

Sygn. akt: KIO 2285/14
KIO 2328/14

WYROK
z dnia 18 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Andrzej Niwicki
Anna Packo

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2014 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 3 listopada 2014 r. przez Odwołującego **Trakcja PRKiil S.A** z siedzibą w Warszawie przy ul. Złotej 59/XVIIIp, 00-120 Warszawa (sygn. akt KIO 2285/14);
- B) w dniu 6 listopada 2014 r. przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Krakowskie Zakłady Automatyki S.A.** z siedzibą w Krakowie przy ul. Wielickiej 28, 30-552 Kraków oraz **Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe RAJBUD Sp. z o.o.** z siedzibą w Tczewie przy ul. I Maja 3, 83-110 Tczew (sygn. akt KIO 2328/14);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Targowej 74, 03-734 Warszawa

przy udziale:

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **NDI S.A.** z siedzibą w Sopocie przy ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot, **NDI Sp. z o.o.** z siedzibą w Sopocie przy ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2285/14, KIO 2328/14 po stronie Zamawiającego;

Wykonawcy **Trakcja PRKiil S.A** z siedzibą w Warszawie przy ul. Złotej 59/XVIIIp, 00-120 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2328/14, po stronie Zamawiającego

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A.** z siedzibą w Katowicach przy ul. Asnyka 32, 40-696 Katowice, **ZUE S.A.** z siedzibą w Krakowie przy ul. Kazimierza Czapińskiego 3, 30-048 Kraków zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2328/14 po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1

A) Uwzględnia odwołanie wniesione przez **Trakcja PRKiI S.A** z siedzibą w Warszawie przy ul. Złotej 59/XVIIIp, 00-120 Warszawa (sygn. akt KIO 2285/14) i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje Zamawiającemu ponowną ocenę ofert w tym wezwaniu konsorcjum **NDI S.A.** z siedzibą w Sopocie przy ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot, **NDI Sp. z o.o.** z siedzibą w Sopocie przy ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust.3 ustawy w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

B) Oddala odwołanie wniesione przez konsorcjum: **Krakowskie Zakłady Automatyki S.A.** z siedzibą w Krakowie przy ul. Wielickiej 28, 30-552 Kraków oraz **Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe RAJBUD Sp. z o.o.** z siedzibą w Tczewie przy ul. I Maja 3, 83-110 Tczew (sygn. akt KIO 2328/14).

2 Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Targowej 74, 03-734 Warszawa (w sprawie sygn. akt KIO 2285/14) oraz Odwołującego konsorcjum: **Krakowskie Zakłady Automatyki S.A.** z siedzibą w Krakowie przy ul. Wielickiej 28, 30-552 Kraków oraz **Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe RAJBUD Sp. z o.o.** z siedzibą w Tczewie przy ul. I Maja 3, 83-110 Tczew (w sprawie sygn. akt KIO 2328/14) i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40.000 zł 00 gr.** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących: **Trakcja PRKiI S.A** z siedzibą w Warszawie przy ul. Złotej 59/XVIIIp, 00-120 Warszawa (sygn. akt KIO 2285/14), konsorcjum: **Krakowskie Zakłady Automatyki S.A.** z siedzibą w Krakowie przy ul. Wielickiej 28, 30-552 Kraków oraz **Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe RAJBUD Sp. z o.o.** z siedzibą w Tczewie przy ul. I Maja 3, 83-110 Tczew (sygn. akt KIO 2328/14) tytułem wpisów od odwołań,

2.2 Zasądza od Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Targowej 74, 03-734 Warszawa na rzecz Odwołującego **Trakcja PRKiI S.A** z siedzibą w Warszawie przy ul. Złotej 59/XVIIIp, 00-120 Warszawa kwotę **23.999 zł 75 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące dziewięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych siedemdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę w sprawie o sygn. akt KIO 2285/14.

2.3 Zasądza od Odwołującego konsorcjum: **Krakowskie Zakłady Automatyki S.A.** z siedzibą w Krakowie przy ul. Wielickiej 28, 30-552 Kraków oraz **Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe RAJBUD Sp. z o.o.** z siedzibą w Tczewie przy ul. I Maja 3, 83-110 Tczew na rzecz Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Targowej 74, 03-734 Warszawa kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie o sygn. akt KIO 2328/14.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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:

Członkowie:

.....

**Sygn. akt: KIO 2285/14
KIO 2328/14**

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – PKP PLK S.A. z siedzibą w Warszawie Centrum Realizacji Inwestycji Region Północny w Gdańsku w trybie przetargu nieograniczonego na *zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pn.: „Rewitalizacja i Modernizacja Linii Kolejowych Olsztyn – Szczytno - Szymany (odcinek Olsztyn – Szczytno – linia kolejowa nr 219 I odcinek Szymany – Szczytno – linia kolejowa nr 35) jako kolejowe połączenie modernizowanego lotniska w Szymanach z Olsztynem – etap II”, współfinansowanego z regionalnego programu operacyjnego Warmia i Mazury 2007-2013* (nr postępowania: 9090/IR05ZA/000066/14/P), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2014/S 164-292848 w dniu 28 sierpnia 2014 r., wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, zostały wniesione w dniu 3 i 6 listopada 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania przez: Trakcja PRKil S.A z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2285/14) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie i Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe RAJBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Tczewie (sygn. akt KIO 2328/14). Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 27.10.2014 r. w zawiadomieniu przekazanym faksem.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2285/14 przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosiło konsorcjum NDI S.A. i NDI Sp. z o.o., a w postępowaniu o sygn. akt KIO 2328/14 po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy: konsorcjum NDI S.A. i NDI Sp. z o.o., Trakcja PRKil S.A., konsorcjum Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A. i ZUE S.A.

A. Sygn. akt KIO 2285/14

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 2285/14 Odwołujący – Trakcja PRKil S.A z siedzibą w Warszawie (dalej jako Odwołujący Trakcja PRKil) zarzucił Zamawiającemu dokonanie z naruszeniem przepisów ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, za jaką uznana została oferta konsorcjum NDI S.A. i NDI Sp. z o.o. (dalej jako Konsorcjum NDI), które powinno być wykluczone z postępowania. Podjęte w postępowaniu czynności oceny i wyboru oferty Konsorcjum NDI naruszają przepisy ustawy w tym art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 91 ust. 1.

Odwołujący Trakcja PRKiI wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum NDI.

Odwołujący zakwestionował uzupełniony w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 9.10.2014 r. dokument – pisemne zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasób wiedzy i doświadczenia Kolejowe Zakłady Łączności Sp. z o.o. (KZŁ). Wzywając do uzupełnienia dokumentu (złożonego w ofercie w kopii) Zamawiający jednocześnie wskazał, iż zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 9.1.3 ppkt b IDW, wykonawca zobowiązany jest przedłożyć również dokumenty dotyczące sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przy wykonaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Konsorcjum NDI przedłożyło za pismem z dnia 14.10.2014 r. pisemne zobowiązanie, które jednocześnie ma wykazywać okoliczności wskazane w wezwaniu. Z zobowiązania nie wynika jednak, czy wiedza i doświadczenie są w ogóle udostępniane, nie wynika także w jaki sposób konsorcjum NDI wykorzysta wiedzę i doświadczenie podmiotu udostępniającego swój potencjał KZŁ przy wykonywaniu zamówienia, jaki charakter stosunku będzie łączył NDI z KZŁ, ani nie wynika zakres i okres udziału KZŁ w wykonywaniu zamówienia. Zamawiający nie jest w stanie ocenić, czy NDI będzie dysponować zasobami KZŁ w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, ani też ocenić, czy stosunek łączący wykonawcę z KZŁ gwarantuje rzeczywisty dostęp do jego zasobów.

Z treści zobowiązania wynika, że KZŁ będzie świadczyć dla NDI usługi. Nie wiadomo jednak jakie usługi, a pamiętać należy, że przedmiotem zamówienia nie są usługi tylko roboty budowlane. Z treści zobowiązania wynika także, że KZŁ zaprezentowało się jako podmiot posiadający wiedzę i doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych określonych literalnie w pkt 8.3.1 lit. d) i e). Fakt posiadania przez KZŁ wiedzy i doświadczenia w zakresie wskazanym w IDW jest bez znaczenia dla wykazania sposobu wykorzystania tych zasobów przez NDI, bowiem złożona w zobowiązaniu deklaracja KZŁ nie dotyczy wykonania części robót budowlanych objętych przedmiotowym zamówieniem, tylko dotyczy świadczenia na rzecz NDI jakichś abstrakcyjnych usług. Należy pamiętać, że NDI w wykazie robót (załącznik nr 6 do IDW) zgłosiło KZŁ jako podwykonawcę, ale ze zgłoszonych przez NDI w załączniku nr 8 do IDW części zamówienia do podwykonania nie wynika, jakie usługi mógłby wykonać KZŁ posiadający przecież wiedzę i doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych, a nie w wykonaniu usług. Częściami zamówienia, będącymi usługami do podwykonania wymienionymi przez NDI w załączniku nr 8 do IDW, są: nadzór przyrodniczy, wykonanie dokumentacji projektowej oraz nadzór autorski. Wszystkie inne części zamówienia, wskazane przez NDI do podwykonania, są robotami budowlanymi. Wolą Zamawiającego, wynikającą z pkt 9.3.1 lit. a) IDW, było, aby do wykazu robót wpisać nazwy podwykonawców,

na zasoby których wykonawca powołuje się dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nabytego przez podwykonawcę przy wykonaniu robót budowlanych wpisanych do wykazu robót budowlanych - do załącznika nr 6 do IDW. Zatem jasno wynika, że podwykonawca w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego ma wykonywać roboty budowlane z zakresu udostępnianej wiedzy i doświadczenia, a nie świadczyć usługi na rzecz wykonawcy. Dobitnie świadczy o tym treść i układ wykazu robót - załącznika nr 6 do IDW.

Następną kwestią jest sprawa stosunku, jaki ma łączyć NDI z KZŁ. Do zobowiązania wpisano, że będzie to umowa o współpracy. Jasnym jest, że na potrzeby wykonania robót budowlanych zawiera się umowę o roboty budowlane lub umowę o dzieło. Wskazanie nienazwanej umowy o współpracy nie pozwala Zamawiającemu ocenić rzeczywistego dostępu NDI do wiedzy i doświadczenia KZŁ. Sprawa wskazania zakresu i okresu udziału KZŁ w wykonywaniu zamówienia jest szczególnie potraktowana po macoszemu przez NDI. NDI w ogóle nie wykazał, że KZŁ będzie brać udział w wykonywaniu zamówienia. W treści zobowiązania KZŁ, w pkt 4 zobowiązania, znajduje się następujące stwierdzenie: odnośnie zakresu i okresu udziału podmiotu, który reprezentujemy, przy wykonywaniu zamówienia: zakres - zgodnie z zakresem opisanym w pkt 1 powyżej, okres - na czas realizacji zamówienia. Z przytoczonej powyżej treści oświadczenia wynikać może jedynie, że składający pod zobowiązaniem swoje podpisy przedstawiciele KZŁ mieli na myśli zakres udostępnianego zasobu i okres na jaki będzie on udostępniany. Absolutnie nie można przyjąć, że tym oświadczeniem wskazują na zakres udziału KZŁ w wykonaniu zamówienia, ani też na okres udziału KZŁ w wykonywaniu zamówienia. Oprócz samej treści oświadczenia, także zastosowana forma językowa oświadczenia wskazuje, że nie chodzi tu o okres i zakres udziału KZŁ w realizacji zamówienia, tylko o zakres udostępnianej wiedzy i doświadczenia i okres na jaki udostępniania się te zasoby. Chociaż i ta okoliczność nie jest wykazana, o czym mowa wyżej.

Odwołujący odniósł się do treści zobowiązania, wskazując, iż w pkt 1 nie ma mowy o robotach wchodzących w skład przedmiotowego zamówienia przeznaczonych do podwykonania przez NDI i wskazanych w załączniku nr 8 do ID W. W pkt 1 zobowiązania jest mowa o abstrakcyjnych budowach, wymienionych w pkt 8.3.1 lit. d) i e) IDW, wykonanych w ramach jednego lub więcej zamówień zgodnie z przedłożonymi referencjami. Pkt 1 zobowiązania nie mówi w ogóle o przedmiotowym zamówieniu.

Także w referencjach załączonych przez NDI do oferty, i przywołanych w tym punkcie zobowiązania KZŁ, nie ma mowy o przedmiocie zamówienia, o które ubiega się NDI i inni wykonawcy, w tym Odwołujący. Z treści punktu 1 zobowiązania można wysnuć jedynie wniosek, że KZŁ nabyło wiedzę i doświadczenie przy wykonaniu budów będących przedmiotem przedłożonych referencji. Zaś z treści całego zobowiązania nie wynika

absolutnie, iż KZŁ zobowiązało się skutecznie do udostępnienia jakiejkolwiek wiedzy i doświadczenia, nie mówiąc już, aby KZŁ zobowiązało się do udostępnienia NDI wiedzy i doświadczenia w zakresie wymaganym postanowieniami IDW i to w sposób pozwalający Zamawiającemu na ocenę, czy NDI będzie dysponować zasobami KZŁ w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, ani też na ocenę, że stosunek łączący KZŁ z NDI gwarantuje rzeczywisty dostęp do jego zasobów. Z treści zobowiązania nie wynika także, jakie w ogóle zasoby są udostępniane na rzecz NDI. W zobowiązaniu napisano, że oddaje się do dyspozycji niezbędne w niniejszym postępowaniu swoje zasoby, polegające na wykorzystaniu wiedzy i doświadczenia, tj.: wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności krótszy - w tym okresie: • budowy (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) urządzeń informacji podróżnych na co najmniej 5 (pięciu) kolejowych stacjach lub przystankach osobowych w ramach jednego lub więcej zamówień, • budowy (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) urządzeń monitoringu na co najmniej 5 (pięciu) kolejowych stacjach lub przystankach osobowych w ramach jednego lub więcej zamówień.

Użyta forma jest tak pokrętna i niezrozumiała, że nie może być uznana za właściwą. Zobowiązanie jest niezwykle ważnym dokumentem, musi zawierać jasne, dające się później egzekwować deklaracje podmiotu udostępniającego zasoby, bo wszak NDI nie posiadając własnej wiedzy i doświadczenia musi w sposób bezwarunkowy wykazać, że będzie dysponować zasobem i jakim zasobem będzie dysponować, aby nie zostać z postępowania wykluczonym. Od treści zobowiązania KZŁ zależało jego być lub nie być. Przywołaną wyżej treścią zobowiązania nie określono rodzaju udostępnianego zasobu. Wydaje się, że w zobowiązaniu powinno być napisane, że KZŁ udostępnia NDI swoje zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia nabyte przy wykonaniu konkretnych określonych robót budowlanych. Zwrócić należy uwagę, że zasobem może być wiedza i doświadczenie nabyte przy wykonaniu konkretnych robót budowlanych. Zasobem nie jest natomiast wykorzystanie wiedzy i doświadczenia tj. wykonania abstrakcyjnych budów o zakresie skopiowanym z IDW. Prezentowany w zobowiązaniu opis oddawanego do dyspozycji NDI zasobu i zakres tego zasobu nie może być przez Zamawiającego zaakceptowany. Te opisy nie wskazują, że KZŁ udostępnia NDI jakkolwiek zasób. Wobec powyższego należy uznać, że NDI nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Nie wykazało własnej wiedzy i doświadczenia i nie wykazało, że będzie dysponować wiedzą i doświadczeniem KZŁ.

W świetle zaistniałego stanu faktycznego, gdzie Zamawiający trybie art. 26 ust. 3 Ustawy wezwał już NDI do uzupełnienia pisemnego zobowiązania ze wskazaniem wymogów określonych w IDW, i to uzupełnione zobowiązanie nie potwierdziło dysponowania przez NDI wiedzą i doświadczeniem KZŁ, Zamawiający winien definitywnie wykluczyć NDI z

postępowania ze względu na wyczerpanie prawnej możliwości jednorazowego wzywania i uzupełniania tego samego dokumentu.

Zamawiający nie wykluczając NDI z postępowania, mimo nie wykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu, naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4) Ustawy. Zamawiający dokonując wyboru oferty, której właściciel winien być wykluczony z postępowania, naruszył art. 91 ust. 1 Ustawy. Zamawiający przeprowadził postępowanie niezgodnie z przepisami prawa i postanowieniami SIWZ, tym samym nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z tym naruszył zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 Ustawy. Zamawiający jest związany ustanowionymi przez siebie w IDW regułami, zatem nie mógł zaniechać wyegzekwowania tych reguł przez NDI, czy też zastosowania reguł łagodniejszych.

B. Sygn. akt KIO 2328/14

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 2328/14 Odwołujący – Konsorcjum KZA S.A. – RAJBUD Sp. z o.o. (dalej jako Odwołujące Konsorcjum KZA) zarzucił Zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy przeprowadzenie: oceny ofert Konsorcjum NDI, wykonawcy Trakcja PRKil S.A., Zakład Automatyki KOMBUD S.A, PORR (POLSKA) S.A, podlegających odrzuceniu, a wykonawcy ci wykluczeniu, oceny wspólnej oferty Kolejowych Zakładów Automatyki Katowice S.A. oraz ZUE S.A, podlegających wykluczeniu, a ich oferta odrzuceniu oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Swoim postępowaniem Zamawiający uchybił przepisom ustawy:

- art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Zakład Automatyki KOMBUD S.A., konsorcjum NDI S.A. i NDI Sp. z o.o., Trakcja PRKil S.A., PORR (POLSKA) S.A.
- art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców: konsorcjum NDI S.A. i NDI Sp. z o.o., Trakcja PRKil S.A, PORR (POLSKA) S.A. oraz zaniechanie odrzucenia ofert tych wykonawców, z uwagi na wskazanie jako kierownika budowy osoby, która nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego, a tym samym nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum Zakłady Automatyki Katowice S.A. oraz ZUE S.A. i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia z uwagi na wskazanie osoby mającej pełnić funkcję kierownika osoby, która nie posiada wymaganych przez Zamawiającego uprawnień, a także z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji w

zakresie uprawnień przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji kierownika budowy, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania,

- art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która winna być odrzucona.

W związku z powyższym, Odwołujący Konsorcjum KZA wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, nakazanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum NDI, Trakcja PRKil S.A., PORR (POLSKA) S.A. i odrzucenia złożonych ofert, nakazanie odrzucenia oferty Zakład Automatyki KOMBUD S.A., nakazanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A. oraz ZUE S.A.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał na okoliczność wspólną dla wykonawców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu, tj. konsorcjum NDI, Trakcja PRKil S.A. oraz PORR (POLSKA) S.A., korzystając z potencjału tego samego podmiotu – Zakładu Automatyki KOMBUD S.A., który również złożył ofertę w postępowaniu. O ile sam fakt udostępnienia innemu wykonawcy zasobów przez inny podmiot, który jednocześnie sam składa ofertę nie jest wprost zakazany przez przepisu ustawy Pzp, to jednak w ocenie Odwołującego, w pewnych okolicznościach należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji. Niewłaściwe wykorzystanie instytucji z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie służy zwiększeniu konkurencyjności, prowadząc do znacznego jej ograniczenia, a takie działanie należy traktować jako czyn nieuczciwej konkurencji. Poprzez udostępnienie trzem wykonawcom swoich zasobów w zakresie osób zdolnych do wykonania zobowiązania na podstawie podwykonawstwa lub umowy o współpracy, w sytuacji gdy, ta część zamówienia stanowi ok. 80% całego zamówienia, wykonawca Zakłady Automatyki KOMBUD S.A. w praktyce składa cztery oferty – Jena własną i trzy formalnie złożone przez innych wykonawców, a w praktyce realizowane przez Zakłady Automatyki KOMBUD S.A. Prowadzi to do zmonopolizowania postępowania w rękach jednego wykonawcy, który dyktuje warunki cenowe wykonawcom, a zatem ma wiedzę o tym jak skonstruowane będą oferty cenowe wykonawców, dla których realizować będzie zdecydowaną większość zamówienia. Podobnie wykonawcy wspierając się potencjałem Zakładu Automatyki KOMBUD S.A. uzyskują wiedzę o możliwej cenie ofertowej w ofercie tego wykonawcy. Powyższe wskazywać ma, iż wykonawcy konkurują ze sobą jedynie na pozór i posiadają informacje o cenach ofertowych, których pozbawiony został Odwołujący. Odwołujący

załączył porównanie cenowe ofert wymienionych wykonawców również w odniesieniu do oferty Odwołującego, które potwierdzać ma twierdzenie o dostępie do informacji o cenach. Zakłady Automatyki KOMBUD S.A., będąc zdolnym do samodzielnego złożenia oferty, poprzez ustanowienie się jako podwykonawca dla trzech innych podmiotów ubiegających się o to samo zamówienie, znaczenie zwiększa swoje szanse na uzyskanie zamówienia bądź jako samodzielny wykonawca bądź jako podwykonawca. Odwołujący wskazał, iż powyższe okoliczności wypełniają czyn nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, obejmujący wszelkie określone w nim działania przedsiębiorców, które mogą zagrażać lub naruszać interesy innych przedsiębiorców lub klientów. W ocenie Odwołującego działania podmiotów należy uznać za naruszające dobre obyczaje handlowe oraz podstawowy cel zamówień publicznych, którym jest zapewnienie jak największej konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami. Tym samym działania te naruszają interes Odwołującego, gdyż znacznie ograniczają możliwość ubiegania się o uzyskanie zamówienia na równych warunkach z innymi wykonawcami. Biorąc pod uwagę powyższe oferty te powinny być odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust.2 pkt 3 i 4 ustawy oraz art. 24 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców: konsorcjum NDI, Trakcja PRKil S.A., PORR (POLSKA) S.A. oraz zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez tych wykonawców.

Odwołujący oparł na okoliczności wskazania tej samej osoby Pana R. B. na stanowisko kierownika budowy w ofertach wymienionych wykonawców, która zgodnie z zastrzeżeniem Zamawiającego nie może pełnić tej samej funkcji równoległe na innych projektach z wyłączeniem okresu zgłaszania wad. Z oświadczenia konsorcjum NDI wynikać ma, iż wskazana w tych ofertach osoba aktualnie pełni funkcję kierownika robót na projekcie „Modernizacja linii kolejowej E65/CE65 na odc. Warszawa – Gdynia obszar LCS Ława – Przetarg nr 1 Odcinek Granica LCS Ława – Ława Główna od km 184.800 do km 206.300”. Wykonawca Trakcja PRKil S.A. w swojej ofercie oświadczył, iż osoba ta na wskazanym projekcie pełni funkcję kierownika robót do 08.2014 r., co nie jest zgodne z prawdą. Ani z zobowiązania podmiotu trzeciego, ani z żadnego innego dokumentu nie wynika, iż osoba ta, która aktualnie pełni rolę kierownika budowy na innym projekcie, nie będzie już tej funkcji pełniła w przypadku wyboru oferty danego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Zdaniem Odwołującego w opisanej sytuacji wykonawcy byli zobowiązani wykazać Zamawiającemu, że z chwilą rozpoczęcia realizacji zadania objętego niniejszym postępowaniem osoba ta nie będzie już pełniła funkcji na innym projekcie. Żaden z wymienionych wykonawców nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu i powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, a nadto wykonawca Trakcja PRKil S.A.

dodatkowo na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, a ich oferty podlegają odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust.2 pkt 3 i 4 ustawy oraz art. 24 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A. oraz ZUE S.A. oraz zaniechania odrzucenia złożonej wspólnie oferty.

Odwołujący wskazał na nie spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2.3 IDW dotyczącego kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie bez ograniczeń do kierowania robotami, których zakres obejmuje co najmniej urządzenia sterowania ruchem kolejowym. Odwołujący zakwestionował uprawnienia „stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji obejmujących kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy i robót w zakresie: urządzeń zabezpieczenia ruchu kolejowego nr T1b-143/31/81 z dnia 27.04.1981 r.” Z uprawnień, ani z innych dokumentów nie wynika, czy osoba posiada uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie bez ograniczeń do kierowania robotami. Odwołujący w celu rozwiania wątpliwości zwrócił się pismem z dnia 26.09.2014 r. do Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z wnioskiem o potwierdzenie uprawnień Pana Z. M. . W odpowiedzi uzyskał informację, że jest on czynnym członkiem Izby, zarejestrowanym pod numerem ewidencyjnym SLK/IE/9593/03, zaś we wniosku o wpis na listę członków Izby powołał się na fakt posiadania uprawnień „Uprawnienia budowlane do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w ograniczonym zakresie w specjalności urządzenia zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym wydane przez Okręgowego Inspektora Kolejnictwa w Katowicach w dniu 28.04.2000 r. nr OIK 4-Z-173/1999. Zamawiający zaniechał wezwania do złożenia wyjaśnień w tym zakresie i bezpodstawnie przyjął, iż wskazane uprawnienia odpowiadają wymogom ustalonym przez Zamawiającego (choć uczynił to w odniesieniu do innych wykonawców). W świetle wskazanej argumentacji Odwołujący wskazał na spełnienie przesłanki do wykluczenia z postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy.

Stanowisko Izby

Przy rozpoznaniu wniesionych odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą”.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań połączonych do wspólnego rozpoznania kierując je na rozprawę.

Wydając łączny wyrok w sprawach połączonych Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie przy rozpoznawaniu poszczególnych zarzutów, co doprowadziło do ustalenia stanu faktycznego będącego podstawą rozstrzygnięcia w każdej ze spraw.

Izba ustaliła, iż w przedmiotowym postępowaniu złożonych zostało 7 ofert i żadna z nich nie została odrzucona. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej spośród wszystkich złożonych wskazując na ofertę Konsorcjum NDI, które zaoferowało najniższą cenę.

A).

W sprawie odwołania oznaczonego sygnaturą akt KIO 2285/14.

Izba uznała, iż zasadniczym dla rozstrzygnięcia w przedmiocie zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 91 ust. 1 ustawy było ustalenie, czy Zamawiający prawidłowo ocenił zobowiązanie podmiotu trzeciego, z którego potencjału konsorcjum NDI (oferta najkorzystniejsza) korzysta w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Przedmiotem zarzutu nie była ocena samej wiedzy i doświadczenia, jakim wykazało się Konsorcjum NDI w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, lecz ocena wykazania realności udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci i ich wykorzystania na etapie realizacji zamówienia.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (tom I - IDW) w zakresie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w pkt 8.3. wskazał na możliwość polegania na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego stosunku łączącego wykonawcę z podmiotem. W takiej sytuacji wykonawca zobowiązany został do udowodnienia *Zamawiającemu, iż będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem niezbędnym do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnej wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.* Zgodnie pkt 9.1.3 IDW, jeżeli wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, zobowiązany był do przedstawienia pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, a ponadto zobowiązany był przedłożyć dokumenty dotyczące: sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu (pkt.1), charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem (pkt 2) oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia (pkt 3).

W ofercie Konsorcjum NDI wykazało się doświadczeniem podmiotów trzecich, w tym Kolejowych Zakładów Łączności Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (w zakresie budowy urządzeń informacji podróźnych oraz budowy urządzeń monitoringu) i przedłożyło na str. 165 i 166 oferty zobowiązanie tego podmiotu z 17.09.2014 r. o oddaniu do dyspozycji niezbędnych zasobów, polegających *na wykorzystaniu WIEDZY I DOŚWIADCZENIA, tj.: wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:*

- *Budowy (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) co najmniej 1 (jednego) systemu komputerowych stacyjnych urządzeń srk, obejmującego co najmniej 10 zwrotnic.*
- *Budowy (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) urządzeń informacji podróźnych na co najmniej 5 (pięciu) kolejowych stacjach lub przystankach osobowych w ramach jednego lub więcej zamówień;*
- *Budowy (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) urządzeń monitoringu na co najmniej 5 (pięciu) kolejowych stacjach lub przystankach osobowych w ramach jednego lub więcej zamówień;*
- *Budowy, przebudowy lub remontu (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) urządzeń eor na co najmniej 1 (jednej) stacji kolejowej.*

W załączniku nr 6 – wykazie wykonanych robót budowlanych (str. 155 do 158 oferty), Konsorcjum NDI wypełniając tabelę wskazała podmiot udostępniający potencjał, tj. KZŁ Sp. z o.o. w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt 8.3.1 lit. d i e – dotyczących budowy urządzeń informacji podróźnych oraz budowy urządzeń monitoringu. Opis kolumny szóstej wzoru wskazywał na *Nazwa (firma) podwykonawcy, na których zasoby Wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Ustawy (w przypadku powoływania się na te zasoby).*

W wykazie robót przeznaczonych do podwykonania (załącznik nr 8 do IDW, str. 235 i 236 oferty) wskazał części zamówienia przeznaczone do podwykonania, które nie obejmowały budowy urządzeń informacji podróźnych oraz urządzeń monitoringu.

W toku oceny oferty Konsorcjum NDI Zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia *oświadczeń lub dokumentów*, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym wiedzy i doświadczenia opisanego w punkcie 8.3.1 IDW, tj. pisemnego zobowiązania sporządzonego przez Kolejowe Zakłady Łączności Sp. z o.o. z Bydgoszczy (załączone w kserokopii potwierdzonej „za zgodność z oryginałem” na str. 165-166 oferty). Zamawiający wskazał, iż *powyższy dokument winien być złożony w oryginale, zgodnie z wymogiem dotyczącym zachowania pisemnej formy przedstawiania*

Zobowiązania innego podmiotu w ofercie Wykonawcy oraz wymaganiami Zamawiającego określonymi w punkcie 9.1.3 ppkt b) IDW.

W odpowiedzi konsorcjum NDI przedłożyło Zamawiającemu w oryginale (okazanym przez Zamawiającego na rozprawie) zobowiązanie KZŁ Sp. z o.o. z dnia 16.09.2014 r. do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów, polegających *na wykorzystaniu WIEDZY I DOŚWIADCZENIA*, tj.: *wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:*

- *budowy (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) urządzeń informacji podróży na co najmniej 5 (pięciu) kolejowych stacjach lub przystankach osobowych w ramach jednego lub więcej zamówień;*
- *budowy (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) urządzeń monitoringu na co najmniej 5 (pięciu) kolejowych stacjach lub przystankach osobowych w ramach jednego lub więcej zamówień;*

W dalszej treści zobowiązania KZŁ Sp. z o.o. oświadczyło, że udostępnia zasoby udostępnione w zakresie wskazanym powyższej (pkt 1), wskazał na sposób wykorzystania zasobów przez Wykonawcę przy wykonaniu zamówienia – *w ramach świadczenia usług dla Wykonawcy (pkt 2)*; na charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z podmiotem - *umowa o współpracy (pkt 3)*; na zakres i okres udziału podmiotu przy wykonaniu zamówienia: *zakres – zgodnie z zakresem opisanym w pkt 1 powyżej, okres – na czas realizacji zamówienia (pkt 4)*.

Izba ustaliła, iż zobowiązanie uzupełnione na wezwanie Zamawiającego nie jest oryginałem zobowiązania przedłożonego w ofercie, datowanego na inny dzień (17.09.2014 r.) oraz obejmującego szerszy zakres wiedzy i doświadczenia objętego treścią zobowiązania (dowód: str. 165 i 166 oferty oraz zobowiązanie z dnia 16.09.2014 r.). Uzupełnione na wezwanie Zamawiającego pisemne zobowiązanie z dnia 16.09.2014 r., z uwagi na brak dalszych dowodów w ofercie stanowiło jedyny dokument, w oparciu o który Zamawiający mógł dokonać oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu pod kątem realnego dostępu do potencjału podmiotu trzeciego na etapie realizacji umowy.

W toku rozprawy Konsorcjum NDI (uczestnik postępowania) wyjaśnił, iż wskazanie w załączniku nr 6 do siwz (wykaz wykonanych robót) podmiotu KZŁ Sp. z o.o. stanowiło omyłkę, gdyż podmiot ten nie będzie podwykonawcą, co również wynikało z treści załącznika nr 8, w którym nie ujęto referencyjnych robót przewidzianych do podwykonawstwa. Stanowisko to korespondowało również z treścią zobowiązania z dnia 16.09.2014 r., w którym podmiot określił sposób wykorzystania zasobów, jako *świadczenie usług*.

Uwzględniając ustalony w oparciu o treść przywołanych dokumentów stan faktyczny, Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie co do zarzutu

naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1. W ocenie Izby Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum NDI pomimo, iż Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia co wynikało z braku udowodnienia Zamawiającemu dysponowania zasobami udostępnionymi przez podmiot KZŁ. Sp. z o.o. w sposób wskazany przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy *Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.*(stan prawny obowiązujący na dzień wszczęcia postępowania). Zamawiający w oparciu o rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013.231), w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów może zażądać między innymi dokumentów wskazanych w par. 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia i dotyczących: zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Z przywołanych norm płynie wniosek, iż zobowiązanie podmiotu trzeciego oraz dokumenty jakich żąda zamawiający służą ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w kontekście realności, rzeczywistości udostępnionego potencjału przez podmiot trzeci. Zamawiający zobowiązany jest bowiem do ustalenia, czy pomimo braku własnego doświadczenia i wiedzy wykonawca posiłkujący się potencjałem podmiotu trzeciego, rzeczywiście uzyska jego wsparcie na etapie realizacji zamówienia w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia. Jest to konieczne dla zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie byłoby bowiem do pogodzenia z tymi zasadami dopuszczenie do oceny i wyboru oferty wykonawcy, który jedynie dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu składa zobowiązanie podmiotu, którego potencjał jest mu niezbędny na etapie procedury przetargowej, natomiast na etapie realizacji zamówienia zdaje się na własne siły, które z punktu widzenia wymagań Zamawiającego nie byłyby wystarczającymi dla uzyskania zamówienia. Konkludując, w przypadku korzystania z

potencjału podmiotu trzeciego nie jest wystarczającym przedstawienie Zamawiającemu potencjału spełniającego warunki udziału w postępowaniu, koniecznym jest również udowodnienie możliwości jego wykorzystania na etapie realizacji zamówienia. Po stronie wykonawcy leży ciężar udowodnienia zamawiającemu rzeczywistego sposobu wykorzystania potencjału przy wykonaniu zamówienia, a więc z uwzględnieniem zakresu udostępnionego zasobu i specyfiki konkretnego zamówienia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Powszechnych za niewystarczające uznaje się przywołanie jedynie normy z art. 26 ust. 2b ustawy dla wykazania realności udostępnienia zasobów. Podkreślić należy, że realność – w ślad za ustawodawstwem unijnym, gdzie instytucję powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego odnosi się do szczególnej sytuacji konkretnego zamówienia – należy oceniać kauzalnie, tj. w odniesieniu do konkretnego przypadku takiego udostępnienia (por. wyrok KIO sygn. akt. 2654/13 z dnia 29.11.2013 r.). Stąd przy rozstrzyganiu skuteczności udostępnienia zasobu dla potrzeb realizacji zamówienia publicznego niezbędnym jest odniesienie się do właściwych dla danego wykonawcy okoliczności, jego założeń przyjętych w ofercie co do udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia i samej treści zobowiązania lub innego dokumentu, z którego możliwe jest ustalenie treści oświadczenia podmiotu trzeciego. Nie zawężając udziału podmiotu wyłącznie do podwykonawstwa (co stałoby w sprzeczności z literalnym brzmieniem art. 26 ust. 2b ustawy), możliwym jest wykazanie każdej formy udziału podmiotu, która dostosowana byłaby do zakresu udzielonego potencjału. Jeżeli wykonawca nie posiada doświadczenia w konkretnej branży, to koniecznym jest zapewnienie rzeczywistego wsparcia przez podmiot trzeci w formie umożliwiającej jego realny wpływ na sposób wykonania zamówienia. Tylko wówczas Zamawiający będzie mógł liczyć na wykonanie zamówienia przez wykonawcę dającego rękojmię dostatecznej wiedzy i doświadczenia, koniecznych do prawidłowego wykonania zamówienia.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, należało zauważyć, iż treść zobowiązania była ogólnikowa, a oświadczenie podmiotu trzeciego zawierało się w kilku słowach (pkt od 1 do 4). W przeważającej części zobowiązanie powielało zapisy siwz dotyczące warunku udziału w postępowaniu, do którego odnosić się miał potencjał przekazany przez podmiot trzeci. W ocenie składu orzekającego zobowiązanie to nie pozwalało na ustalenie zakresu udostępnionych zasobów i sposobu ich wykorzystania przy realizacji zamówienia, które Konsorcjum NDI zamierza w przeważającym zakresie wykonać z udziałem podwykonawców. Jediną informacją dodaną do treści warunku udziału w postępowaniu, była płynąca z oświadczenia o charakterze mającego łączyć strony stosunku, informacja o uzgodnieniu zawarcia umowy o współpracy. Nie można jednak w oparciu o treść zobowiązania ustalić zakresu udziału podmiotu udostępniającego potencjał w realizacji

zamówienia. Nie wskazano bowiem na te elementy przedmiotu zamówienia, przy których podmiot ten zobowiązał się wesprzeć wykonawcę. Ta informacja również nie płynie z treści oferty. W toku rozprawy Konsorcjum NDI zaprzeczało jakoby KZŁ został wskazany jako podwykonawca, tłumacząc oświadczenie z załącznika nr 6 jako omyłkowe. Również Zamawiający oceniając treść zobowiązania uznał, że KZŁ nie będzie podwykonawcą, a zatem skorzystanie z potencjału miałyby przyjąć inną niż podwykonawstwo formę. Okoliczność ta nie mogła być pominięta przy wykładni treści zobowiązania i oceny w oparciu o nią realności przekazania potencjału wykonawcy. Wskazany w pkt 1 zobowiązania zakres odnosi się faktycznie do rodzaju robót opisanych, jako referencyjne powielając postanowienia siwz dotyczące minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a tym samym nie pozwala na ustalenie zakresu udziału podmiotu przy wykonaniu zamówienia. Izba nie była w stanie ustalić jakie roboty (usługi), spośród objętych przedmiotowym zamówieniem miałyby być wykonywane ze wsparciem podmiotu trzeciego, nie była również w stanie ustalić w jaki sposób podmiot ten miałby przekazać swój potencjał wiedzy i doświadczenia wykonawcy. KZŁ oświadczył, iż wykorzystanie zasobów nastąpić miałyby *w ramach świadczenia usług dla Wykonawcy, w ramach umowy o współpracę*. W pkt 4 zobowiązania dotyczącym zakresu i okresu udziału podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, KZŁ wskazało na zakres – *zgodnie z zakresem opisanym w pkt 1 powyżej*, natomiast okres – *na czas realizacji zamówienia*. Z przywołanej treści zobowiązania nie wynika sposób, w jaki Konsorcjum NDI miałyby skorzystać z wiedzy i doświadczenia KZŁ przy wykonaniu zamówienie. Wskazany przez Zamawiającego zakres współpracy (w zakresie budowy urządzeń informacji podręcznych oraz budowy urządzeń monitoringu) nie wynikała z treści zobowiązania. Lakoniczne wskazanie na świadczenie usług, bez ich odniesienia do treści oferty, w której zamawiający wymagał udziału podmiotu udostępniającego zasób, w realizacji zamówienia, w zasadzie czyni zobowiązanie blankietowym. Zamawiający nadinterpretował oświadczenie z punktu 4 zobowiązania, i odwołania do punktu 1, w którym określony został zasób udostępniony Konsorcjum NDI (określony przez przywołanie warunku wiedzy i doświadczenia). W pkt 1 brak jest konkretnego zobowiązania co do sposobu w jaki Konsorcjum NDI skorzysta z potencjału KZŁ. Regulacja przewidziana w art. 26 ust. 2b ustawy nie ma na celu jedynie formalne przekazanie potencjału w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale rzeczywiste wspomóżenie wykonawcy, który nie jest w stanie samodzielnie ubiegać się o zamówienie. Zamawiający skorzystał z prawa do oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz ich rzeczywistego udostępnienia w zakresie wynikającym z przepisu par. 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów. W tych okolicznościach treść zobowiązania była niewystarczająca dla pozytywnej oceny udostępnienia zasobów. W związku z powyższym

należało uznać, iż Odwołujący słusznie zarzucił Zamawiającemu nieprawidłową ocenę treści zobowiązania podmiotu trzeciego pod kątem oceny realności i możliwości wykorzystania jego niezbędnego potencjału na etapie realizacji tego zamówienia. Izba odmiennie oceniła konsekwencje tego błędu Zamawiającego i nie uwzględniła żądania nakazania wykluczenia z postępowania Konsorcjum NDI.

Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Konsorcjum NDI do uzupełnienia oryginału zobowiązania KZŁ złożonego w ofercie w kopii. Zamawiający nie wskazał w wezwaniu na brak dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu pozwalających na ocenę udostępnienia zasobów jako rzeczywistego, umożliwiającego ich wykorzystanie.

Izba przychyliła się do tez wypracowanych w orzecznictwie o możliwości jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, który należy oceniać w kontekście zakresu wezwania. Ponieważ Zamawiający nie wskazał na niedostateczną treść zobowiązania, jak również na potrzebę przedłożenia dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, w tym np. wskazanej w zobowiązaniu umowy o współpracę, możliwe byłoby ponowne skierowanie wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy o uzupełnienie dokumentów wykraczających poza treść zobowiązania. Zasada jednokrotnego wzywania doznaje wyłączenia w sytuacji, jeżeli zachodzi potrzeba wezwania z uwagi na nowe okoliczności, na które Zamawiający się nie powoływał. W świetle poczynionych ustaleń Izba uznała za konieczne uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie ponownego badania i oceny oferty Konsorcjum NDI w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponieważ instytucja przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy ma charakter wyjątkowy, Zamawiający powinien dążyć do staranności przy badaniu przedłożonych dokumentów i w sytuacji stwierdzenia braków wskazać je wszystkie, tak aby wykonawca mógł skutecznie uzupełnić dokumenty. Ponieważ Zamawiający w ogóle nie odniósł się do treści zobowiązania wskazując na brak co do formy pisemnej, Konsorcjum NDI powinno mieć możliwość wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu jeżeli nie w oparciu o potencjał podmiotu KZŁ to co najmniej przez wskazanie innych robót. Na wypadek, gdyby Wykonawca nie mógł przedstawić dodatkowych dokumentów umożliwiających dokonanie oceny udostępnienia zasobów Konsorcjum NDI powinno być jednocześnie wezwane do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Sytuację, w której potencjał podmiotu trzeciego nie może być uwzględniony dla oceny spełnienia warunku, należy traktować tak jakby wykonawca w ogóle nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a tym samym aktualizowałby się obowiązek wezwania w trybie art. 26 ust. 3 do uzupełnienia brakujących dokumentów.

W świetle powyższego Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a kosztami postępowania odwoławczego obciążyła Zamawiającego.

B).

W sprawie odwołania oznaczonego sygnaturą akt KIO 2328/14.

Izba ustaliła, iż trzech wykonawcy, których złożyli oferty w postępowaniu, tj. Konsorcjum NDI, Trakcja PRKil S.A. oraz PORR (POLKSA) S.A. w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu korzystali z potencjału Zakładów Automatyki KOMBUD S.A., który również złożył własną ofertę. Porównując ceny ofert, najkorzystniejsza jest oferta Konsorcjum NDI (cena brutto: 61.330.586,99 zł), a za nią w kolejności od najtańszej oferta Trakcja PRKil S.A. (cena brutto 62.302.558,75 zł.), oferta ZA KOMBUD S.A. (cena brutto 62.755.672,94 zł.) i oferta PORR (POLSKA) S.A. (cena brutto 63.736.140,00 zł.) konsorcjum KZA Katowice S.A, ZUE S.A (cena brutto 64.727.464,04 zł.), KZA S.A., PUH „Rajbud” Sp. z o.o. (cena brutto 65.164.294,70 zł.), IDS-BUD S.A. (cena brutto 95.782.501,66 zł.).

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący upatrywał w okoliczności złożenia ofert przez tych wykonawców czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. O nieuczciwej praktyce w rozumieniu przywołanej ustawy stanowić miała wzajemna wiedza tych wykonawców o założeniach cenowych, wynikająca z udziału podmiotu udostępniającego swój potencjał w realizacji ok. 80% całości zamówienia, której pozbawiony został Odwołujący.

Odnosząc się do czynu z art. 3 ust. 1 ustawy o zw.n.k. należy zwrócić uwagę na generalny charakter klauzuli *zgodności z ustawą i dobrymi obyczajami*, które można odnieść tak do reguł określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, jak i ustalonych w siwz w odniesieniu do wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego, w opisane sytuacji miało dojść do naruszenia zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu, gdyż grono wykonawców miało mieć dodatkową wiedzę co do istotnych dla całości zamówienia założeń cenowych przyjętych w tych ofertach, a wynikających z kosztu wynagrodzenia tego samego podmiotu udostępniającego swój potencjał i mającego uczestniczyć w wykonaniu przeważającej części zamówienia. Podstaw do uznania działań wykonawców za wypełniające znamiona czynu nieuczciwej konkurencji

Odwołujący upatrywał w naruszeniu dobrych obyczajów, które wymagałyby złożenia oferty przez tych wykonawców ewentualnie w konsorcjum.

Rozstrzygając o zasadności tak postawionego zarzutu Izba w pierwszej kolejności wskazuje, iż samo korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego jako dopuszczone wprost przepisem art. 26 ust. 2b ustawy nie może być oceniane jako sprzeczne z prawem. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie wprowadza ograniczeń co do udziału podmiotów udostępniających swój potencjał w charakterze wykonawcy składającego własną ofertę. Również z dopuszczenia w przepisach ustawy możliwości zawiązania konsorcjum w celu wspólnego ubiegania się o zamówienia nie można wywodzić istnienia takiego obowiązku. To w gestii swobodnej decyzji wykonawcy leży podjęcie decyzji co do udziału w postępowaniu poprzedzoną oceną jego możliwości i przygotowania do wykonania zamówienia. W przypadku zamówień, przy których występuje ograniczone grono dostawców sprzętu koniecznego do wykonania zamówienia, jak np. przy budowie systemów informatycznych, nie jest rzadką sytuacją, w której producent sprzętu, będąc jednocześnie samodzielnym wykonawcą składającym ofertę, udostępnia swój potencjał techniczny innym podmiotom zainteresowanym złożeniem oferty. Również w przedmiotowym postępowaniu zachodzi potrzeba pozyskania specjalistycznych urządzeń sterowania ruchem kolejowym i monitoringu od producenta. W tej sytuacji znaczna część wykonawców, którzy złożyli oferty zmuszona była do podjęcia rozmów z potencjalnym dostawcą (podwykonawcą), co znalazło swój wyraz w treści ofert. W ocenie Izby, takie działanie nie narusza dobrych obyczajów, ale jest wyrazem rzeczywistej sytuacji na rynku. Trudno jest również wskazać, w jaki sposób utrudniony zostałby dostęp Odwołującemu do zamówienia. Twierdzenia o rzekomej wiedzy grupy podmiotów o elementach kalkulacyjnych wspólnych z uwagi na korzystanie z potencjału tego samego podmiotu nie przekonują. Każdy z wykonawców, który złożył ofertę musiał skalkulować rzeczywiste koszty i brak jest przekonującej argumentacji za tym, iż składając ofertę nie dążyli do uzyskania zamówienia dla siebie. Fakt, iż to nie Odwołujący zaproponował najniższą cenę, nie może oznaczać, że doszło do zachwiania konkurencji w postępowaniu.

W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zw.n.k oraz naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Izba oddaliła.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców: konsorcjum NDI S.A. i NDI Sp. z o.o., Trakcja PRKił S.A, PORR (POLSKA) S.A. oraz zaniechanie odrzucenia ofert tych wykonawców.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w siwz w pkt 8.3.2 IDW (opis warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osoby kierownika budowy) nie dopuścił, aby osoba kierownika

budowy wskazana w ofercie pełniła tą samą funkcję równolegle na innych projektach z wyłączeniem okresu zgłaszania wad. Zamawiający nie wymagał składania oświadczeń co do stanu zaangażowania osoby w inne projekty na moment złożenia oferty.

Wykonawcy Konsorcjum NDI, Trakcja PRkil S.A. i PORR (POLSKA) S.A., wskazali tą samą osobę do pełnienia funkcji kierownika budowy (Pan R. B.) powołując się na potencjał podmiotu trzeciego.

Izba uznała, iż ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie mogła być uzależniona od tego, czy osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika budowy pełniła w momencie złożenia oferty tą samą funkcję na innym projekcie. Nie stanowiło to elementu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, chociaż informacja Zamawiającego zamieszczona została w pkt dotyczącym warunku udziału w postępowaniu. Dlatego też bez znaczenia dla przebiegu postępowania pozostawały informacje zawarte w ofertach dotyczące zaangażowania przy projektach realizowanych w trakcie trwania procedury przetargowej. Izba uznała, że ograniczenie możliwości wykonywania funkcji kierownika budowy tylko na przedmiotowym kontrakcie nie wpływało na wynik oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w momencie złożenia oferty. Zastrzeżenie Zamawiającego odnieść należy do etapu realizacji umowy, a nie oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym odwołanie w tym zarzucie podlegało oddaleniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz art. 24 ust. 4 przez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum KZA Katowice SA oraz ZUE (dalej jako Konsorcjum KZA)

Izba ustaliła, że zgodnie z wymaganiem Zamawiającego opisanym w pkt 8.3.2 IDW osoba wskazana na stanowisko kierownika budowy miała posiadać uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie bez ograniczeń do kierowania robotami, których zakres obejmuje co najmniej urządzenia sterowania ruchem kolejowym. Do oferty Konsorcjum KZA załączyło uprawnienia „stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji obejmujących kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy i robót w zakresie: urządzeń zabezpieczenia ruchu kolejowego nr T1b-143/31/81 z dnia 27.04.1981 r.” (dowód: str. 240 oferty). Przedmiotowe uprawnienia wydane zostały na gruncie ustawy – Prawo budowlane z dnia 24.10.1974 r. oraz rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20.02.1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. W przepisach tych nie było rozróżnienia na uprawnienia „w ograniczonym” zakresie i „bez ograniczeń”. Zgodnie z art. 104 obecnie obowiązującej ustawy – Prawo budowlane z 1994 r., uprawnienia nabyte zachowują swoją ważność, zgodnie z ochroną

praw nabytych (co twierdzi również pismo Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z 13.11.2014 r. – przedłożone na rozprawie do akt sprawy).

Na rozprawie Odwołujący przedłożył pismo Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa dotyczące posiadanych uprawnień zgłoszonych przy wniosku o wpis – tj. uprawnień budowlanych do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w ograniczonym zakresie w specjalności urządzenia zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym wydane przez Okręgowego Inspektora Kolejnictwa w Katowicach w dniu 28.04.2000 r. nr OIK 4-Z-173/1999.

Izba uznała, iż uprawnienia wskazane w ofercie nie utraciły ważności, zgodnie z ochroną praw nabytych, a tym samym Odwołujący wskazując na inne uprawnienia nie wykazał ograniczonego zakresu uprawnień. Odwołujący w ogóle nie odniósł się do ważności uprawnień nabytych po rządami nieobowiązujących już przepisów ustawy Prawo budowlane. Powyższe prowadziło do uznania, iż zarzut nie został uzasadniony i prowadziło do oddalenia odwołania.

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 ust. 2 i 3 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 wpisy oraz uzasadnione koszty Odwołującego Trakcja PRKil S.A. (sygn. akt KIO 2285/14) i Zamawiającego (sygn. akt KIO 2328/14), stwierdzone rachunkami przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmujące wpis od odwołania i kosztów dojazdu w sprawie KIO 2285/14 oraz wynagrodzenia pełnomocników w każdej ze spraw odwoławczych połączonych do wspólnego rozpoznania.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....