystępującego warunku doświadczenia nie polegał na stwierdzeniu, że Przystępujący warunku tego nie wykazał, że jedynie na tym, że uczynił to „wychodząc poza zakres wezwania”, ponieważ samoistnie uzupełnił dokumenty dotyczące pozycji 2 wykazu i dodał nowe pozycje do wykazu. Rzeczywiście Przystępujący wyszedł poza literalną treść wezwania, ale uczynił zadość celowi wezwania do uzupełnienia dokumentów – czyli wykazał, że wykonał pełen zakres robót będący warunkiem udziału w postępowaniu. Można więc wnosić, że gdyby wezwanie zostało inaczej sformułowane – gdyby zaakcentowano jego cel, a nie wyjaśnianie poszczególnych pozycji wykazu – odpowiedź Przystępującego była adekwatna. Jeżeli Przystępujący zrozumiał cel wezwania i odpowiedział na nie właśnie w taki sposób, wykazując że spełnił warunki udziału w postępowaniu, nie ma żadnych podstaw, by uznać, że jest to działanie niezgodne z przepisami.

Wobec powyższego, nie doszło do wskazywanych przez Odwołującego naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych i orzeczono jak w sentencji.

Uwzględniono wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów, zgodnie z rachunkami złożonymi do akt sprawy, w tym opłatę skarbową od pełnomocnictw w wysokości 51 zł i łączny koszt dojazdu na rozprawę na podstawie zsumowania kwot na biletach przejazdowych w wysokości 154 zł.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący:

.....