

Sygn. akt: KIO 2935/12

## WYROK

z dnia 22 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Marek Szafraniec  
**Członkowie:** Ryszard Tetzlaff  
Justyna Tomkowska  
**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie (05-800), ul. Parzniewska 10 oraz Strabag Rail Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu (51-132), ul. Kępińska 2** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie (03-734), ul. Targowa 74**

przy udziale wykonawcy: **NDI S.A. w Sopocie (81-718), ul. Powstańców Warszawy 18** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie (03-734), ul. Targowa 74** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wezwanie wykonawcy: **NDI S.A. w Sopocie (81-718), ul. Powstańców Warszawy 18** do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie (03-734), ul. Targowa 74** 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 udzielenie zamówienia: **Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie (05-800), ul. Parzniewska 10** oraz **Strabag Rail Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu (51-132), ul. Kępińska 2** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie (03-734), ul. Targowa 74** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie (05-800), ul. Parzniewska 10** oraz **Strabag Rail Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu (51-132), ul. Kępińska 2** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wpisu od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

Sygn. akt: KIO 2935/12

### Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu POliŚ <<Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 353 na odcinku Inowrocław – Jabłonowo Pomorskie (z wyłączeniem odcinka Toruń Główny – Toruń Wschodni>>*” zostało wszczęte przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2012/S 135-225745) w dniu 17 lipca 2012 r.

Odwołanie w powołanym postępowaniu o udzielenie zamówienia wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie oraz Strabag Rail Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu, zwani dalej łącznie Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy NDI S.A. w Sopocie z udziału w postępowaniu oraz zaniechania odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty. Zdaniem Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego naruszona została zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, bowiem powołany wykonawca posłużył się w swej ofercie potencjałem udostępnionym mu przez Zamawiającego, co stanowiło naruszenie art. 7 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a powinno także przesądzić o odrzuceniu oferty tegoż wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, czego Zamawiający zaniechał.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący zarzucał Zamawiającemu błędne uznanie, że wykonawca NDI S.A. udowodnił, iż będzie dysponował potencjałem podmiotu trzeciego, podczas gdy z załączonego do oferty zobowiązania nie wynika, w jaki sposób wykonawca ten będzie korzystał z udostępnionej mu wiedzy i doświadczenia – realizacja „*budowy lub/i wymiany nawierzchni torowej wraz z podtorzem dla 25 km torów kolejowych na zelektryfikowanej linii kolejowej*” oraz realizacja „*budowy lub/i przebudowy i/lub modernizacji 5 rozjazdów*”. Działanie takie stanowiło naruszenie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a w konsekwencji prowadziło do zaniechania wykluczenia NDI S.A. z udziału

w postępowaniu, a tym samym naruszenia art. 22 ust. 1, 24 ust. 2 pkt 4) oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wybranie oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, w dniu 4 stycznia 2013 r., przystąpił wykonawca: NDI S.A. w Sopocie, zwany dalej Przystępującym.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w tym również dokument złożony w toku rozprawy przed Izbą.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 8.2.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) zawarł opis warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, w tym m.in. wymóg wykazania realizacji „budowy lub/i wymiany nawierzchni torowej wraz z podtorzem dla 25 km torów kolejowych na zelektryfikowanej linii kolejowej” oraz realizacji „budowy lub/i przebudowy i/lub modernizacji 5 rozjazdów”. W punkcie kolejnym, 8.2.2.a) SIWZ, Zamawiający zawarł wyliczenie sprzętu i urządzeń, których dysponowaniem mieli się wykazać wykonawcy w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. W pkt 9.1.1.a) oraz pkt 9.1.2.a)-b) SIWZ Zamawiający wskazał złożenia jakich dokumentów wymaga od wykonawców, w celu wykazania spełnienia powołanych wyżej warunków. W obu punktach zostało zawarte pouczenie, iż w przypadku, gdy wykonawca będzie polegał na potencjale innych podmiotów, jest wówczas zobligowany przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania

mu do dyspozycji tegoż potencjału na okres korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia.

Zgodnie z pkt 20.9 SIWZ cena była jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

Przed upływem terminu składania ofert dziewięciu wykonawców, w tym Odwołujący i Przystępujący, złożyło Zamawiającemu swoje oferty.

Przystępujący w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, w szczególności w celu wykazania realizacji „budowy lub/i wymiany nawierzchni torowej wraz z podtorzem dla 25 km torów kolejowych na zelektryfikowanej linii kolejowej” oraz realizacji „budowy lub/i przebudowy i/lub modernizacji 5 rozjazdów” przedłożył wraz z ofertą, na jej 25 stronie, zobowiązanie podmiotu trzeciego – Leonhard Weiss GmbH & Co. KG, w imieniu którego działał na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej Leonhard Weiss GmbH & Co. KG (Spółka komandytowa) Oddział w Polsce. Ponadto, Przystępujący złożył również wraz z ofertą, na jej 43 stronie, zobowiązanie wystawione w imieniu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Maszyn Torowych w Krakowie, które to zobowiązanie miało dokumentować spełnianie przez tego wykonawcę warunku dotyczącego posiadania odpowiedniego potencjału technicznego.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający, pismem z dnia 16 października 2012 r., wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, w szczególności wykazu wykonanych robót budowlanych, w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji „budowy lub/i wymiany nawierzchni torowej wraz z podtorzem dla 25 km torów kolejowych na zelektryfikowanej linii kolejowej”. W ocenie Zamawiającego, z przedstawionych mu dokumentów nie wynikało, aby wykazana praca obejmowała również wykonanie podtorza.

Pismem z dnia 25 października 2012 r. Przystępujący wyjaśnił, iż wykazana w wykazie praca, obejmowała swym zakresem również wykonanie podtorza. Wraz z pismem tym przedstawił wykaz wykonanych robót budowlanych uzupełniony o objęcie zakresem wykazywanej pracy również realizacji podtorza.

Pismem z dnia 21 grudnia 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty złożonej przez Przystępującego.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie, które Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty w części znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Jako pierwsze Izba rozpoznała zarzuty podnoszone wobec dokonanej przez Zamawiającego oceny złożonego wraz z ofertą Przystępującego zobowiązania wystawionego w imieniu podmiotu trzeciego – Leonhard Weiss GmbH & Co. KG. Zarzuty te Izba uznała na niezasługujące na uznanie.

Podkreślenia wymaga fakt, iż Odwołujący kwestionował powołany dokument w jednym tylko aspekcie – w jego ocenie z tegoż zobowiązania nie wynikał sposób, w jaki Przystępujący będzie korzystał z udostępnionej mu wiedzy i doświadczenia. Izba nie podzieliła tej oceny. Podejmując tę decyzję oparła się na dokonanej przez siebie analizie treści powołanego dokumentu, przy czym zaznaczenia wymaga fakt, iż z wynikami tej analizy korelowały wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w toku rozprawy przed Izbą.

W ocenie składu orzekającego, nie zostało wykazane, aby przedstawione wraz z ofertą Przystępującego, na jej stronie 25, zobowiązanie podmiotu trzeciego (Leonhard Weiss GmbH & Co. KG) nie obejmowało swą treścią wszystkich, niezbędnych w świetle przepisów ustawy Pzp, elementów. W piśmie tym wyraźnie wskazano, na potrzeby jakiego postępowania zostało ono wystawione, a tym samym wobec którego z zamawiających Przystępujący ma prawo się nim posługiwać. Przywołano w nim również w sposób wyraźny przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp – wiadomym więc było w jakim kontekście zobowiązanie to zostało wystawione i jakiej regulacji prawnej poddane. Uwzględniając również fakt, iż przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie prac podobnych swym zakresem wykonanym przez podmiot trzeci w pracy wykazywanej przez Przystępującego, Izba dała wiarę wyjaśnieniom wykonawcy NDI .S.A., iż podmiot trzeci zobowiązał się uczestniczyć w wykonaniu prac wskazanych w wystawionym przez niego zobowiązaniu, tj. budowie lub wymianie nawierzchni torowej oraz budowie, przebudowie lub modernizacji rozjazdów. Co istotne, Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego – nie wykazał, aby z treści tegoż dokumentu, czy też z jakiegokolwiek innego złożonego wraz z ofertą Przystępującego, wynikało, iż powołany podmiot trzeci (Leonhard Weiss GmbH & Co. KG) nie będzie w ogóle uczestniczył w realizacji przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby Zamawiający błędnie uznał, że wykonawca NDI S.A. udowodnił, iż będzie on dysponował potencjałem podmiotu

trzeciego. Tym samym nie zostało udowodnione, aby Zamawiający swym działaniem w opisanym tu zakresie naruszył przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a w konsekwencji aby zaniechał wykluczenia NDI S.A. z udziału w postępowaniu, poprzez co naruszył również art. 22 ust. 1, 24 ust. 2 pkt 4) oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego, przedstawione przez Odwołującego dowody oraz argumentacja, którą się posługiwał, nie pozwalały na uwzględnienie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego powołanych tu przepisów ustawy.

Niezależnie od powyższego Izba oceniła zasadność zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a w konsekwencji również art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby wykazane zostało naruszenie przez Zamawiającego art. 7 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego naruszona została zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, bowiem Przystępujący posłużył się w swej ofercie potencjałem udostępnionym mu przez Zamawiającego,

Zaznaczenia wymaga fakt, iż nie była między Stronami sporna okoliczność, że podmiot, w imieniu którego wystawiono kwestionowane przez Odwołującego zobowiązanie (Zakład Maszyn Torowych w Krakowie), jest jednostką organizacyjną Zamawiającego, będącą jednym z przejawów działalności przez niego prowadzonej. Dlatego też nie pozostawiało żadnych wątpliwości to, iż Przystępujący wykazując spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym powołał się na sprzęt i urządzenia udostępnione mu przez Zamawiającego.

Izba, po dokonaniu analizy dokumentacji postępowania, a także po uwzględnieniu stanowisk stron, podzieliła ocenę Odwołującego wyrażoną w podniesionych przez niego zarzutach, a także stanowisko Izby wyrażone w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 1507/12 KIO 1508/12.

Izba zgodziła się z Zamawiającym, iż co do zasady, w określonych okolicznościach sprawy, może on udostępniać swój potencjał. Twierdzenie to doznaje jednak pewnych ograniczeń, wyznaczanych w szczególności z uwzględnieniem jednej z podstawowych zasad ukształtowanych na gruncie prawa zamówień publicznych, a mianowicie zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji. W rozpoznawanym przypadku wykazane zostało, iż zasada ta, w wyniku działań podjętych przez Zamawiającego, doznała uszczerbku.

W prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia podmiot ten występował w podwójnej roli. Z jednej strony był organizatorem tegoż postępowania i organem je prowadzącym, a zatem podejmującym w nim wszelkie rozstrzygnięcia mające wpływ na jego wynik, z drugiej zaś strony, podjął się na rzecz jednego z wykonawców świadczyć usługę udostępnienia potencjału technicznego, którym dysponował. Stan ten, w ocenie Izby, doprowadził do zróżnicowania sytuacji wykonawców ubiegających się o udzielenie im zamówienia. Istotnym jest to, iż Zamawiający nie wykazał, aby na etapie publikacji ogłoszenia oraz SIWZ, upublicznił on w powołanych dokumentach informację o fakcie udostępniania przez niego określonego potencjału technicznego oraz zasad, na jakich potencjał ten może zostać wykonawcom udostępniony. Izba nie podzieliła w tym zakresie poglądu, iż wystarczającym jest fakt, iż jest wiedzą powszechną informacja o możliwości uzyskania określonego potencjału technicznego na mocy podjęcia odpowiedniej współpracy z Zamawiającym. Na ocenę tę nie mogła mieć wpływu treść oświadczenia złożonego w imieniu Zakładu Maszyn Torowych w Krakowie, choćby z uwagi na fakt, iż w piśmie tym brak wskazania do jakich postępowań przetargowych odniesiono się w jego treści, ani też na jakim etapie tych postępowań Odwołujący zwracał się do Zakładu Maszyn Torowych w Krakowie o udostępnienie mu odpowiedniego sprzętu. W ocenie składu orzekającego wiadomość o zaistnieniu możliwości udostępnienia przez Zamawiającego potencjału, którym on dysponuje, powinna zostać upubliczniona co najmniej w SIWZ. W toku rozprawy nie zostało wykazane, aby rozpoznawanym przypadkiem Zamawiający w SIWZ informację taką zawarł. Stąd też nie zagwarantował on wykonawcom żadnych instrumentów umożliwiających im zakwestionowanie na etapie publikacji SIWZ samej możliwości udostępnienia przez Zamawiającego swego potencjału podmiotom ubiegającym się o udzielenie im zamówienia, a także, nie wyposażył wykonawców w jakiegokolwiek środki umożliwiające wyegzekwowanie udostępnienia im potencjału technicznego Zamawiającego w zakresie niezbędnym tym właśnie wykonawcom.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż Zamawiający swym działaniem, poprzez udostępnienie swego potencjału Przystępującemu, w okolicznościach tu omówionych, a co ważniejsze poprzez uznanie, iż wykonawca ten w sposób odpowiadający przepisom ustawy Pzp jest uprawniony do powoływania się na tak udostępniony mu potencjał techniczny, doprowadził do uprzywilejowania tego właśnie uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia, co miało istotny wpływ na wynik tegoż postępowania. Dlatego też Izba uznała, iż zostało wykazane naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 7 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.



Uwzględniając okoliczność, iż jak to przyznał sam Odwołujący, Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie kierował do Przystępującego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, Izba zobowiązała Zamawiającego do przeprowadzenia wobec Przystępującego tejże procedury. Kierując się przekonaniem o potrzebie wezwania NDI S.A. do uzupełnienia odpowiednich dokumentów lub oświadczeń, Izba uznała za przedwcześnie sformułowany zarzut zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego. Stąd też nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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 wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Zamawiającego poniesionymi przez niego kosztami wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....