

Sygn. akt: KIO 748/12

WYROK
z dnia 30 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Sztopka Sp. z o.o.**, 84-230 Rumia, ul. Gdańska 1, **Sztopkanel Sp. z o.o.**, 84-230 Rumia, ul. Gdańska 1, **Asmo Sp. z o.o.**, 81-335 Gdynia, ul. Jana Wiśniewskiego 13 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.**, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74

przy udziale wykonawcy Bahn Technik Wrocław Sp. z o.o., 50-455 Wrocław, ul. Kniaziewiczza 19 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy Wiesława Michnika prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wiesław Michnik Firma Torowo-Spawalnicza „SPAW-TOR”, 30-851 Kraków, ul. Stacyjna 32 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy KARYA Sp. z o.o., 20-442 Lublin, ul. Abramowicka 4 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Sztopka Sp. z o.o.**, 84-230 Rumia, ul. Gdańska 1, **Sztopkanel Sp. z o.o.**, 84-230 Rumia, ul. Gdańska 1, **Asmo Sp. z o.o.**, 81-335 Gdynia, ul. Jana Wiśniewskiego 13 i

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 zamówienie **Sztopka Sp. z o.o.**, 84-230 Rumia, ul. Gdańska 1, **Sztopkanel Sp. z o.o.**, 84-230 Rumia, ul. Gdańska 1, **Asmo Sp. z o.o.**, 81-335 Gdynia, ul. Jana Wiśniewskiego 13 tytułem wpisu od odwołania.

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Sztopka Sp. z o.o.**, 84-230 Rumia, ul. Gdańska 1, **Sztopkanel Sp. z o.o.**, 84-230 Rumia, ul. Gdańska 1, **Asmo Sp. z o.o.**, 81-335 Gdynia, ul. Jana Wiśniewskiego 13 na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.**, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74 kwotę **3.600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero grosze) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. na *wykonanie robót budowlanych polegających na regeneracji szyn, rozjazdów i skrzyżowań torów bezpośrednio w torach linii kolejowych, po których jest dopuszczalny ruch kolejowy z prędkością $V \leq 160$ km/h metodą napawania łukowego*, wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniach 1, 2, 3, 4 i 6, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Sztopka Sp. z o.o., Sztopkanel Sp. z o.o., Asmo Sp. z o.o. wnieśli w dniu 16 kwietnia 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 748/12). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 16 kwietnia 2012 r. O czynności zamawiającego, wnoszący odwołanie został powiadomiony w dniu 06.04.2012r. pismem informującym o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłanym do wykonawców drogą elektroniczną.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 22.11.2011 r., 2011/S 224-363964. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla zamówień sektorowych przekraczających kwotę określoną w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy dla robót budowlanych.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, do których naruszenia doprowadziło przeprowadzenie badania ofert z pominięciem procedury uzupełnienia dokumentów – wymaganych świadectw – i dokonanie wyboru ofert najkorzystniejszych w zadaniach nr 1, 2, 3, 4 i 6 złożonych przez wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania. Odwołujący wskazywał na wadliwe zaniechanie odrzucenie ofert wykonawców: Wiesław Michnik (Firma Torowo-Spawalnicza „SPAW-TOR”) – oferta nr 2, Karya Sp. z o.o. – oferta nr 3, Bahn Technik Sp. z o.o. – oferta nr 4, którzy podlegali wykluczeniu, w przypadku uznania, iż na etapie oceny ofert zamawiający mógł samodzielnie, tj. bez procedury naprawczej z art. 26 ust. 3 ustawy ustalić, że wykonawcy nie posiadali żadnych innych świadectw ponad te, które załączyli, a także wskazał na dwukrotne przesłanie do wykonawców Karya Sp. z o.o. – oferta nr 3, Bahn Technik Sp. z o.o. – oferta nr 4 wezwań w trybie art. 26 ust. 3 ustawy w zakresie tych samych okoliczności.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych na części 1, 2, 3, 4 i 6 przedmiotu zamówienia, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z wezwaniem wykonawców do uzupełnienia dokumentów,

względnie o nakazanie zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawców: Wiesław Michnik (Firma Torowo-Spawalnicza „SPAW-TOR”), Karya Sp. z o.o., Bahn Technik Sp. z o.o. i nakazanie odrzucenia ofert tych wykonawców i nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, względnie nakazanie uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą w zadaniach nr 1, 2, 3, 4 i 6.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy odwołujący wskazał na wymóg złożenia przez wykonawców ważnego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji budowli przeznaczonej do prowadzenia ruchu kolejowego wydanego przez Głównego Inspektora Kolejnictwa [GIK] lub Urząd Transportu Kolejowego [UTK] – w zakresie przedmiotu zamówienia, składanego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu (pkt 9.1.6 siwz). W ocenie odwołującego, jedynie jego konsorcjum wykazało, że oferowane roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego wskazane w „Opisie przedmiotu zamówienia”, ponieważ jako jedyny wykonawca przedstawił ważne świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu budowli przeznaczonej do prowadzenia ruchu kolejowego – toru kolejowego, szyn kolejowych oraz części rozjazdów i skrzyżowań torów zregenerowane metodą napawania. Świadectwo potwierdzają, że „Regenerowane szyny i części stalowe skrzyżowań torów oraz rozjazdów ... mogą być eksploatowane w torach wszystkich klas, po których jest dopuszczony ruch pojazdów kolejowych z prędkością $V \leq 160$ km/h” (świadectwo nr B/2009/0042 z 31. 03.2009 r. i świadectwo nr B/2011/0897 z 30.11.2011 r.), a także że „Zregenerowane metodą napawania ręcznego elektrodą otuloną lub półautomatycznie drutem elektrodowym: szyny kolejowe – mogą być eksploatowane w torach przeznaczonych do prowadzenia ruchu pojazdów kolejowych z prędkością $V \leq 160$ km/h; elementy stalowe rozjazdów i skrzyżowań torów mogą być eksploatowane w torach (bez względu na kategorię linii) przeznaczonych do prowadzenia ruchu pojazdów kolejowych z prędkością ≤ 160 km/h” (świadectwo nr B/2007/0203 z 31.12.2007 r.).

Świadectwa przedstawione przez wykonawców: Wiesława Michnika (Firma Torowo-Spawalnicza „SPAW-TOR”) – oferta nr 2, Karya Sp. z o.o. – oferta nr 3, Bahn Technik Sp. z o.o. – oferta nr 4 nie spełniają wynikającego z punktu 9.1.6 siwz wymogu zgodności tych świadectw z zakresem przedmiotu zamówienia określonego przez zamawiającego w punkcie 2.1 siwz., albowiem dotyczą dopuszczenia przedmiotowych budowli do eksploatacji w węższym zakresie niżli zakres przedmiotu zamówienia, w szczególności jak chodzi o dopuszczalną dla tychże budowli prędkość ruchu kolejowego.

Przedłożone przez Wiesława Machnika świadectwo o nr B/2002/0130 z 13.05.2002 r. tylko częściowo odpowiada zakresowi przedmiotowego zamówienia ponieważ dotyczy szyn kolejowych (dopuszczonych do eksploatacji w torach przeznaczonych do prowadzenia ruchu pociągów z prędkością $V \leq 160$ km/h). W zakresie dotyczącym rozjazdów i skrzyżowań torów,

świadczenie potwierdza dopuszczenie tego typu budowli do eksploatacji w torach przeznaczonych do prowadzenia ruchu pociągów jedynie z prędkością $V \leq 140$ km/h, a zatem poniżej wymaganego przez zamawiającego parametru ustalonego w punkcie 9.1.6 w zw. z punktem 2.1 siwz. Ponadto wykonawca nie wykazał, aby świadectwo to zachowywało swoją aktualność w dacie składania oferty, zastrzeżonej w świadectwie pod warunkiem dostarczania do GIK w cyklu trzyletnim wyników badań i sprawdzeń napawanych elementów nawierzchni kolejowej.

Przedłożone przez Karya Sp. z o.o. świadectwo o nr B/2001/0249 z 16.10.2001 r. tylko częściowo odpowiada zakresowi przedmiotowego zamówienia ponieważ dotyczy szyn kolejowych (dopuszczonych do eksploatacji w torach przeznaczonych do prowadzenia ruchu pociągów z prędkością $V \leq 160$ km/h). W zakresie dotyczącym rozjazdów i skrzyżowań torów, świadectwo potwierdza dopuszczenie tego typu budowli do eksploatacji w torach przeznaczonych do prowadzenia ruchu pociągów jedynie z prędkością $V \leq 140$ km/h, a zatem poniżej wymaganego przez zamawiającego parametru ustalonego w punkcie 9.1.6 w zw. z punktem 2.1 siwz.

Przedłożone przez Bahn Technik Sp. z o.o. świadectwo o nr B/2002/0139 z 21.05.2002 r. tylko częściowo odpowiada zakresowi przedmiotowego zamówienia ponieważ dotyczy szyn kolejowych (dopuszczonych do eksploatacji w torach przeznaczonych do prowadzenia ruchu pociągów z prędkością $V \leq 160$ km/h). W zakresie dotyczącym rozjazdów i skrzyżowań torów, świadectwo potwierdza dopuszczenie tego typu budowli do eksploatacji w torach przeznaczonych do prowadzenia ruchu pociągów jedynie z prędkością $V \leq 140$ km/h, a zatem poniżej wymaganego przez zamawiającego parametru ustalonego w punkcie 9.1.6 w zw. z punktem 2.1 siwz.

W toku oceny ofert zamawiający zobowiązany był w sposób jednakowy dokonać oceny zgodności merytorycznej ofert z ustalonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami. W ocenie odwołującego, zamawiający nie przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, albowiem dokonał oceny ofert w sposób nierzetelny, odstępując od wymagań i kryteriów określonych w siwz, co doprowadziło do wybrania w częściach (zadaniach) 1, 2, 3, 4 i 6 ofert wykonawców, którzy nie wykazali w należyty sposób spełniania wymagań zamawiającego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy odwołujący wskazał, iż w związku z brakiem dokumentów potwierdzających dopuszczenie do eksploatacji budowli przeznaczonej do prowadzenia ruchu kolejowego (świadectw), zamawiający był zobowiązany do wszczęcia procedury z art. 26 ust. 3 ustawy i w przypadku stwierdzenia, że którykolwiek z wymienionych powyżej wykonawców nie dysponuje ważnym świadectwem powinien wykluczyć danego

wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy. Dalsza ocena oferty takiego wykonawcy pod kątem zgodności z siwz nie ma znaczenia, gdyż oferta, która z mocy prawa uznana zostaje za odrzuconą nie może być przedmiotem dalszych ocen i analiz. Wybór ofert najkorzystniejszych w zadaniach 1, 2, 3, 4 i 6 był przedwczesny.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy odwołujący wskazał na okoliczność, iż według jego wiedzy na dzień, w którym upłynął termin składania ofert (23.01.2012 r.) żaden z wybranych w zadaniach 1, 2, 3, 4 i 6 wykonawców nie dysponował ważnym świadectwem dopuszczenia do eksploatacji, co wywodzi z wykazu publikowanego na stronie UTK. Wśród świadectw zamieszczonych na stronie można znaleźć jedynie te, które wykonawcy załączyli do ofert złożonych w postępowaniu. Pozwala to na wnioskowanie, iż nie posiadają oni innych świadectw, co prowadzi do wniosku, iż gdyby nawet zamawiający zwrócił się o uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, to wykonawcy ci nie byłiby w stanie uzupełnić świadectw. Prowadziłoby to do wykluczenia wykonawców z postępowania. W przypadku uznania, iż na etapie oceny ofert zamawiający mógł samodzielnie ustalić, że wykonawcy nie posiadali innych świadectw ponad te złożone w ofertach, zaniechanie wykluczenia wykonawców: Wiesław Michnik (Firma Torowo-Spawalnicza „SPAW-TOR”) – oferta nr 2, Karya Sp. z o.o. – oferta nr 3, Bahn Technik Sp. z o.o. – oferta nr 4, doprowadziło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy.

Zdaniem odwołującego, zamawiający w stosunku do dwóch wykonawców: Karya Sp. z o.o. – oferta nr 3, Bahn Technik Sp. z o.o. – oferta nr 4, złamał zasadę jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentów oraz złożenia wyjaśnień (art. 26 ust. 3 i 4 ustawy).

Pismem z dnia 21.02.2012 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy Karya Sp. z o.o. o złożenie wyjaśnień i uzupełnienie dokumentów i następnie pismem z dnia 02.03.2012 r. ponownie wezwał do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty, w szczególności wyjaśnienia kwestii dat, jakimi opatrzone zostały dokumenty załączone do pisma wykonawcy z dnia 27.02.2012 r., późniejszych niż dzień, w którym upływał termin składania ofert. W ocenie odwołującego w tych okolicznościach zamawiający zobowiązany był uznać, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykluczyć go na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, co skutkowałoby uznaniem tej oferty za odrzuconą zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy.

Również do wykonawcy Bahn Technik Sp. z o.o. zamawiający dwukrotnie występował z żądaniem złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, raz w piśmie z dnia 21.02.2012 r., a następnie pismem z dnia 06.03.2012 r. W obu przypadkach wezwanie zamawiającego

dotyczyło między innymi wyjaśnienia sposobu dysponowania zasobami podmiotu trzeciego (firmy Leonard Weiss GmbH), gdyż złożone oświadczenie zdaniem zamawiającego nie potwierdzało realnego oddania przez podmiot swego potencjału do dyspozycji wykonawcy. Pomimo ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, wykonawca nie załączył do pisma z dnia 12.03.2012 r. jakichkolwiek dokumentów odnoszących się do wezwania. Załączone nowe oświadczenie zostało opatrzone datą 20.01.2012 r. W ocenie odwołującego, w tych okolicznościach zamawiający był zobowiązany wykluczyć na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 wykonawcę z postępowania już po pierwszym wezwaniu, w odpowiedzi na które wykonawca nie udzielił stosownych wyjaśnień, jak również nie złożył brakujących dokumentów lub oświadczeń. Na marginesie odwołujący zaznaczył, iż podmiot trzeci nie posiada polskiej certyfikacji UTK, co stanowi wystarczającą przesłankę do uznania, iż nie może wykonywać na terenie Polski jakichkolwiek prac mieszczących się w zakresie przedmiotowego zamówienia publicznego. Z uwagi na specyfikę prac nie może służyć swoją wiedzą i doświadczeniem, które nabyła w uwarunkowaniach przepisów prawa niemieckiego, które w znacząco odmienny od prawa polskiego sposób, regulują kwestie związane z wykonywaniem robót budowlanych na kolei.

W dniu 19 kwietnia 2012 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca – Bahn Technik Wrocław Sp. z o.o., a w dniu 20 kwietnia 2012 r. dwaj kolejni wykonawcy: Wiesław Michnik oraz Karya Sp. z o.o.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778).

Izba na posiedzeniu stwierdziła, iż wykonawcy zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego zadośćuczynili obowiązkowi nałożonemu w przepisie art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym stali się uczestnikami postępowania odwoławczego. Izba oddaliła opozycję odwołującego zgłoszoną wobec przystąpień wniesionych przez wykonawców bez ograniczenia do tej części zamówienia, w

której odwołanie może naruszać ich interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Ponieważ przepisy ustawy rozróżniają interes prawny w uzyskaniu zamówienia (art. 179 ust. 1 ustawy) od interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wnoszone jest przystąpienie (art. 185 ust. 4 ustawy), należy odmiennie interpretować znaczenie tych pojęć. Posiadanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której wykonawca zgłasza przystąpienie, nie jest utożsamiane z uzyskaniem zamówienia, które poprzedzone być musi wyborem oferty najkorzystniejszej. Izba nie miała zatem podstaw do odmowy wykonawcom statusu uczestników postępowania tylko dlatego, iż odwołanie jedynie w części dotyczyło każdego z nich.

W dalszej kolejności Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i rozpoznała odwołanie merytorycznie po przeprowadzeniu rozprawy.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ofert wykonawców: Bahn Technik Wrocław Sp. z o.o., Wiesław Michnik (SPAW-TOR), Karya Sp. z o.o. Izba uznała, iż odwołanie podlegało oddaleniu.

Zakresem zaskarżenia skutecznie objęta została czynność oceny ofert wybranych, jako najkorzystniejsze w zadaniach 1, 2, 3, 4 i 6 przedmiotu zamówienia, którzy z przyczyn dotyczących dokumentów – świadectw podlegali wykluczeniu, ewentualnie powinni być wezwani do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jako wadliwą ocenił odwołującego czynność dwukrotnego wzywania wykonawców do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów w tym samym zakresie.

W zasadniczej części zarzutów odwołanie dotyczy uwzględnienia przez zamawiającego załączonych do ofert wymienionych powyżej wykonawców świadectw dopuszczenia do eksploatacji budowli przeznaczonej do prowadzenia ruchu pociągów, które w opisanej charakterystyce budowli zawierały wskazanie na dopuszczoną prędkość z jaką odbywać może się ruch pociągów po zregenerowaniu metodą napawania ręcznego elektrodą otuloną lub półautomatycznie drutem elektrodowym szyn kolejowych (≤ 160 km/h) oraz elementów stalowych rozjazdów i skrzyżowań torów (≤ 140 km/h). Odwołujący kwestionował prawidłowość dokumentów, uznając, iż nie potwierdzały one spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co powinno skłonić zamawiającego do wypełnienia obowiązku wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, ewentualnie wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy. Dokonanie wyboru ofert w zadaniach 1, 2, 3, 4 i 6, zdaniem

odwołującego dokonane zostało w sposób naruszający zasady prowadzenia postępowania, gdyż zamawiający w sposób dowolny dokonał oceny świadectw przedłożonych w ofertach.

Izba ustaliła, iż twierdzenia odwołującego o nieprawidłowości przedłożonych przez wykonawców świadectw wynikają z interpretacji zapisu specyfikacji, w której zamawiający wymagał przedłożenia: *w celu wykazania, że oferowane roboty budowlane potwierdzają spełnianie wymagań określonych w Opisie Przedmiotu Zamówienia wymaga się również przedstawienia przez wykonawcę ważnego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji budowli przeznaczonej do prowadzenia ruchu kolejowego wydanego przez Główny Inspektorat Kolejnictwa (GIK) lub Urząd Transportu Kolejowego (UTK) – w zakresie przedmiotu zamówienia* (pkt 9.1.6 siwz). W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż opisany ww. punkcie dokument, pomimo wskazania go w pkt 9 siwz dotyczącym dokumentów, jakie powinni dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków określonych w punkcie 8, nie był żądany w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zidentyfikowanego przez odwołującego na rozprawie przez wskazanie na pkt 8.2.1 siwz, tj. posiadania uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia. Wyraźnie z brzmienia postanowienia wynika, iż dokument był składany w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane spełniają wymagania określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Odwołujący błędnie zatem upatrywał w tej okoliczności podstawę do wykluczenia wykonawców z postępowania formułując na tej podstawie zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4, w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy. Ewentualny brak potwierdzenia spełnienia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia mógłby prowadzić do odrzucenia ofert, jako niezgodnych z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którego to zarzutu odwołujący nie podnosił. Niezależnie od błędu odwołującego Izba odniosła się merytorycznie do zasadności formułowanego twierdzenia o niedostateczności dokumentów w świetle postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W pierwszej kolejności Izba wskazuje na potrzebę literalnej wykładni postanowień siwz, w szczególności tych, które definiują obowiązki wykonawców w postępowaniu. Skoro zamawiający w treści pkt 9.1.6. nie doprecyzował, których z wymagań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia oczekuje potwierdzenia, nie było możliwe przeprowadzenie oceny dokumentów w sposób, w jaki czynił to odwołujący. Odwołanie się do zakresu przedmiotu zamówienia bez konkretnego zdefiniowania parametru ocenianego, nie wypełniało treści warunku w taki sposób, aby umożliwiło jego identyfikację. Odwołujący w sposób dowolny dokonał wykładni postanowienia siwz, prowadzącej do jego zaostrzenia względem treści zawartej w pkt 9.1.6 siwz. W związku z powyższym Izba oceniła, jako niezasadną argumentację odwołującego, w której zmierzał on do podważenia świadectw z uwagi na wskazane w ich treści dopuszczalnej prędkości ruchu pojazdów. Izba uznała za nieudowodnione przez odwołującego twierdzenie o braku aktualności świadectw załączonych do ofert wykonawców.

W szczególności, za bezzasadne należało ocenić twierdzenie odwołującego o wystąpieniu konieczności złożenia aktualnych wyników badań, które należy powtarzać w okresie 3-letnim. Zamawiający nie wymagał wykazania przedłożenia do organu właściwego wyników badań okresowych, potwierdzających aktualność świadectwa. Nie można zatem z braku załączenia przez wykonawców dokumentów nie wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wywodzić, iż świadectwa w dacie składania ofert nie były aktualne. To na odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia tej okoliczności, którego to obowiązku odwołujący nie spełnił. W tej sytuacji Izba nie miała podstaw do kwestionowania prawidłowości i aktualności świadectw, jak również uznania za konieczne wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pozostały zarzut dotyczył stwierdzonego przez odwołującego naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy przez dwukrotne skierowanie przez zamawiającego wezwań do wykonawców Karya Sp. z o.o. (Karya) i Bahn Technk Sp. z o.o. (BT) o uzupełnienie dokumentów oraz złożenie wyjaśnień w tym samym zakresie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w pismach z dnia 21.02.2012 r. skierował do obu wykonawców wezwania, w których między innymi zażądał wyjaśnienia sposobu dysponowania przez wykonawcę BT zasobami udostępnionymi przez podmiot trzeci oraz uzupełnienia przez wykonawcę Karya oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia z postępowania przez wskazanie informacji o miejscu i dacie ich sporządzenia. W przypadku obu wezwań w nagłówku wskazana została podstawa prawna z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, a same wezwania w dalszej treści dotyczyły uzupełnienia, jak i wyjaśnienia treści ofert w szerszym zakresie. W odpowiedzi wykonawca BT przedłożył wyjaśnienia, w których odniósł się do załączonego do oferty oświadczenia podmiotu trzeciego, wskazując jednocześnie na sposób w jaki ma nastąpić oddanie mu do dyspozycji potencjału przez podmiot trzeci. Wykonawca Karya złożył między innymi nowe oświadczenia zawierające brakujące w pierwotnych dokumentach informacje dotyczące miejsca i daty ich sporządzenia – „Lublin 23.02.2012”. Zamawiający w piśmie z dnia 02.03.2012 r. wskazał, iż w piśmie przewodnim wykonawca potwierdził, iż uzupełnione dokumenty dotyczą stanu na dzień składania ofert, który upłynął w dniu 23.01.2012 r., natomiast w oświadczeniach wskazano na datę ich sporządzenia w dniu 23.02.2012 r. i zażądał złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Natomiast wezwanie skierowane do BT w piśmie z dnia 06.03.2012 r. zawierało wskazanie na ogólnikowy charakter wyjaśnień wykonawcy, jak i treść oświadczenia podmiotu trzeciego, które nie potwierdza okoliczności wskazywanych przez wykonawcę, jak również zastrzeżenie co do możliwości uwzględnienia doświadczenia podmiotu zdobytego w innych niż krajowe warunkach, co skłoniło zamawiającego do wezwania o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie

warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt. 8.2.2. IDW. W odpowiedzi wykonawca Karya złożył wyjaśnienia dotyczące daty omyłkowo wpisanej w uzupełnionym dokumencie, co nie mogło mieć znaczenia dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu już w dacie złożenia oferty. Składając nowe oświadczenie podmiotu trzeciego, wykonawca BT dodatkowo poprzedził je własnymi wyjaśnieniami, w których odnosił się do instytucji korzystania z potencjału podmiotu trzeciego.

Izba zauważa, iż odwołujący kwestionował naruszenie zasady jednokrotnego wzywania wykonawców do uzupełnienia dokumentów oraz wyjaśnienia treści ofert w tym samym zakresie. Nie podważał prawidłowości dokumentów, czy to złożonych w ofercie, czy też uzupełnionych, jak również nie formułował w tym zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawców z postępowania. Mając na uwadze tak sformułowany zarzut, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Przede wszystkim podstawą takiego stanowiska Izby było ustalenie, iż wezwania kierowane dwukrotnie do wykonawców miały odmienną treść, gdyż albo zawierały wezwanie do złożenia wyjaśnień albo uzupełnienia dokumentów. Wskazuje na to nie tylko zakres wezwania ale również odpowiedzi wykonawców, w których albo przedstawiali oni zamawiającemu własne oświadczenia zawierające wyjaśnienia treści zawartej w dokumentach, albo składali nowe dokumenty. Działania zamawiającego były ukierunkowane na rzetelną analizę złożonych ofert, poprzedzającą czynność ich oceny. Dopuszczalne było poprzedzające wezwanie do uzupełnienia dokumentu mającego udowodnić możliwość dysponowania przez wykonawcę potencjałem podmiotu trzeciego wyjaśnienie, które nie mogło zastępować treści oświadczenia składanego przez podmiot trzeci. Złożone wyjaśnienia utwierdziły zamawiającego w stanowisku co do niedostatecznej treści oświadczenia podmiotu trzeciego i spowodowało wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Natomiast zakres informacji uzupełnionych, a następnie wyjaśnianych przez drugiego z wykonawców, w ogóle nie zmieniły treści oświadczeń złożonych w ofercie. W ocenie Izby, informacje o miejscu sporządzenia oświadczenia pozostawały obojętne dla ustalenia potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia wykonawcy, również omyłkowo wpisana w uzupełnionym dokumencie data, pozostawała obojętna, gdyż właściwe oświadczenie znajdowało się w ofercie w dacie jej złożenia.

W związku z przedstawionym uzasadnieniem, odwołanie w zakresie rozpoznanych zarzutu podlegało w całości oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu uiszczoną przez odwołującego oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Przewodniczący: