

Sygn. akt: KIO 851/14

WYROK

z dnia 13 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2014 r. przez **wykonawcę SENER Sp. z o.o., ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 20, 01-232 Warszawa**

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu, tj. Tramwajom Warszawskim Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy SENER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z udziału w postępowaniu, jak również czynności Zamawiającego z dnia 28 kwietnia 2014 r. polegającej na zaproszeniu wykonawców do składania ofert oraz nakazuje Zamawiającemu powtórne dokonanie czynności badania i oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez wykonawcę SENER Sp. z o.o.;**
2. **kosztami postępowania obciąża Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 20, 01-232 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę SENER Sp. z o.o., ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Opracowanie dokumentacji budowy zajezdni tramwajowej Annopol w Warszawie wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego*”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 14 stycznia 2014 r. pod nr 2014/S 009-012178.

W postępowaniu tym wykonawca SENER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 28 kwietnia 2014 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Informacja o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę wniesionego odwołania została przekazana przez Zamawiającego Odwołującemu w dniu 17 kwietnia 2014 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał wykonawcom w dniu 30 kwietnia 2014 r. Do postępowania odwoławczego do upływu terminu wynikającego z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 9 maja 2014 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec wykluczenia Odwołującego z postępowania. Powyższej czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania pomimo niezastnienia ku temu przesłanek przewidzianych ww. przepisem.
- 2) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b oraz 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie wymogu posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia jak i zobowiązania do oddania do dyspozycji potencjału na potrzeby realizacji zamówienia pomimo, że dokumenty te został złożone Zamawiającemu wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, przy jednoczesnym zaniechaniu przez Zamawiającego zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy Pzp pomimo zaistnienia wątpliwości co do treści złożonych dokumentów.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Izbę odwołania i jego uwzględnienie,
2. unieważnienie czynności Zamawiającego - wykluczenia Odwołującego z postępowania,
3. unieważnienie czynności Zamawiającego - wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie wymogu posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, jak i zobowiązania do oddania do dyspozycji potencjału na potrzeby realizacji zamówienia,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności - ponownej oceny złożonego przez Odwołującego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem zarzutów odwołania,
5. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności - dopuszczenia Odwołującego do dalszego etapu niniejszego postępowania jako spełniającemu warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dniu 7 marca 2014 r. wezwał go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia m. in.:

1. Wykazu wykonanych usług o usługę wskazaną w sekcji III.2.3) A pkt 1 lit. a ogłoszenia o zamówieniu, tj. dokumentację projektową budowy lub przebudowy (modernizacji) budynków zajezdni (zajezdnia rozumiana jako zespół obiektów, w których dokonuje się przeglądów i drobnych napraw pojazdów szynowych, tj. tramwajów, wagonów metra, lub wagonów i lokomotyw kolejowych), o łącznej powierzchni budynków co najmniej 8 000,00 m², przy czym przebudowa powinna obejmować co najmniej zmiany w układzie konstrukcyjnym budynków zajezdni wraz z dokumentem potwierdzającym, że usługa została wykonana należyście.

2. Wykazu wykonanych usług o usługę wskazaną w sekcji III.2.3) A pkt 1 lit. c ogłoszenia o zamówieniu, tj. dokumentację projektową budowy lub przebudowy (modernizacji) torowiska tramwajowego z siecią trakcyjną, o długości co najmniej 500 metrów toru pojedynczego (mtp) wraz z dokumentem potwierdzającym, że usługa ta została wykonana należyście.
3. Dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi wskazanej w lp. 11 Wykazu wykonanych usług na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji III.2.3) A pkt 1 lit. d ogłoszenia o zamówieniu lub złożenia nowego Wykazu wykonanych usług uzupełnionego o usługę wskazaną w sekcji III.2.3) A pkt 1 lit. d ogłoszenia o zamówieniu, tj. dokumentację projektową budowy lub przebudowy (modernizacji) stacji trakcyjnej: tramwajowej, kolejowej lub metra, wraz z urządzeniami wraz z dokumentem potwierdzającym, że usługa ta została wykonana należyście.
4. Pisemnego zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia złożonego przez podmiot udostępniający zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. SENER Ingenieria y Sistemas S.A. zawierającego informację, jaki będzie zakres udziału podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Podkreślił, że w odpowiedzi na to wezwanie w dniu 18 marca 2014 r. złożył Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące złożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokumentów, co do których Zamawiający wskazał wątpliwości w ww. wezwaniu. Jednocześnie też Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków, w których dokonał wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania z uwagi na nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że wbrew stanowisku Zamawiającego zrealizowane usługi przedstawione w Wykazie wykonanych usług potwierdzają posiadanie przez Odwołującego wymaganej wiedzy i doświadczenia. Podkreślił, że zarzuty Zamawiającego odnoszą się do dwóch kwestii, tj.: rzekomego braku wykazania, iż wskazane usługi zostały zrealizowane należyście oraz uznania, że usługa, której realizacja nie została jeszcze zakończona nie może stanowić usługi należyście zrealizowanej i tym samym służyć jako potwierdzenie spełniania komentowanego wymogu. Według Odwołującego oba ww. stanowiska Zamawiającego są błędne. Podkreślił, że za usługę wykonaną należyście należy rozumieć każdą usługę, której realizacja została pomyślnie zakończona. Wbrew stanowisku Zamawiającego nie sposób twierdzić, że możliwym jest jednoczesne zrealizowanie danej usługi i jej nienależyte zrealizowanie. Odwołujący wskazał, że w istocie nie we wszystkich złożonych przez niego dokumentach mających potwierdzać należyłą realizację wskazanych usług wprost użyto słowa „należyście”, niemniej jednak każdy z tych dokumentów potwierdza finalną realizację

danej usługi bez żadnych zastrzeżeń ze strony zamawiającego, co według niego wskazuje, że usługi te zostały zrealizowane należycie. Podkreślił, że nie miał wpływu treść samych referencji wystawianych niejednokrotnie przez podmioty działające za granicą, gdzie nie przykłada się takiej uwagi do użycia określonych słów, jeżeli z treści dokumentu wynika potwierdzenie prawidłowej realizacji zamówienia. Tak też – jego zdaniem - powinien te dokumenty oceniać Zamawiający, tj. odnieść się do treści jaką zawierają, a nie negować ich znaczenie z uwagi na niezamieszczenie pożądaných sformułowań. Podkreślił też, że ani ustawa Pzp, ani akty wykonawcze do tej ustawy, nie definiują pojęcia „należytego wykonania” danej usługi, co oznacza, że użycie tego stwierdzenia nie stanowi samo w sobie dowodu na należyłą realizację danego zamówienia a istotnym w tym wypadku jest cała treść dokumentu. Jednocześnie też wskazał, że mając na uwadze całą treść danego dokumentu, brak użycia słowa „należyte” nie pozwala samo w sobie na uznanie, że nie mamy do czynienia z należyłą realizacją danego zamówienia. Na poparcie swojego stanowiska w tym względzie powołał się na orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 26 lipca 2011 r. sygn. akt: KIO 1476/11 i wyrok z dnia 10 czerwca 2010 r. sygn. akt: KIO 1056/10).

Odwołujący wskazał również, że przyjęcie przez Zamawiającego stanowiska, iż przedłożenie dokumentów (referencji) potwierdzających prawidłową realizację usług jeszcze nie zakończonych nie pozwala na stwierdzenie czy usługi te są realizowane należycie, jest błędne. Jego zdaniem fakt, że dany wykonawca prawidłowo realizuje dane zamówienie, nawet jeżeli jeszcze ta realizacja nie została zakończona, pozwala na przyjęcie założenia, że dana usługa jest realizowana należycie. Podkreślił, że w praktyce zamawiający niejednokrotnie dopuszczają wykazanie się przez wykonawców referencjami dot. zamówień jeszcze niezrealizowanych, a których realizacja wciąż trwa. W jego ocenie takie rozumienie tej kwestii przez Zamawiającego narusza zasadę wyrażoną w art. 7 ustawy Pzp, bowiem z góry eliminuje z postępowania wykonawców, którzy prawidłowo realizują swoje zamówienia, ale z uwagi na krótki okres działalności nie zdążyli ich jeszcze ukończyć.

Odnosząc się do drugiego z przedstawionych zarzutów, Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie miał podstaw do żądania uzupełnienia rzeczonych dokumentów bowiem dokumenty od początku znajdowały się we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wedle Odwołującego, Zamawiający w momencie powzięcia wątpliwości co do skuteczności wykazania się przez Odwołującego rzeczonymi dokumentami, powinien najpierw wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem tryb określony art. 26 ust. 3 ustawy Pzp znajduje zastosowanie w przypadku nie złożenia takich dokumentów w ogóle lub złożenia ich z błędami. Według niego nawet w niniejszym postępowaniu Zamawiający zdaje się traktować wezwanie z dnia 7 marca 2014 r. jako *de facto* wezwanie do złożenia wyjaśnień, bowiem w wyniku złożonych przez

Odwołującego w dniu 18 marca 2014 r. wyjaśnień dotyczących wskazanych dokumentów część z nich uwzględnił, czemu dał wyraz w uzasadnieniu podstaw wykluczenia zawartym w Informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków z dnia 17 kwietnia 2014 r., wycofując część zarzutów formułowanych w wezwaniu z dnia 7 marca 2014 r. Na poparcie swojego stanowiska powołał się na orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 9 listopada 2011 r. sygn.. akt: KIO 2324/11).

Odnosząc się do zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji zasobu w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. SENER Ingenieria y Sistemas S.A., Odwołujący wskazał, że ten dokument również od początku znajdował się w posiadaniu Zamawiającego i podobnie jak w przypadku dokumentów potwierdzających prawidłową realizację wykonanych usług (referencji), Zamawiający w sposób nieuprawniony skorzystał z trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pomimo, że *de facto* uznał część wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. Wskazał, że złożone przez niego zobowiązanie od początku spełniało wszelkie wymogi przewidziane w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, tj. określało zarówno: przedmiot zamówienia, zakres udostępnianego zasobu (tj. wiedzę i doświadczenie bez ograniczeń), okres, na jaki ten zasób został udostępniony, konkretny sposób jego wykorzystania (tj. poprzez konsultacje i doradztwo w procesie projektowania), charakter stosunku łączącego strony, jak i przewidywany, bezpośredni udział podmiotu udostępniającego ten potencjał w realizacji zamówienia (tj. bezpośredni udział w realizacji części zadań). Podkreślił, że kluczowym dla oceny zakresu zasobu, jakim będzie dysponował Odwołujący, jest zakres udostępnianego zasobu oraz konkretny sposób jego wykorzystania, gdzie podmiot udostępniający wskazał, iż oddaje do dyspozycji cały swój potencjał oraz wskazał, że realizacja tego udostępnienia będzie polegała na konsultacjach i doradztwie w całym procesie projektowania. Zamawiający tymczasem, wedle Odwołującego, pomija te kluczowe - zdaniem Odwołującego - elementy, skupiając się jedynie na elemencie, tj. kwestii bezpośredniego udziału podmiotu trzeciego w realizacji części zadania. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach z dnia 18 marca 2014 r. wskazał na model współpracy z podmiotem trzecim, który będzie polegał na stałym wsparciu merytorycznym ze strony SENER Ingenieria y Sistemas S.A., m. in. na stałych konsultacjach czy też umożliwieniu dostępu do swojego *know-how*, jak i oddelegowanie konkretnych pracowników do bezpośredniego udziału w realizacji przedmiotu zamówienia. To ten właśnie ostatni sposób realizacji, według Odwołującego, określono w ramach udziału podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia. Tymczasem Zamawiający odniósł zawartą tam informację do całości zobowiązania o oddaniu do dyspozycji rzeczzonego zasobu, co w ocenie Odwołującego doprowadziło Zamawiającego do błędnego wniosku, iż Odwołujący

nie będzie dysponował tym zasobem w pełnym zakresie przez cały okres realizacji przedmiotowego zamówienia.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o uwzględnienie odwołania. Dodatkowo jako dowód w sprawie złożył protokół odbioru prac dla projektu w Abu Dhabi z dnia 31 kwietnia 2012 r. oraz list przewodni z 23 maja 2012 r. wraz z fakturą z tytułu realizacji wskazanego przedsięwzięcia na potwierdzenie, że wskazane prace wykonano należycie. Podkreślił przy tym, że faktura możliwa jest do wystawienia dopiero po wystawieniu protokołu odbioru. Wskazał również, że w protokole odbioru prac także nie ma użycia wprost słów „należyte wykonanie”, ale nie świadczy to o tym, że usługa nie została należycie wykonana. Podniósł, że nawet bez wskazanego protokołu i faktury dokumentem wystarczającym na potwierdzenie należytego wykonania prac dla inwestycji w Abu Dhabi był dokument wystawiony przez Departament Transportu w Abu Dhabi załączony do jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 8 maja 2014 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania, wskazując na niezasadność zarzutów w nim podniesionych. Podkreślił, że z dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług powinno wynikać, czy usługa wskazana w Wykazie wykonanych usług została wykonana należycie, a złożone wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez Odwołującego zaświadczenia nie zawierają jakiegokolwiek informacji o należyтым wykonaniu usług – zaświadczenia te są jedynie ogólnym oświadczeniem o wykonanej pracy i nie zawierają jakiegokolwiek pozytywnej informacji o realizacji, zaś Odwołujący nie uzupełnił dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług na wezwanie Zamawiającego. Zamawiający powołał się w tym zakresie na orzecznictwo KIO (wyrok KIO 645/13 oraz KIO 2755/12). Zamawiający wskazał również, że w tym zakresie nie może opierać się jedynie na przypuszczeniach. Podniósł również, że powoływanie się przez Odwołującego na fakt, że dany wykonawca prawidłowo realizuje dane zamówienie jako należycie wykonane, nawet jeśli ta realizacja nie została jeszcze zakończona, jest błędne, bowiem według Zamawiającego powoływanie się przez Odwołującego ma wiedzę i doświadczenie, która zostanie nabyta w przyszłości nie jest skuteczne. Odnosząc się do kwestii związanej z dysponowaniem potencjałem podmiotu trzeciego przez Odwołującego, Zamawiający podkreślił, że złożone przez Odwołującego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zobowiązanie nie zawiera zakresu udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia. Według niego ogólne określenie zawarte w zobowiązaniu: „wsparcie i doradztwo w zakresie projektowania części zadań” jest nie wystarczające do

uznania, że stosunek Odwołującego z podmiotem trzecim gwarantuje rzeczywisty dostęp do jego zasobów. Zatem nie można uznać, że prawidłowe zobowiązanie podmiotu trzeciego znajdowało się w posiadaniu Zamawiającego od początku. Zamawiający podkreślił, że obowiązkiem Odwołującego, który powoływał się na potencjał podmiotu trzeciego, było przedstawienie Zamawiającemu takiego zobowiązania, bądź też innego dokumentu, z treści którego wynikałoby, że dysponuje zasobami podmiotu trzeciego w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz tego czy stosunek łączący Odwołującego z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do jego zasobów. Zamawiający powołał się w tym względzie na orzecznictwo KIO (KIO 2819/13, KIO 48/14). Wskazał też, że Odwołujący na jego wezwanie nie uzupełnił w tym zakresie dokumentów pochodzących od podmiotu udostępniającego swoje zasoby, ale od wykonawcy. W jego ocenie oświadczenie wykonawcy nie może zastąpić oświadczenia woli podmiotu trzeciego, tym samym za niewystarczające należało uznać wyjaśnienia wykonawcy, który przypisuje podmiotowi trzeciemu zobowiązanie się do świadczeń, które nie wynikają z dokumentu przedstawionego Zamawiającemu (powołał się tutaj na orzeczenia KIO 212/14 i 238/14).

Zamawiający jednocześnie potwierdził, że uznał część wyjaśnień Odwołującego dotycząca uznania studium wykonalności i koncepcji jako mieszczących się w zakresie pojęcia „dokumentacja projektowa”. Powyższe jednak nie miało wpływu na ocenę pozostałych dokumentów złożonych przez Odwołującego, gdyż Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym powyżej.

W toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania w całości. Zdaniem Izby Odwołujący nie dotrzymał terminu wynikającego z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp na złożenie odwołania w odniesieniu do zaskarżonej przez niego czynności wezwania go do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do uzupełnienia dokumentów w dniu 7 marca 2014 r., natomiast odwołanie do Izby dotyczące również tej czynności zostało wniesione w dniu 28 kwietnia 2014 r., zatem po upływie

terminu wynikającego z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Z tych też względów z przyczyn formalnych – stosownie do dyspozycji art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp - Izba nie mogła rozpoznać wskazanego zarzutu.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Zaskarżone przez Odwołującego czynności Zamawiającego wykluczenia go z postępowania, w sposób bezpośredni pozbawiały wskazanego wykonawcę możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Tym samym Odwołujący wykazał swój uszczerbek (szkodę) w interesie, co stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono uwzględnieniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i opublikował ogłoszenie o zamówieniu w dniu 14 stycznia 2014 r.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający w pkt III.2.3) określił warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do wiedzy i doświadczenia wymagane od wykonawców. I tak oczekiwał on, iż wykonawcy wykażą się, że wykonali w okresie 3 lat, przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej jedną:

- a) dokumentację projektową budowy lub przebudowy (modernizacji) budynków zajezdni (zajezdnia rozumiana jako zespół obiektów, w których dokonuje się przeglądów i drobnych napraw pojazdów szynowych, tj. tramwajów, wagonów metra, lub wagonów i lokomotyw kolejowych), o łącznej powierzchni budynków co najmniej 8 000,00 m², przy czym przebudowa powinna obejmować co najmniej zmiany w układzie konstrukcyjnym budynków zajezdni;
- b) dokumentację projektową budowy lub przebudowy (modernizacji) drogi co najmniej klasy D o długości co najmniej 5 km, wraz z co najmniej jednym skrzyżowaniem wyposażonym w sygnalizację świetlną;
- c) dokumentację projektową budowy lub przebudowy (modernizacji) torowiska tramwajowego z siecią trakcyjną, o długości co najmniej 500 metrów toru pojedynczego (mtp);
- d) dokumentację projektową budowy lub przebudowy (modernizacji) stacji trakcyjnej: tramwajowej, kolejowej lub metra, wraz z urządzeniami.

W tym samym punkcie ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający określił wymóg przedłożenia przez wykonawców na potwierdzenie spełniania wskazanych warunków udziału w postępowaniu wykazu wykonanych usług oraz dowodów na potwierdzenie należytego wykonania zamówień.

W pkt III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu w lit. G.1 Zamawiający określił swoje wymogi co do sytuacji, w której wykonawca przy spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku wiedzy i doświadczenia, będzie powoływał się na potencjał podmiotu trzeciego. Przywołując treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a także powołując się na regulację zawartą w § 1 ust. 6 rozporządzenia 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. z 2013 r. poz. 231) (dalej: „*rozporządzenie w sprawie dokumentów*”).

Zamawiający w pkt VI.3) ogłoszenia o zamówieniu w ppkt 3 wskazał przewidywaną liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert w liczbie 10 wykonawców, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu.

Do upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. do dnia 4 lutego 2014 r., do Zamawiającego wpłynęło 10 wniosków, w tym wniosek złożony przez Odwołującego.

We wniosku Odwołującego na str. 21-49 przedłożył on wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami na potwierdzenie ich realizacji. W wykazie wykonanych usług Odwołujący wykazał się 11 usługami, w tym – jak zgodnie strony oświadczyły podczas rozprawy – na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia:

- o którym mowa w pkt III.2.3) lit. a) ogłoszenia o zamówieniu, wykazał się usługami wskazanymi w pozycjach 1-4 wykazu usług,
- o którym mowa w pkt III.2.3) lit. c) ogłoszenia o zamówieniu, wykazał się usługami wskazanymi w pozycjach 7-10 wykazu usług,
- o którym mowa w pkt III.2.3) lit. d) ogłoszenia o zamówieniu, wykazał się usługą wskazaną poz. 11 wykazu usług.

Na str. 56 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołujący zamieścił zobowiązanie podmiotu trzeciego (SENER Ingenieria y Sistemas S.A. z siedzibą w Hiszpanii) do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia z dnia 4 lutego 2014 r.

W toku czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu Zamawiający pismem z dnia 7 marca 2014 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, wskazując w tym wezwaniu na konieczność uzupełnienia wykazu wykonanych usług oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt III.2.3) lit. a), c) i d) ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający wskazał, że co do:

- usługi wymienionej w poz. 1 wykazu nie wykazano należytego wykonania tej usługi;
- usługi wymienionej w poz. 2 wykazu wskazano usługę w toku jej realizacji i tym samym nie wykazano należytego wykonania tej usługi;
- usług wymienionych w poz. 3 i 4 wykazu nie wykazano należytego wykonania tej usługi, a ponadto wykazano, że wykonawca zrealizował projekt koncepcyjny, a nie dokumentację projektową;
- usług wymienionych w poz. 7-9 wykazu nie wykazano należytego wykonania tych usług, a ponadto wykazano, że wykonawca zrealizował projekt koncepcyjny, a nie dokumentację projektową;
- usługi wymienionej w poz. 10 wykazu wykazano, że wykonawca zrealizował studium wykonalności oraz studium alternatyw, a nie dokumentację projektową;
- usługi wymienionej w poz. 11 wykazu nie wykazano należytego wykonania tej usługi;

a ponadto wskazano, że dokumenty potwierdzające należyte wykonanie ww. usług przez podmiot trzeci powinny być poświadczane za zgodność z oryginałem przez podmiot trzeci.

Zamawiający podkreślił też, że pisemne zobowiązania podmiotu trzeciego (SENER Ingenieria y Sistemas S.A. z siedzibą w Hiszpanii), udostępniającego swoją wiedzę i doświadczenie Odwołującemu, nie wskazuje, jaki będzie zakres udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia; nie wskazano – według Zamawiającego – w jakim zakresie podmiot trzeci udzieli wsparcia i doradztwa Odwołującemu, a użyte tam sformułowanie: „w zakresie projektowania części zadań” jest zbyt ogólne a zatem nie umożliwia Zamawiającemu dokonanie oceny czy Odwołujący będzie faktycznie dysponował zasobem innego podmiotu w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący w piśmie z dnia 18 marca 2014 r. złożył Zamawiającemu we wskazanym zakresie wyjaśnienia, wskazując m.in., że Sener Sp. z o.o. (Odwołujący) jest podmiotem, którego 100% właścicielem jest firma SENER Ingenieria y Sistemas S.A. z siedzibą w Hiszpanii, co wynika z odpisu KRS. Podkreślono, że określona osoba uprawniona do reprezentacji podmiotu trzeciego umocowała Odwołującego na podstawie załączonego do

wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pełnomocnictwo do potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego. Odwołujący podkreślił też, że podmiot trzeci udostępni swoją wiedzę i doświadczenie poprzez pełny dostęp do baz danych inżynierskich, stałych konsultacji on-line lub poprzez wsparcie projektantów oddelegowanych czasowo do biura w Warszawie podczas realizacji przedmiotu umowy, zaś projektanci podmiotu trzeciego z poszczególnych branż koniecznych do prawidłowej realizacji umowy zapewnią stałe wsparcie zespołu projektowego w Warszawie. Wskazał, że taka forma współpracy była wielokrotnie prowadzona pomiędzy firmami przy innych projektach. Odwołujący wyjaśnił również, że nie ma wpływu na treść referencji wystawianych przez autonomicznego zamawiającego, gdyż wykonawca nie może nakazać lub zakazać zamawiającemu umieszczania odpowiedniej treści dokumentu. Podkreślił, że jakiegokolwiek negatywne zachowanie wykonawcy podczas realizacji zamówienia zostałyby wskazane, a skoro brak takich negatywnych informacji przyjmuje się, że umowa została wykonana należycie. Odwołujący wyjaśnił też, że Zamawiający w ramach opisu warunku udziału w postępowaniu w treści ogłoszenia o zamówieniu określił jedynie, iż wymaga „dokumentacji projektowej” a jednym z elementów tej dokumentacji jest projekt koncepcyjny. Wyjaśnił też, że elementem Studium wykonalności i studium alternatywnego jest także dokumentacja projektowa pozwalająca Zamawiającemu ocenić przydatność planowanych rozwiązań nie tylko w formie opisowej, ale tym bardziej w formie dokumentacji projektowej.

Zamawiający pismem z dnia 17 kwietnia 2014 r. poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazując że Odwołujący został wykluczony z udziału w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający wyjaśnił, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanych w pkt III.2.3) lit. a), c) i d) ogłoszenia o zamówieniu. I tak:

- co do warunku z lit. a) wskazano, że Odwołujący w tym zakresie wykazał prace wymienione poz. 1-4 wykazu usług a żadna z tych usług nie została potwierdzona należytych wykonaniem zamówienia, a ponadto usługa wykazana w poz. 2 pozostaje w trakcie realizacji (nie została jeszcze zrealizowana). W tym zakresie Zamawiający również podkreślił, że wiedza i doświadczenie zostały tutaj wykazane przy udziale potencjału udostępnianego przez podmiot trzeci a Odwołujący nie wykazał w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów zakresu udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia; nie uzupełnił on w tym względzie dokumentów pochodzących od podmiotu trzeciego a jedynie sformułował swoje własne wyjaśnienia w tym względzie.

- co do warunku z lit. c) wskazano, że Odwołujący w tym zakresie wykazał prace wymienione poz. 7-9 i 10 wykazu usług a żadna z tych usług wymienionych w poz. 7-9 nie została potwierdzona należyтым wykonaniem zamówienia, a ponadto co do usługi wymienionej w poz. 10 wykazu podniesiono te same wątpliwości co powyżej w kwestii korzystania także w tym zakresie z potencjału podmiotu trzeciego.
- co do warunku z lit. d) wskazano, że Odwołujący w tym zakresie wykazał prace wymienione poz. 11 wykazu usług a usługa ta nie została potwierdzona należyтым wykonaniem zamówienia. W tym zakresie podniesiono również te same wątpliwości co powyżej w kwestii korzystania także w tym zakresie z potencjału podmiotu trzeciego.

Wskazana czynność Zamawiającego stała się podstawą zarzutów podniesionych w odwołaniu aktualnie rozpoznawanym przez Izbę.

Jednocześnie też Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 28 kwietnia 2014 r. skierował do wykonawców zaproszenie do składania ofert, przekazując im postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, co następuje.

Odnosząc się do zarzutów związanych z niespełnieniem warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia Izba uznała, że zarzuty zasługują na uwzględnienie. Zdaniem Izby Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanych w pkt III.2.3) lit. a), c) i d) ogłoszenia o zamówieniu.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do kwestii rzekomego braku potwierdzenia w dokumentach przedłożonych przez Odwołującego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu należytego wykonania wykazywanych przez tego wykonawcę zamówień. Izba dokonała analizy przedłożonych przez Odwołującego dokumentów i stwierdziła, że ich treść potwierdza to, że określone usługi zostały wykonane przez wykonawcę prawidłowo. Faktycznie w dokumentach tych brak literalnego potwierdzenia, że: określone usługi zostały „wykonane należyście” (dokumenty te nie zawierają takiego określenia). Przy ocenie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia należy jednak wziąć pod uwagę całą treść dokumentu. Wystawcy tych dokumentów, podmioty, na rzecz których określone usługi były realizowane, potwierdzają ukończenie określonych prac, nie kwestionując w żaden sposób ani zakresu wykonanych prac, czasu ich realizacji, ani też sposobu wykonania określonych dokumentacji. Sformułowania, którymi

posługują się wystawcy dokumentów mają pozytywny wydźwięk dla wykonawcy zamówień (np.: „*przeprowadzono alternatywną analizę zgodną z rekomendacjami oraz procedurami stosowanymi przez Federalną Administrację Transportu USA*” – str. 38 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu). Tym samym zatem – w ocenie Izby – skoro w treści wskazanych dokumentów nie wprowadzono żadnych zastrzeżeń co do jakichkolwiek uchybień przez wykonawcę w trakcie realizacji zamówień, nie można wysunąć twierdzenia, że wykonawca w sposób nieprawidłowy wykonał wykazywane przez siebie zamówienia w wykazie usług.

Powyższe – zdaniem Izby – wynikało z treści samego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i załączonych do niego dokumentów i bez znaczenia w tym względzie pozostaje wezwanie do uzupełniania dokumentów, skierowane w tym względzie przez Zamawiającego do Odwołującego.

Izba przy ocenie wskazanych kwestii nie brała pod uwagę dokumentów przedłożonych przez Odwołującego w toku rozprawy, tj. protokołu odbioru prac dla projektu w Abu Dhabi z dnia 31 kwietnia 2012 r. wraz z fakturą, uznając, że dokumenty te jako złożone w toku postępowania odwoławczego, a nie w trakcie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podejmowanych przez Zamawiającego, nie mogą stanowić podstawy oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Niezależnie jednak od tych dokumentów, jak wskazano powyżej – dokumenty złożone wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez Odwołującego były wystarczające do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu co do należytego wykonania określonych prac. Dokumenty złożone przez Odwołującego na rozprawie co najwyżej dodatkowo mogą potwierdzać, że Odwołujący należycie wykonał wykazywane przez siebie usługi.

W drugiej kolejności Izba odniosła się do kwestii nieprawidłowego zobowiązania podmiotu trzeciego (SENER Ingenieria y Sistemas S.A. z siedzibą w Hiszpanii), który udostępnił Odwołującemu swoją wiedzę i doświadczenie co do usług wykazywanych w poz. 1, 2, 10 i 11 wykazu usług. W ocenie Izby wszystkie okoliczności w przedmiotowej sprawie wskazują, że Odwołujący w sposób prawidłowy i zgodny z obowiązującymi przepisami prawa (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów) powołuje się na potencjał podmiotu trzeciego. Powyższe – zdaniem Izby – wynikało z treści samego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i załączonych do niego dokumentów i bez znaczenia w tym względzie pozostaje wezwanie do uzupełnienia dokumentów, skierowane w tym względzie przez Zamawiającego do Odwołującego. Podkreślić należy, że złożone przez Odwołującego zobowiązanie podmiotu trzeciego zostało przygotowane specjalnie dla Odwołującego w związku z ubieganiem się przez niego

o przedmiotowe, konkretne zamówienie publiczne (wskazano nazwę tego postępowania). W swojej treści zobowiązanie to wskazuje wyraźnie elementy konieczne do wykazania przy powoływaniu się na potencjał podmiotu trzeciego przez wykonawcę dla spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, a wynikające z przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów, które mają wskazywać na rzeczywisty dostęp do zasobów podmiotu trzeciego w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Treść zobowiązania podmiotu trzeciego wskazuje bowiem na zakres udostępnianych wykonawcy zasobów innego podmiotu (wiedza i doświadczenie), okres, na jaki zostają one udostępnione (czas, w którym będzie wykonywane niniejsze zamówienie publiczne), sposób wykorzystania tych zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia (konsultacje i doradztwo w procesie projektowania), charakter stosunków, jaki będzie łączył podmiot trzeci z wykonawcą (umowa o współpracy) oraz zakres i okres udziału przy wykonywaniu zamówienia (wsparcie i doradztwo w zakresie projektowania części zadań i pełny okres realizacji umowy). Wszystkie wskazane powyżej elementy zobowiązania podmiotu trzeciego, uwzględniając również charakter przedmiotu zamówienia, wskazują, że Odwołujący w sposób realny będzie korzystał w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia z potencjału wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Przedmiotem zamówienia są bowiem usługi projektowania, przy realizacji których posłużenie się cudzym doświadczeniem w formie konsultacji i doradztwa w trakcie procesu projektowania jest obiektywnie i realnie możliwe. Jest to bowiem potencjał o charakterze intelektualnym, *know-how*, zdobyte przez dany podmiot przy realizacji zamówienia poprzez wykonywanie usług projektowych. Jeśli zatem to doświadczenie podmiotu trzeciego będzie przekazywane wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia poprzez poszerzenie zespołu projektantów wykonawcy o moce projektowe podmiotu trzeciego, będzie możliwe realne wykorzystanie uzyskanej przez podmiot trzeci wiedzy i doświadczenia w zakresie usług projektowych właśnie w czasie wykonywania takich usług dla Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W zobowiązaniu wskazuje się też wyraźnie, że podmiot trzeci będzie świadczył Odwołującemu tak doradztwo, jak i konkretne wsparcie przy projektowaniu części zadań objętych przedmiotem zamówienia.

Nie bez znaczenia w tym zakresie jest też charakter stosunków istniejących pomiędzy Odwołującym a podmiotem trzecim, co zostało także wskazane w treści wniosku, jak również dodatkowo wyjaśnione Zamawiającemu na skutek jego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Jak wynika z odpisu z KRS Odwołującego firma SENER Ingenieria y Sistemas S.A. z siedzibą w Hiszpanii jest jedynym udziałowcem Odwołującego (str. 8-9 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu). Mamy tu zatem do czynienia ze ścisłymi związkami o charakterze kapitałowym i gospodarczym istniejącymi pomiędzy tymi dwoma podmiotami. W zobowiązaniu podmiotu trzeciego także wprost wskazano, że w związku

z niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego pomiędzy tymi podmiotami zostanie zawarta umowa o współpracy. Dodatkowo w trakcie rozprawy przed Izba Odwołujący oświadczył, że samodzielnie, bez zgody swojej spółki matki nie może podjąć żadnych decyzji o ubieganiu się o dane zamówienie publiczne. Przy tego rodzaju stosunkach istniejących pomiędzy podmiotem trzecim a Odwołującym, który powołuje się na jego wiedzę i doświadczenie, jak też – jak wskazano powyżej - biorąc pod uwagę charakter niniejszego przedmiotu zamówienia, nie można kwestionować realności udostępnionego Odwołującemu potencjału przez podmiot trzeci. Z tych też względów Izba uznała, że niezasadnym było wykluczenie Odwołującego przez Zamawiającego z postępowania ze wskazanej przyczyny.

Izba stwierdziła, że tylko jeden z zarzutów odwołania nie potwierdził się. Nie potwierdził się mianowicie zarzut dotyczący wykazania przez Odwołującego - dla wypełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt III.2.3) lit. a) ogłoszenia o zamówieniu - usługi wymienionej w poz. 2 wykazu usług. Odwołujący posłużył się w tym zakresie usługą, która nie została jest zrealizowana. Podkreślić należy, że zgodnie z przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów (§ 1 ust. 1 pkt 3) na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający może żądać, a wykonawcy powinni przedstawić, wykaz wykonanych dostaw lub usług. Jedynie w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych ustawodawca dopuszcza wykazywanie się przez wykonawców usługami będącymi jeszcze w trakcie realizacji. W przedmiotowej sprawie nie mamy jednak do czynienia z takim charakterem usług (o charakterze ciągłym lub okresowym czy też poprawnie rzecz ujmując - stosownie do art. 34 ust. 1 ustawy Pzp – usługami lub dostawami powtarzającymi się okresowo). Zamawiający w opisie warunku wiedzy i doświadczenia oczekiwał zrealizowania konkretnych dokumentacji projektowych, a nie świadczenia usług projektowania w jakimś nieokreślonym czasie, czy w sposób ciągły.

Powyższe jednak pozostaje bez wpływu na ocenę spełniania przez Odwołującego przywołanego warunku udziału w postępowaniu. Dla jego wypełnienia wystarczyło bowiem zgodnie z opisem warunku – wykazanie się realizacją jednej usługi. Tymczasem Odwołujący w swoim wykazie na potwierdzenie jego spełniania wykazał cztery usługi, z których trzy pozostałe – jak ustaliła Izba – potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Z tych też względów Izba stwierdziła, iż potwierdziło się naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp w zakresie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp i uznając, że stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Zamawiającego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł.

Przewodniczący: