

**WYROK**  
**z dnia 28 kwietnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Aneta Mlącka**  
**Członkowie:** **Izabela Niedziałek – Bujak**  
**Andrzej Niwicki**

**Protokolant:** **Mateusz Zientak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2017 r. przez Wykonawcę **N. S.A.** (...) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **PKP Intercity S.A.** (...)

przy udziale wykonawcy **O. Sp. z o.o.** (...) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego N. S. A.** (...)

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego N. S.A.** (...) tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający „PKP Intercity” S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „naprawa okresowa na 4-tym poziomie utrzymania 18 lokomotyw elektrycznych serii EP09”, nr postępowania: 17/11/TUT/2016. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod numerem 2016/5 230-419660.

Odwołujący N. S.A. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego i zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy O. sp. z o.o. jako najkorzystniejszej pomimo, że wskazany wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd zamawiającego co do niepodlegania wykluczeniu z postępowania i zataił informacje dotyczące wykluczenia wykonawcy z postępowania poprzez złożenie oświadczenia o niepodleganiu wykluczenia z postępowania przy jednoczesnym wprowadzającym w błąd oświadczenia o zamiarze samodzielnego wykonania przedmiotu zamówienia w całości bez udziału podwykonawców oraz posiadania samodzielnie niezbędnych zdolności technicznych i zawodowych oraz złożeniu oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji; art. 91 ust. 1 pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy O. sp. z o.o. jako najkorzystniejszej pomimo, że wskazany wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w postaci złożenia wprowadzającego w błąd oświadczenia o zamiarze samodzielnego wykonania przedmiotu zamówienia w całości bez udziału podwykonawców oraz dysponowania zdolnościami technicznymi i zawodowymi w celu samodzielnego wykonania zamówienia, art. 91 ust. 1 pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3) pzp w związku z art. 7 ust 1 pzp oraz art. 3 ust. 1, art. 14 i art. 15 *Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* poprzez wybór oferty wykonawcy O. sp. z o.o. jako najkorzystniejszej pomimo, że złożona oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji; art. 91 ust. 1 pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy O. sp. z o.o. jako najkorzystniejszej pomimo, że wskazany wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 i 3 przedmiotu zamówienia i powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części 1 i 3 przedmiotu zamówienia, a w jej ramach wykluczenie wykonawcy O. sp.

z o.o. i uznania oferty piko sp. z o.o. za odrzuconą, względnie odrzucenie oferty O. sp. z o.o., oraz dokonanie wyboru oferty N. S A. ja ko oferty najkorzystniejszej,

Odwołujący wskazał, że w 2016 roku doszło do złożenia przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych wniosku o upadłość Z. w O. S.A. ze względu na znaczne zobowiązania publicznoprawne. Zgodnie ze sprawozdaniem finansowym za rok 2015, spółka ta posiadała 28 mln zobowiązań, z czego niemalże 20 mln to zobowiązania publicznoprawne. Spółka ta ponadto w latach 2014 i 2015 osiągnęła stratę bilansową, łącznie na prawie 8 mln zł.

Dalej Odwołujący argumentował, że z uwagi na wymogi prawa zamówień publicznych, stawiane wykonawcom w aspekcie ich sytuacji finansowej, oczywistym było, że Z. w O. S.A. nie jest w stanie skutecznie dłużej ubiegać się o zamówienia publiczne na naprawy i modernizacje lokomotyw. Wskazana powyżej sytuacja finansowa Z. w O. S.A. zbiegła się z utworzeniem nowej spółki – O. sp. z o.o. o kapitale założycielskim 10.000 PLN z Zarządem w osobie Pana A. S., pełniącego równocześnie funkcję Prezesa Zarządu Z. w O. S.A., co potwierdza, iż utworzenie owej spółki było następstwem problemów finansowych Z. w O. i miało na celu składanie przez nowoutworzoną spółkę ofert w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych na naprawę lokomotyw spalinowych, z których Z. w O. S.A. - jako podmiot posiadający zobowiązania publicznoprawne - zostałyby wykluczony.

Odwołujący wskazał, że Prokuratura Rejonowa w O. obecnie prowadzi śledztwo w sprawie „mającego mieć miejsce w nieustalonym czasie przed dniem 16 stycznia 2017 roku w O. udaremnienia lub ograniczenia zaspokojenia wierzycieli przez zarząd Z. N. T.K. w O. S.A. poprzez utworzenie nowej jednostki gospodarczej w postaci O. sp. z o.o. i przeniesienie na nią składników majątku. ti. o czyn z art. 301 51 kk”.

Odwołujący wskazał także, że Wykonawca O. sp. z o.o. nie składała samodzielnie ofert na naprawę lokomotyw elektrycznych w oparciu o własne doświadczenie. We wszystkich postępowaniach (poza przedmiotowym) oferty składane były przez O. sp. z o.o. na podstawie doświadczenia Z. w O. SA. Ta ostatnia składała również stosowne zobowiązanie o udostępnieniu O. sp. z o.o. zasobów niezbędnych do należytego wykonania przedmiotu zamówienia. W każdym z tych postępowań zobowiązanie o udostępnieniu zasobów przez Z. w O. S.A. wskazywało, że naprawa rewizyjna przedmiotowych lokomotyw zostanie w całości wykonana przez Z. w O. S.A. jako podwykonawcę. Tego rodzaju postępowanie miało miejsce w postępowaniach o udzielenie zamówień wskazanych w niniejszym postępowaniu celem wykazania warunków wiedzy i doświadczenia przez O. sp. z o.o. Oświadczenie tego typu O. sp. z o.o. złożył również w postępowaniu prowadzonym w roku 2016 na naprawę lokomotyw elektrycznych, organizowanym również przez PKP Intercity SA w W., znak 10/07/TUT/2016, które ze względu na datę ogłoszenia prowadzono na zasadach sprzed

nowelizacji *Ustawy Prawo Zamówień Publicznych* („Pzp”) wchodzącej w życie z dniem 28 lipca 2016 r.

Zdaniem Odwołującego, prace naprawcze lokomotyw mogły być w dalszym ciągu wykonywane przez Z. w O., ponieważ do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przystępował O. sp. z o.o. każdorazowo na podstawie udostępnionego doświadczenia i zasobów Z. w O. S.A., zlecając Z. w O. S.A. wykonanie całości przedmiotu zamówienia. Również obecnie obowiązująca umowa zawarta przez O. sp. z o.o. w postępowaniu na wykonanie naprawy okresowej na 4-tym poziomie utrzymania 3 lokomotyw elektrycznych serii (...), znak sprawy 10/07/TUT/2016 wedle wiedzy Odwołującego jest w całości realizowana przez Z. w O..

Na podstawie Ustawy o zmianie Pzp, która weszła w życie z dnia 28 lipca 2016, rozszerzono badanie przez zamawiającego przesłanek wykluczenia z postępowania również na podmioty udostępniające zasoby oraz innych podwykonawców. Udostępnianie zasobów wykonawcy w postępowaniu zostało powiązane i bezwzględny obowiązkami wykazania braku przesłanek wykluczenia, a ponadto na podstawie art. 25a ust. 5 w związku z art. 26 ust. 1 i ust. 2f Pzp Zamawiający w zasadzie na każdym etapie postępowania uzyskał prawo żądania wykazania braku podstaw wykluczenia z postępowania w stosunku do wszystkich podwykonawców, którym wykonawca zamierza powierzyć zlecić wykonanie przedmiotu zamówienia, nawet jeżeli wykonawca nie powołuje się na zasoby owych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z dalszą argumentacją Odwołującego, stało się oczywiste, iż w ramach postępowaniach ogłaszanych po 28 lipca 2016 r. O. sp. z o.o. nie będzie w stanie w dalszym ciągu powoływać się na potencjał Z. w O. S.A. i wskazywać w ofercie, iż zamierza powierzyć wykonanie całości przedmiotu zamówienia podwykonawcy, tak jak to odbywało się dotychczas, ponieważ w takim przypadku Z. w O. S.A. nie byłaby w stanie wykazać braku podstaw do wykluczenia ze względu na omówione powyżej zaległości publicznoprawne. Co za tym idzie, wskazanie przez O. sp. z o.o. w ofercie Z. w O. S.A. jako podwykonawcę prowadziłoby do odrzucenia oferty lub co najmniej do niedopuszczeniu przez zamawiającego Z. w O. S.A. do wykonania przedmiotu zamówienia ze względu na spełnienie przesłanek wykluczenia z postępowania w stosunku do tego podwykonawcy.

W ofercie złożonej w niniejszym postępowaniu O. sp. z o.o., w przeciwieństwie do wszystkich dotychczasowych postępowań, wskazał, że cały zakres zamówienia wykona samodzielnie, bez udziału podwykonawców.

Odwołujący wskazywał, że O. sp. z o.o. nie posiada potencjału technicznego, finansowego i kadrowego, umożliwiającego wykonanie tego zamówienia samodzielnie. Według wiedzy

Odwołującego wciągu osiemnasto-miesięcznej działalności O. sp. z o.o. nie wykonywał praktycznie żadnych czynności naprawczych dysponując zaledwie co najwyżej kilkoma osobami zatrudnionymi w Spółce, całość przedmiotów zamówień powierzając powiązanemu podwykonawcy – Z. w O. S.A.

W efekcie powyższego O. sp. z o.o. nie nabył jakichkolwiek kompetencji naprawczych umożliwiających mu niezależnie od Z. w O. S.A. przystąpienie do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Świadczy o tym również fakt, że wadium 2a tego wykonawcę wniesione zostało przez Z. w O. S.A., co potwierdza, iż O. sp. z o.o. samodzielnie nie dysponuje nawet zasobami finansowymi niezbędnymi do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, jest oczywistym, że O. sp. z o.o. nie posiada jakichkolwiek zasobów do samodzielnej realizacji tego rodzaju skomplikowanego i wymagającego znacznego potencjału technicznego, finansowego i kadrowego zamówienia. Zatem, skoro O. sp. z o.o. w samej treści oferty w niniejszym postępowaniu oświadczył, iż nie zamierza powierzyć zamówienia jakimkolwiek podwykonawcom, to tego rodzaju postępowanie należy zakwalifikować jako wprowadzenie w błąd Zamawiającego w celu uzyskania zamówienia, mające istotny wpływ na decyzję zamawiającego w postępowaniu. Doszła zatem do spełnienia przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp, co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy O. sp. z o.o.

W ocenie Odwołującego, przedmiotowy stan faktyczny wyczerpuje również znamiona czynu określonego w art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp, bowiem doszło do zatajenia przez O. sp. z o.o. istotnych informacji dotyczących nie dysponowała samodzielnie zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia i niemożności jego wykonania bez udziału Z. w O. S.A. oraz wprowadzenia w błąd Zamawiającego co do faktycznego zamiaru powierzenia przedmiotu zamówienia do wykonania Z. w O. S.A. jako podwykonawcy. Co więcej, ze względu na wszystkie powiązania O. z Z. O., wcześniejszy sposób działania oraz pozostałe okoliczności opisane powyżej nie może ulegać przy tym ulegać wątpliwości, iż wskazane postępowanie O. ma charakter zamierzony lub co najmniej wynika z rażącego niedbalstwa przy składaniu oferty.

Odwołujący podniósł, że złożenie przez O. sp. z o.o. oferty w okolicznościach opisanych powyżej stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 *Ustawy zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*. W szczególności postępowanie O. sp. z o.o. spełnia przesłanki stypizowanych czynu określonego w naruszył art. 14 *Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, ponieważ O. sp. z o.o. wprowadził w błąd Zamawiającego co do posiadania niezbędnych zasobów do samodzielnego wykonania zamówienia zamiaru wykonania

zamówienia bez jakiegokolwiek udziału podwykonawców, podczas gdy nie jest w stanie wykonać zamówienia przez udziału jako podwykonawcy Z. w O. S.A. Biorąc pod uwagę charakter czynności, tj. złożenie oferty, należy również przyjąć, iż owe bezprawne działanie miało na celu uzyskanie korzyści w postaci zysku z realizacji zamówienia.

W ocenie Odwołującego, postępowanie O. sp. z o.o. spełnia przesłanki kolejnego stypizowanego czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Na skutek wprowadzającego w błąd oświadczenia O. sp. z o.o. doszłoby bowiem do wyboru oferty O. sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, co pozbawia zamówienia Odwołującego, który złożył zgodną z prawem ofertę, utrudniając Odwołującemu dostęp do rynku napraw lokomotyw elektrycznych.

Zdaniem Odwołującego, działanie Wykonawcy O. sp. z o.o. wypełnia ogólne przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji określone w art. 3 ust. 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Złożona przez O. sp. z o.o. oferta narusza przepisy Ustawy Prawo Zamówień Publicznych,

Zdaniem Odwołującego, postępowanie O. sp. z o.o. jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, w szczególności z zasadą uczciwości kupieckiej w konkuroowaniu na rynku. Trudno nie uznać za naganne i naruszającej podstawowe zasady uczciwości i rzetelności postępowanie polegające na założeniu nowej spółki kapitałowej, wobec zaległości publicznoprawnych i niezdolności do złożenia oferty faktycznego wykonawcy, wyłącznie w celu występowania w postępowaniach przetargowych przez nową spółkę, a następnie wprowadzaniu w błąd zamawiającego, iż dysponuje niezbędnymi zasobami i wykona się skomplikowane zamówienie samodzielnie, wiedząc, iż takich zasobów się nie posiada, a tak naprawdę całe zamówienie zostanie wykonane przez powiązaną spółkę, która podlegałaby wykluczeniu z postępowania gdyby sama złożyła ofertę w postępowaniu. Owo działanie można określić jako próbę ominięcia podstawowych zasad zamówień publicznych, które opierają się na weryfikacji zdolności konkretnego wykonawcy do wykonania zamówienia ze względu na konieczność ochrony środków publicznych. Po to ustawodawca wprowadza restrykcyjne wymogi co do możliwości przystępowania do postępowań publicznych, aby przedsiębiorcy je respektowali. Postępowanie O. sp. z o.o. godzi w samą istotę prawa zamówień publicznych. Należy przy tym podkreślić, iż postępowanie O. sp. z o.o. z całą pewnością narusza interesy innego przedsiębiorcy, to jest Odwołującego, ponieważ w rezultacie tychże bezprawnych i naruszających dobre obyczaje kupieckie czynności Odwołujący może zastać pozbawiony zamówienia publicznego. Odwołujący konkuruje zgodnie z prawem powszechnie obowiązującym, w szczególności płaci wszelkie należności publicznoprawne w terminie, i dlatego ma prawo oczekiwać, że inne podmioty będą konkurować z Odwołującym w sposób uczciwy.

O. sp. z o.o. w ramach wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej powołał się na wykonanie napraw lokomotyw, które zostały w całości wykonane przez Z. w O. S.A. W ocenie Odwołującego, udział podwykonawców nie pozbawia wykonawcy możliwości nabycia stosownej wiedzy i doświadczenia w celu wykazania się nimi w przyszłych postępowaniach przetargowych, jednakże w tym konkretnym przypadku, gdzie całość zamówień, na które powołuje się O. sp. z o.o., została wykonana przez Z. w O. S.A., w ocenie Odwołującego nie można uznać, że O. sp. z o.o. wykazał samodzielne posiadanie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej, co powinno skutkować wykluczeniem O. sp. z o.o. z postępowania.

Do postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie O. sp. z o.o.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że w treści SIWZ Zamawiający postawił warunki odnoszące się do:

Potencjału finansowego -

„Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia w/w warunek, jeżeli wykaże się posiadaniem środków finansowych lub zdolnością kredytową, w wysokości nie mniejszej:

- dla części 1 przedmiotu zamówienia - 1 494 000,00 PLN;
- dla części 3 przedmiotu zamówienia - 1 494 000,00 PLN.

W przypadku wykonawcy składającego ofertę w zakresie więcej niż jednej części, wykonawca może wykazać na potwierdzenie spełnienia warunku te same środki finansowe lub zdolność kredytową dla większej liczby części, z zastrzeżeniem, iż wartość przedstawionych środków finansowych lub zdolności kredytowej nie może być niższa niż ich minimalna wymagana wartość dla danej części”.



### Zdolności technicznej w postaci wiedzy i doświadczenia

„Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia w/w warunek, jeżeli wykaze, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał dostawę (dostawy) fabrycznie nowych łub naprawę (naprawy) nie mniej niż:

- dla części 1 przedmiotu zamówienia -3 lokomotyw elektrycznych,
- dla części 3 przedmiotu zamówienia - 3 lokomotyw elektrycznych.

Za naprawy, spełniające wymogi niniejszego warunku, uznane zostaną usługi utrzymaniowe na Poziomie nie niższym niż P4 w rozumieniu załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2015 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 226).

W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, Wykonawca może wykazać się usługą (dostawą) wykonywaną (niezakończoną), jeżeli liczba naprawionych (dostarczonych) lokomotyw jest nie mniejsza niż odpowiednio wskazana powyżej.

W przypadku wykonawców przystępujących do więcej niż jednej części, wykonawca może wykazać na potwierdzenie spełnienia warunku to samo zamówienie dla większej liczby części, z zastrzeżeniem, iż liczba lokomotyw nie może być niższa niż minimalna, wymagana liczba dla danej części.

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doświadczeniem określonym powyżej wykazać się może jeden, kilku lub łącznie wszyscy Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie".

W celu wstępnego potwierdzenia spełniania przez wykonawcę ww. warunków udziału w postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli złożyć Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, dalej „JEDZ”, w którym - zgodnie z zapisami SIWZ - wykonawcy złożyli mieli m.in. oświadczenia:

- w przedmiocie posiadania zdolności finansowej w postaci środków na koncie lub zdolności kredytowej na poziomie określonym w warunku i
- w zakresie wykazu wykonanych usług odpowiadających treści warunku odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający zastosował fakultatywną przesłankę wykluczenia:

„O udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który wykaze, że nie podlega wykluczeniu w zakresie następujących przesłanek do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 5 Ustawy PZP, zgodnie z którym z postępowania wyklucza się Wykonawcę:

4.1., w stosunku do którego otwarto likwidację w zatwierdzonym przez sąd układzie w postępowaniu restrukturyzacyjnym jeśli przewidziane zaspokojenie wierzycieli przez likwidację jego majątku lub sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 332 ust. 1

ustawy z dnia 15 maja 2015 r. - Prawo restrukturyzacyjne (Dz. U. poz. 978, z późn. zm.) lub którego upadłość ogłoszono, z wyjątkiem Wykonawcy, który po ogłoszeniu upadłości zawarł układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego, chyba że sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 366 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe (Dz. U. z 2015 r. poz. 233, z późn. zm.) (art. 24 ust. 5 pkt 1 Ustawy PZP)",

Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, wstępna weryfikacja przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 12-23 (obligatoryjnych) i zastosowanej w niniejszym postępowaniu przesłanki fakultatywnej wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nastąpiła w oparciu o oświadczenia złożone w dokumencie JEDZ, który zobowiązany jest złożyć każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia.

Stosownie do postanowień SIWZ, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokument JEDZ zobowiązany był złożyć wykonawca i podmioty trzecie, które użyczają swój potencjał wykonawcy.

Zamawiający nie skorzystał z przewidzianej ustawą Prawo zamówień publicznych możliwości żądania od wykonawcy złożenia jednolitych europejskich dokumentów zamówienia podwykonawców (art. 25a ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych). W Rozdz. VII. SIWZ „Podwykonawcy” Zamawiający wskazał, że *„Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy (podmiotowi, z którym zawarł umowę o podwykonawstwo, zdefiniowaną w art. 2 pkt 9b ustawy Pzp). W przypadku powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcy Wykonawca ponosi odpowiedzialność za działania i zaniechania takiego podmiotu, jak za własne. Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez Wykonawców firm podwykonawców, zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SIWZ w Części II Sekcji D”.*

Wykonawca O. sp. z o.o. złożył ofertę na część nr 1 i część nr 3 zamówienia. W treści oferty przedstawił oświadczenie, zgodnie z którym zamówienie nie zostanie powierzone podwykonawcy/podwykonawcom. W złożonym wraz z ofertą formularzu JEDZ wykonawca O. sp. z o.o. oświadczył, że nie polega na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji. Wykonawca oświadczył również w JEDZ, że nie zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia.

Wykonawca oświadczył, że dysponuje środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości nie mniejszej niż 1 494 000 zł, zgodnie z wymogami Zamawiającego zawartymi w Sekcji III.1.2. ogłoszenia, jak również, że wykonał m. in. naprawy na 5-tym poziomie

utrzymania lokomotyw elektrycznych serii (...) zgodnie z umową nr UM-BPT-16-900-0022 zawartą 01.06.2016 r. pomiędzy O. Sp. z o.o., a PKP Intercity S.A.

Zamawiający 8 lutego 2017 r. wezwał ww. wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia. Wykonawca O. sp. z o.o. złożył dokumenty, tj. informację banku (...) Spółka Akcyjna potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych oraz dokument potwierdzający, że naprawy wymienione w części IV Sekcja C pkt 1 b JEDZ zostały wykonane należycie. Przedstawił także informacje z KRK wystawione dla Prezesa Zarządu; prokurenta samoistnego O. sp. z o.o. (KRK podmiotu zbiorowego), zaświadczenie właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego potwierdzające, że O. sp. z o.o. nie zalega z opłacaniem podatków, zaświadczenie właściwej terenowej jednostki ZUS potwierdzające, że O. sp. z o.o. nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, odpis z KRS. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy O. sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w części nr 1 i części nr 3 niniejszego Postępowania.

W ocenie Izby, niezasadny jest zarzut Odwołującego, dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy O. sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych za niespełnienie warunków udziału w postępowaniu lub zaistnienie w stosunku do niego podstaw do wykluczenia.

W postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia ofertę złożyła spółka pod firmą O. sp. z o.o. i to właśnie ten podmiot badany jest pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Z dokumentu JEDZ z oraz z przedłożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dokumentów wynika, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu (zarówno w zakresie potencjału finansowego jak i potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia) i nie podlega wykluczeniu.

Skoro zatem wykonawca O. sp. z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu, to nie podlega wykluczeniu w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Przesłanek do wykluczenia wykonawcy nie można interpretować rozszerzająco.

Należy zauważyć, że wykonawca O. sp. z o.o. posiada doświadczenie w zakresie realizacji wskazanych w wykazie prac. Nie ma znaczenia, czy i w jakim stopniu prace realizowane były przez podwykonawców. Okoliczność, że sporne zamówienie zostało zrealizowane przez podwykonawcę (Z. w O. S.A.), nie oznacza braku nabycia doświadczenia przez Wykonawcę O. sp. z o.o. W przypadku realizacji zamówienia z pomocą podwykonawców, stroną umowy, która jest zobowiązana do realizacji obowiązków umownych nie są podwykonawcy. Stroną

umowy pozostaje w takim przypadku wykonawca i to wykonawca w całości odpowiada za działania podwykonawców.

Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie zamówienia. W konsekwencji należało uznać, że brak jest podstaw do kwestionowania dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań dotyczących doświadczenia przedłożonych przez wykonawcę O. sp. z o.o., skoro stroną umowy, realizowanej z udziałem Z. w O. S.A. jako podwykonawcą, była O. sp. z o.o.

Nie jest także uzasadniony zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do zrealizowania usługi przez Wykonawcę O. sp. z o.o. Usługa została objęta umową, zawartą pomiędzy O. sp. z o.o. oraz tym samym Zamawiającym. Zamawiający był odbiorcą usługi i wystawcą referencji. Oznacza to, że Zamawiającemu znane były okoliczności co do realizowania umowy w uprzednim postępowaniu i w konsekwencji spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę O. sp. z o.o. Skoro zatem Zamawiającemu znane były okoliczności zrealizowania zamówienia przez O. sp. z o.o., to nie można mówić o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd

Tym samym Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł także zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Prawo zamówień publicznych, z uwagi na zatajenie przez O. sp. z o.o. istotnych informacji dotyczących niedysponowania samodzielnie zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia i niemożności jego wykonania bez udziału Z. w O. S.A. oraz wprowadzenia w błąd Zamawiającego co do faktycznego zamiaru powierzenia przedmiotu zamówienia do wykonania Z. w O. S.A. jako podwykonawcy.

W ocenie Izby zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak wyżej wskazano, Zamawiający nie postawił w treści SIWZ warunku, aby wykonawcy wykazali, że dysponują samodzielnie potencjałem technicznym (w postaci np. zaplecza). Skoro tak, to Wykonawca O. sp. z o.o. nie mógł wprowadzić w błąd Zamawiającego co do informacji, która nie była wymagana i oceniana przez Zamawiającego. Zamawiający nie wymagał podania szczególnych informacji o dysponowaniu potencjałem technicznym. Tym samym fakt, że Wykonawca O. sp. z o.o., jeśli nawet będzie korzystał z potencjału technicznego innego podmiotu, nie wprowadził Zamawiającego w błąd co do tej okoliczności, gdyż informacja dotycząca korzystania (lub niekorzystania) z potencjału podmiotu trzeciego

nie była wymagana i w tym zakresie wykonawcy nie byli zobowiązani do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W związku z tym fakt, że Wykonawca O. sp. z o.o. nie wskazał tego w ofercie, nie oznacza wprowadzenia w błąd Zamawiającego.

W trakcie rozprawy Odwołujący przedstawił umowę zawartą 11 kwietnia 2017 roku w Oleśnicy pomiędzy Z. w O. S.A. (jako Wyzierżawiającym) a O. sp. z o.o. (jako Dzierżawcą). Z treści tej umowy wynika, że Wykonawca O. sp. z o.o. wydzierżawi zaplecze w postaci miejsca i narzędzi będących w dyspozycji Z. w O. S.A. Nawet gdyby uznać, że umowa ta została sporządzona na potrzeby postępowania odwoławczego (data na umowie wskazuje, że została ona zawarta po terminie otwarcia ofert) i Wykonawca O. sp. z o.o. będzie korzystał z potencjału Z. w O. S.A., to Izba miała na uwadze okoliczność, że postanowienia SIWZ nie wprowadzały warunku w postaci samodzielnego dysponowania potencjałem technicznym. Tym samym spełnienie wymagań w tym zakresie przez wykonawców nie podlegało ocenie Zamawiającego. Postanowienia SIWZ nie zabraniały korzystania w dowolny sposób z udogodnień w postaci potencjału technicznego. Tym samym, organizacja pracy w tym zakresie przez wykonawcę, czy ewentualne korzystanie z potencjału innych podmiotów na rynku w pozostałym, nie wymaganym do wykazania zakresie, nie jest zakazane.

W ocenie Izby nie jest także możliwe wykluczenie Wykonawcy z uwagi na powiązanie osobowe spółki Z. w O. S.A. i spółki O. sp. z o.o. (w osobie prezesa zarządu). Ponownie należy podkreślić, że spełnienie warunków udziału w postępowaniu i ocena braku podstaw do wykluczenia badana jest wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy O. sp. z o.o.

W treści swojej oferty Wykonawca O. sp. z o.o. wskazał, że zamówienie zrealizuje bez udziału podwykonawców. W ocenie Izby brak jest podstaw do zakwestionowania tego twierdzenia. Nie ma także podstaw do twierdzenia, że w przedmiotowym zakresie Wykonawca O. sp. z o.o. złożył nieprawdziwe informacje. Zamówienie bowiem dopiero będzie realizowane. Okoliczności tej nie potwierdza fakt, że we wcześniejszych postępowaniach wykonawca O. sp. z o.o. polegał na zasobach podmiotu trzeciego, tj. Z. w O. S.A.

Izba miała także na uwadze fakt, że w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający nie zawarł w SIWZ żądania, co do weryfikacji w trakcie postępowania podwykonawców nie będących podmiotami trzecimi, co dodatkowo powoduje, że argumentacja Odwołującego co do złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie niewskazania Z. w O. S.A. jako podwykonawcy O. Sp. z o.o. (z uwagi na sytuację Z. w O. S.A.) nie znajduje oparcia w faktach. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym nawet w sytuacji, gdyby żądanie takie znalazło się w SIWZ, skutkiem zaistnienia wobec podwykonawcy podstawy do

wykluczenia nie byłby obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcy O. sp. z o.o., tylko sytuacja taka powodowałaby, że podwykonawca taki nie mógłby być dalej akceptowany jako potencjalny podwykonawca określonej części zamówienia. Zgodnie z art. 36ba ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych „Jeżeli zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca obowiązany jest zastąpić tego podwykonawcę lub zrezygnować z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy”.

Izba uznała za bezpodstawny zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3) w związku z art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 3 ust. 1, art. 14 i art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez wybór oferty wykonawcy O. sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, pomimo że złożona oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący oparł twierdzenia dotyczące popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji na okoliczności wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co jednak nie miało miejsca. Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu – zgodnie z SIWZ, posiada doświadczenie, jak również – jak wskazano wyżej - nie wprowadził w błąd Zamawiającego, wobec czego nie można uznać, że złożenie przez niego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że nie będzie realizował zamówienia przy udziale podwykonawców. Mając na uwadze powyższe okoliczności oraz w związku z tym, że Zamawiający nie został wprowadzony w błąd, a na tym twierdzeniu opiera swoje odwołanie i zarzuty Odwołujący, to nie można mówić o popełnieniu przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji.

Nie można także uznać, aby Odwołujący miał utrudniony dostęp do rynku z uwagi na złożenie oferty przez Wykonawcę O. sp. z o.o. Odwołujący miał możliwość oferty na tych samych zasadach.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....