

**Sygn. akt: KIO 1790/14**

**KIO 1792/14**

**Wyrok**

**z dnia 11 września 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 11 września 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 29 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę **Thales Polska Sp. z o.o., ul. gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa**
- B. w dniu 29 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę **Zakłady Automatyki "KOMBUD" S.A., ul. Wrocławska 7, 26-600 Radom**

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o., Krakowskie Zakłady Automatyki S.A., ul. Modelarska 12, 40-142 Katowice** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 1790/14 i 1792/14 po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **Thales Polska Sp. z o.o., ul. gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 1792/14 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołania.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Thales Polska Sp. z o.o., ul. gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa** oraz wykonawcę **Zakłady Automatyki "KOMBUD" S.A., ul. Wrocławska 7, 26-600 Radom** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Thales Polska Sp. z o.o., ul. gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa** w kwocie 20.000 zł oraz wykonawcę **Zakłady Automatyki "KOMBUD" S.A., ul. Wrocławska 7, 26-600 Radom** w kwocie 20.000 zł tytułem wpisów od odwołania.

3. zasądza od wykonawcy **Thales Polska Sp. z o.o., ul. gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę 3 600 zł (słownie: tysiące sześćset złotych) oraz od wykonawcy **Zakłady Automatyki "KOMBUD" S.A., ul. Wrocławska 7, 26-600 Radom** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę 3 600 zł (słownie: tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., 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 **Warszawa – Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowaniu na :

„Projekt i zabudowa urządzeń sterowania ruchem kolejowym oraz urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych na odcinku linii kolejowej E 59 odcinek granica woj. dolnośląskiego - Czempień” w ramach unijnego instrumentu finansowego Connecting Europe Facility (CEF)  
„Prace na linii kolejowej E 59 na odcinku Wrocław - Poznań, Etap IV, odcinek granica województwa dolnośląskiego - Czempień”

### **Sygn. akt KIO 1790/14**

Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 oraz art. 7 Pzp polegające na zaniechaniu czynności odrzucenia niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako: SIWZ) oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. i Krakowskie Zakłady Automatyki SA (dalej łącznie zwani Konsorcjum „Rawicz-Czempień”)
2. art. 91 ust. 1 oraz art. 7 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie była najkorzystniejszą w Postępowaniu, albowiem podlegała ona odrzuceniu.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum „Rawicz-Czempień”;
2. odrzucenia oferty Konsorcjum „Rawicz- Czempień” jako niezgodnej z treścią SIWZ;
3. dokonania ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji rankingu ofert (przy przyjętych kryteriach oceny: całkowita cena brutto 70%, okres gwarancji 30%).

W konsekwencji dokonanej oceny ofert doszło do wyboru przez Zamawiającego oferty Konsorcjum „Rawicz-Czempień jako oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z informacją uzyskaną w trakcie otwarcia ofert w Postępowaniu złożono 3 oferty, z których Zamawiający odrzucił jedną z powodu wykluczenia wykonawcy. Ceny pozostałych

ofert (z uwzględnieniem podatku VAT) wynosiły: 282.222.270,00 PLN (oferta Konsorcjum „Rawicz-Czempiń”) i 285.975.000,00 PLN (oferta Odwołującego).

Zgodnie z klauzulą 20.8 Instrukcji dla Wykonawców (Tom I SIWZ) kryteriami oceny były: cena całkowita brutto 70% oraz okres gwarancji 30%.

Zamawiający, pismem z 19 sierpnia 2014 r. poinformował o dokonanej wyborze oferty najkorzystniejszej.

Za ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez Konsorcjum „Rawicz-Czempiń”. Punktacja ofert przedstawiała się następująco:

1/ Oferta Konsorcjum w składzie Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. i Krakowskie Zakłady Automatyki S.A.: 100,00 pkt, w tym cena: 70 pkt, gwarancja 30,00 pkt,

2. Oferta Thales Polska sp. z o.o.: 99,08 pkt, w tym cena: 69,08 pkt, gwarancja: 30,00 pkt.

Powyższe wskazuje, iż oferenci otrzymali tę samą ilość punktów w kryterium „okres gwarancji” a różnica dotyczyła jedynie kryterium „cena”.

Konsorcjum „Rawicz-Czempiń” do złożonej przez siebie oferty dołączyło załącznik do załącznika nr 2 do IDW: „Lista urządzeń i materiałów płatnych po dostarczeniu na plac budowy zgodnie z subklauzulą 14.5 warunków ogólnych i szczególnych Umowy” (dalej jako: lista urządzeń).

Dowód: kopia zał. do Załącznika nr 2 (str. 14-16 oferty Konsorcjum „Rawicz-Czempiń”

Lista urządzeń została dołączona, mimo że Zamawiający nie przewidywał jej dołączenia w SIWZ, co w ocenie Odwołującego stanowi nieuprawnioną modyfikację SIWZ przez Wykonawcę (Konsorcjum „Rawicz-Czempiń”).

W postanowieniach SIWZ przewidziano co prawda załącznik nr 2 (wedle wzoru nadanego przez Zamawiającego), nie znalazła się tam jednak żadna wzmianka o załączniku do załącznika nr 2 czy jakiegokolwiek liście urządzeń. Konsorcjum „Rawicz-Czempiń” dołączyło zatem samowolnie do swojej oferty załącznik nieprzewidziany przez Zamawiającego, który nie stanowi jedynie „zbędnego” dokumentu, ale ma określone skutki faktyczne i prawne co zostanie szerzej wyjaśnione poniżej.

Zgodnie natomiast z treścią SIWZ, tj. pkt. 12.6 IDW Zamawiający zakazał wprowadzania zmian czy „dopisków” w dokumentach składających się na treść oferty.

Treść przywołanego postanowienia SIWZ:

12.6. Zamawiający nie dopuszcza dokonywania w treści załączonych do niniejszej SIWZ dokumentów jakichkolwiek zmian (skrótów, opuszczeń, skreśleń, poprawek lub dopisków) za wyjątkiem miejsc wykropkowanych, przeznaczonych do wypełnienia lub specjalnie oznaczonych, np. przypisem.

Dołączenie zatem przez Konsorcjum „Rawicz-Czempiń” załącznika (listy urządzeń) do Załącznika nr 2 (nadanego przez Zamawiającego) stanowi modyfikację dokumentów, co było

wprost zakazane w SIWZ. To winno skutkować zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp i odrzuceniem oferty tego wykonawcy.

Odwołujący wskazał na sposób konstruowania kontraktu opartego o wzór tzw. FIDIC, czyli warunki kontraktu przeznaczone do stosowania przez zamawiających.

Zazwyczaj Umowa tworzona w oparciu o regulacje FIDIC składa się z kilku podstawowych części (dokumentów):

1. Aktu umowy
2. Szczególnych warunków umowy (postanowienia nadane przez zamawiającego) - zwane dalej „SWU”
3. Ogólnych warunków kontraktu (wzór FIDIC) - zwane dalej „OWU”
4. Załącznika do oferty (wzór FIDIC modyfikowany przez zamawiającego) - zwany dalej „Załącznik do oferty”

W Postępowaniu taki model umowy został przyjęty przez Zamawiającego. Załącznik do oferty został oznaczony jako „Załącznik nr 2” jako jeden z dokumentów określonych w SIWZ.

Poszczególne klauzule zarówno OWU jak i SWU posiadają tzw. warunkową zasadę zastosowania. Mianowicie w określonych klauzulach np. 14.5 (która będzie miała znaczenie w dalszej części odwołania), czy 13.8 sama treść OWU/SWU wskazuje, że dana klauzula znajduje zastosowanie tylko wówczas, gdy odpowiednie wiersze Załącznika do oferty są przez zamawiającego przewidziane i następnie wypełnione, a zatem przewidują zastosowanie określonej regulacji umownej.

Zamawiający poprzez wprowadzenie określonych odniesień do klauzul OWU lub SWU decyduje o ich zastosowaniu w Postępowaniu albo o ich wyłączeniu. To z kolei przekłada się na określone warunki, w jakich oferenci zobowiązani są kształtować własne oferty, w tym przede wszystkim cenę.

W Postępowaniu, zgodnie z treścią klauzuli 14.5 Umowy (SWU) jeżeli listy, o których mowa w poniższym podpunkcie b(i) (tj. listy odnośnie urządzeń i materiałów płatnych po dostarczeniu na plac budowy) nie są zawarte w Załączniku do Oferty, niniejsza klauzula nie ma zastosowania.

Treść klauzuli przedstawia się następująco:

#### **SubKLAUZULA 14.5 URZĄDZENIA I MATERIAŁY PRZEZNACZONE DLA ROBÓT**

Usuwa się SubKLAUZULĘ 14.5 i zastępuje się następującą treścią:

Przejęciowe Świadczenia Płatności będą zawierać, według podpunktu (e) SubKLAUZULI 14.3 [Występowanie o Przejęciowe Świadczenie Płatności] kwoty za Urządzenia i Materiały, które zostały przez Wykonawcę zakupione i dostarczone na Plac Budowy do wbudowania w Roboty Stałe.

Jeżeli listy, o których mowa w poniższym podpunkcie b(i) nie są zawarte w Załączniku do Oferty, to niniejsza Subklauzula nie ma zastosowania.

Inżynier określi i poświadczy odpowiednie kwoty, jeśli spełnione są następujące warunki:

(a) Wykonawca:

(i) prowadził zadowalające zapisy (włączając zamówienia, potwierdzenia odbioru, faktury, Koszty oraz użycie Urządzeń i Materiałów), które dostępne są do inspekcji, oraz

(ii) przedłożył rozliczenie Kosztu pozyskania i dostarczenia Urządzeń i Materiałów na Plac Budowy, potwierdzone zadowalającymi dowodami;

oraz

(b) Odnośnie Urządzenia i Materiały

(i) są umieszczone na liście w Załączniku do Oferty, jako płatne po dostarczeniu na Plac Budowy, oraz

(ii) są niezbędne do należytego wykonania Robót przez Wykonawcę, oraz

(iii) zostały dostarczone na Plac Budowy i są na nim właściwie przechowywane, są zabezpieczone przed stratą, szkodą lub obniżeniem jakości i są zgodne z Kontraktem, a Wykonawca przedstawi dowody potwierdzające, że jest właścicielem przedmiotowych Materiałów i Urządzeń.

a) Na żądanie Zamawiającego Wykonawca przedstawi odpowiednie uzgodnienia, decyzje, oznakowanie czy inne dokumenty potwierdzające dopuszczenie do eksploatacji lub możliwość wprowadzenia do obrotu danych Urządzeń lub Materiałów zgodnie z przepisami.

Powyższe oznacza tyle, że skoro Zamawiający nie przewidział w SIWZ stosownego załącznika - listy powołanej w tym postanowieniu, to płatności za urządzenia i materiały zakupione przez Wykonawcę nie będą dokonywane (nie mogą być dokonywane), a zatem nie można oferować i kalkulować ceny zamówienia z uwzględnieniem takich płatności. Niedopuszczalne jest także składanie oferty warunkującej cenę od takich płatności.

Gdyby natomiast Zamawiający w Postępowaniu przewidział stosowanie płatności za materiały i urządzenia dostarczone na Plac Budowy, wówczas w Załączniku nr 2, pomiędzy wierszem „Limit Kwot Zatrzymanych” (klauzula 14.3 (c)) a wierszem „Minimalna kwota Przejściowego Świadczenia Płatności” (klauzula 14.6):

Limit Kwot Zatrzymanych (ma zastosowanie w przypadku tworzenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy zgodnie z art. 150 ust 3-6 Ustawy Pzp 14.3 (c) 70% zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Minimalna kwota Przejściowego Świadczenia Płatności ,14.6 , 200 000 PLN (Należy przyjąć, że płatności będą następowały nie częściej niż 2 razy w miesiącu}

pozostałby z wzoru FIDIC wiersz lub wiersze:

Jeśli stosuje się klauzula 14.5 Urządzenia i Materiały płatne po wysyłce na Teren Budowy

.... 14.5(b) Urządzenia i Materiały płatne po dostawie na Teren Budowy 14.5(c) [wykaz]

z oznaczeniem czy Zamawiający podał wspomniane tam wykazy materiałów i urządzeń czy też pozostawia się to w gestii oferentów.

Konsorcjum „Rawicz-Czempiń” do złożonej przez siebie oferty samowolnie i wbrew postanowieniom SIWZ dołączyło załącznik do Załącznika nr 2 do IDW: „Lista urządzeń i materiałów płatnych po dostarczeniu na plac budowy zgodnie z subklauzulą 14.5 warunków ogólnych i szczególnych Umowy>\ Konsorcjum „Rawicz-Czempiń” przedstawiając listę urządzeń i materiałów płatnych po dostarczeniu na plac budowy oświadczyło, że dla zastosowania przedłożonej oferty cenowej konieczne jest uwzględnienie płatności za materiały i urządzenia dostarczone na plac budowy - zgodnie z listą urządzeń - załącznikiem. Takie swoiste uwarunkowanie oferty jest niezgodne z SIWZ i przepisami PZP.

Wykonawca mógłby załączyć wykaz materiałów i urządzeń tylko wtedy, gdyby Zamawiający w Załączniku do oferty przewidział taką możliwość, np. poprzez dołożenie do wzoru Załącznika do Oferty pozycji jak zobrazowane niżej (które znajdują się w pierwotnym Załączniku opracowanym w ramach OWU przez FIDIC):

Jeśli stosuje się klauzula 14.5 Urządzenia i Materiały płatne po wysyłce na Teren Budowy  
..... 14.5(b)

Urządzenia i Materiały płatne po dostawie na Teren Budowy ..... 14.5(c) {wykaz}

Zamawiający, usuwając z oryginalnego wzoru załącznika do oferty pozycje dotyczące klauzuli 14.5, przesądził jednoznacznie, iż nie będzie ona miała zastosowania. Wykonawcy zatem biorący udział w Postępowaniu nie mogli ani kalkulować tych wcześniejszych płatności dla obliczenia ceny ofertowej, ani też nie będą mogli domagać się tego rodzaju płatności na etapie realizacji zamówienia. Przepisy prawa zamówień publicznych nie przewidują także innej drogi zmiany/modyfikacji SIWZ jak określona w art. 38 Pzp.

Konsorcjum „Rawicz-Czempiń” złożyło w Postępowaniu ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Dlatego Zamawiający zobowiązany był dokonać odrzucenia tej oferty.

W ocenie Odwołującego osiągnięcie przez Konsorcjum „Rawicz-Czempiń” pozycji nr 1 w rankingu cenowym jest rezultatem zaoferowania ceny niższej, która uwzględnia wcześniejsze płatności za dostarczone materiały i urządzenia wg listy urządzeń. Zatem brak odrzucenia oferty Konsorcjum „Rawicz-Czempiń” spowodował naruszenie zasad uczciwej konkurencji wobec wykonawców, którzy w kalkulacjach cenowych zastosowali się do wymagań SIWZ i nie uwzględniali korzyści z wcześniejszych istotnych płatności za materiały i urządzenia dostarczone na Plac Budowy.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że w tomie III SIWZ (PFU Sekcja 2, Opis wymagań Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia - pkt. 2.2 ppkt. 7), pkt. 5.2.2.1, pkt. 5.2.3.1, pkt. 5.2.4.1, pkt. 5.2.5.1), a także w tomie II SIWZ (klauzula 7) określone zostały zasady i procedury związane ze sporządzaniem przez Wykonawcę i zatwierdzaniem przez odpowiednie podmioty materiałów i urządzeń przeznaczonych do zastosowania w zamówieniu. Powstaje zatem istotna wątpliwość co do tego jak traktować listę urządzeń dołączoną przez Konsorcjum „Rawicz-Czempiń” oraz wybór oferty z dołączoną listą. Czy poprzez wybór oferty niejako nie doszło do zatwierdzenia wskazanych w liście (z podaniem typu) określonych urządzeń i czy zatem na etapie realizacji Zamawiający będzie mógł skutecznie wymagać przeprowadzenia procedur określonych w przywołanych powyżej postanowieniach SIWZ. Powyższe, choć pobocznie, także stanowi zagrożenie dla zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników procedur zamówieniowych. Dlatego też samowolne modyfikacje dokumentów (w tym poszerzanie załączników) muszą skutkować wyeliminowaniem oferty jako niezgodnej z SIWZ.

Reasumując Odwołujący podnosi, działanie Zamawiającego doprowadziło do wyboru oferty niezgodnej z SIWZ, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu pzp i SIWZ.

Dzięki dołączeniu dodatkowego - sprzecznego z SIWZ załącznika Konsorcjum „Rawicz-Czempiń” mogło zaoferować niższą cenę, dzięki czemu uzyskało w przetargu przewagę w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równości wykonawców.

Załączono wzór Załącznika do oferty zgodnie z OWU FIDIC; kopię Załącznika nr 2 z dokumentów SIWZ oraz kopię zał. do Załącznika nr 2 (str. 14-16 oferty Konsorcjum „Rawicz- Czempiń”).

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że odwołujący wybiórczo przedstawia zapisy siwz próbując dowodzić, że brak umieszczenia przez zamawiającego wzoru załącznika dotyczącego listy urządzeń i materiałów płatnych po dostarczeniu na plac budowy zgodnie z subklauzulą 14.5 warunków ogólnych i szczególnych umowy stanowi o braku możliwości samoistnego dołączenia takiego dokumentu przez wykonawcę. Stwierdził, że punkt 14.5 warunków został wprowadzony nie przez przypadek, a intencjonalnie, o czym świadczy fakt wprowadzenia nowej treści tej subklauzuli. W tej treści wskazano, że Inżynier określi i poświadczy odpowiednie kwoty jako płatne w Przejściowym Świadectwie Płatności jeśli Urządzenia i Materiały będą umieszczone na liście w Załączniku do oferty, natomiast jeśli listy te nie będą zawarte w Załączniku do oferty to cała Subklauzula nie będzie miała zastosowania. Zatem wykonawcy mieli możliwość albo wyspecyfikowania urządzeń i materiałów i zastosowania płatności za nie w Przejściowym Świadectwie Płatności albo braku załączenia ww Listy i otrzymania płatności za te elementy w Ostatecznym Świadectwie



Płatności. Powołany w odwołaniu pkt 12.6 Tomu I siwz, w którym nie dopuszcza się dokonywania w treści załączonych do siwz dokumentów jakichkolwiek zmian (skrótów, opuszczeń, skreśleń, poprawek lub dopisków) za wyjątkiem miejsc wykropkowanych, przeznaczonych do wypełnienia/.../ dotyczy tylko dokumentów załączonych w formie wzorów do siwz, a bezspornie Lista takim dokumentem nie jest, a ponadto odnosi się do formy, a nie treści składanych oświadczeń. Również zał. Nr 2 nie zabrania takiej czynności, bowiem nie odnosił się do subklauzulą 14.5.

Zamawiający nie widzi także zagrożenia ograniczenia możliwości zastosowania procedur związanych ze sporządzaniem przez wykonawcę i zatwierdzaniem materiałów i urządzeń przeznaczonych do zastosowania w niniejszym zamówieniu. Lista urządzeń i materiałów załączona do oferty ma jedynie na celu ich ewentualne rozliczenie na etapie realizacji zamówienia w ramach przejściowych świadectw płatności. Zamawiający nie ocenia poprawności czy zgodności wymienionych urządzeń z treścią siwz w toku oceny ofert, tym bardziej że przedmiot zamówienia to także wykonanie projektu, z którego dopiero będą wynikać określony cechy maszyn i urządzeń. Zamawiający wskazał na procedurę zatwierdzania niezbędnych materiałów i urządzeń. Brak takiego zatwierdzenia uniemożliwi zastosowanie materiałów i urządzeń z listy i zapłatę za nie.

Zauważył także, że z istoty rzeczy Lista nie musi być kompletna, a płatność za ostatecznie dostarczone elementy zostanie dokonana w ostatecznym świadectwie ,płatności.

Zauważył także, że przedmiotowe urządzenia z listy nie są kwestionowane w odwołaniu jako zbędne, lecz jako wpływające na ustalenie ceny niższej dającej przewagę konkurencyjną. Wskazał, że odwołujący mógł zastosować taki sam mechanizm jak kwestionowany.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. i Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. składający ofertę jako Konsorcjum „Rawicz- Czempień” wniósł o oddalenie odwołania. Zauważył, że gdyby subklauzulą 14.5 w ogólne nie miała zastosowania, to dołączenie dokumentu odnoszącego się do takiej subklauzuli byłoby całkowicie obojętne dla treści oferty i nie wywoływałoby żadnych skutków faktycznych i prawnych.

W toku rozprawy uczestnicy podtrzymali stanowiska.

Odwołujący Thales Polska zanegował stanowisko Zamawiającego, co do rozumienia obowiązującej subklauzuli 14.5. zawartej w piśmie w odpowiedzi na odwołanie. Wskazał na wymagane w specyfikacji wzory dokumentów do złożenia wraz z ofertą, wśród których brak

jest załącznika dotyczącego listy urządzeń. Zauważył, że pkt.12.6 IDW nie odnosi się wyłącznie do wzorów dokumentów lecz do całości dokumentacji ofertowej. Przypomniała, że wybrany wykonawca złożył załącznik do załącznika nr 2 do IDW, który nie był wzorem ujętym w SIWZ. Ze specyfikacji nie wynikało również, iż można załączać do załącznika dodatkowe dokumenty. Stwierdził, iż biorąc pod uwagę sposób kalkulacji ceny, a także koszty uzyskania kredytu na zakup urządzeń i biorąc pod uwagę reguły ewentualnej płatności urządzeń dostarczonych wcześniej, które mają istotny wpływ na obliczenie ceny mógłby w warunkach porównywalnych zaoferować cenę niższą od ceny Przystępującego (Konsorcjum Rawicz-Czempiń). Stwierdził, iż subklauzula 14.5 jest elementem umowy, a nie instrukcją dla wykonawców, co do sposobu sporządzenia oferty. Wywodzenie z treści wzoru umowy możliwości złożenia, jak w przedmiotowej sprawie listy urządzeń nie wynika z treści specyfikacji. Wskazane przez Zamawiającego subklauzule nie wymienione w załączniku nie są podobne rodzajowe do klauzuli 14.5 tj. nie są stosowane warunkowo, gdyż nie ma w nich informacji, iż się nie stosuje, gdy nie jest wymieniona w załączniku do oferty, stąd zrozumiałe jest iż nadal mają zastosowanie.

Zamawiający wskazał na treść klauzuli 14.5 i stwierdził, iż wynika z niej możliwość złożenia list urządzeń i materiałów, a z takiej możliwości jeden z wykonawców skorzystał. Wskazał, iż pkt.12.6 IDW dotyczy dokumentów załączonych do specyfikacji. Zauważył, że przy ocenie ofert istotna jest zawartość merytoryczna oferty. Stwierdził, iż załącznika nr 2 nie wynika, że nie uznaje się klauzuli 14.5, która nie jest w nim wymieniona. Jest szereg innych postanowień w szczegółowych warunkach umowy, które również nie są w załączniku nr 2 wymienione np. 5.1, 6.5, 14.1, 14.4. Przypomniał, że klauzula 14.5 po modyfikacji ma zastosowanie, zawiera postanowienia o liście urządzeń w załączniku do oferty. Stwierdza iż brak jest dowodu na wpływ sporządzenia takiej listy lub jej brak na cenę oferty.

Przystępujący Konsorcjum Bombardier podzielił stanowisko Zamawiającego oraz własne, zawarte w złożonym piśmie. Stwierdził, iż z uwagi na dobrą kondycję finansową nie musi korzystać z kredytów prowadzonej działalności. Podniósł brak dowodu ze strony Odwołującego, co do możliwości skalkulowania ceny na deklarowanym niższym poziomie.

## Sygn. akt KIO 1792/14

Odwołujący: ZAKŁADY AUTOMATYKI KOMBUD S.A. z siedzibą w Radomiu zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. Art. 24 ust.2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty, a w konsekwencji:
2. Art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty,
2. dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z udziałem oferty Odwołującego.

Odwołujący złożył ofertę, która po otwarciu prezentowała najkorzystniejszy bilans i miała cenę blisko 19,5 mln zł niższą od oferty wybranej.

W dniu 19 sierpnia 2014 r. Zamawiający doręczył pismo informujące o odrzuceniu oferty Odwołującego w związku z jego wykluczeniem. Zamawiający uznał, że:

Wykonawca nie wykazał, spełniania warunku udziału w postępowaniu z uwagi na:

- 1) brak realnego przeniesienia zasobów podmiotu trzeciego - fermy KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A, udostępniającego swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia Wykonawcy,
- 2) brak możliwości uznania braku udziału podmiotu trzeciego w realizacji (części) zamówienia na podstawie dokumentów i wyjaśnień Wykonawcy i w/w podmiotu trzeciego dotyczących zakresu i form współpracy przy wykonywaniu zamówienia, a w konsekwencji brak możliwości uznania braku obowiązku złożenia dokumentów podmiotowych podmiotu trzeciego udostępniającego swoją wiedzę i doświadczenie (punkt 9.1.3 litera c IDW).

Jako podstawy prawne tych czynności wskazał art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący stoi na stanowisku, że wykazał spełnienie warunków udziału, w tym między innymi opierając się na treści art. 26 ust. 2b, tj. polegając na innym podmiocie - KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą w Lublinie, który oddał do dyspozycji KZA KOMBUD S.A. - Odwołującego swoją wiedzę i doświadczenie.

Forma oddanego doświadczenia została przedstawiona w ofercie jako konsultacje, doradztwo jest dopuszczalna i właściwa.

Odwołujący pragnie wykazać, że w świetle doktryny i orzecznictwa (KIO i sądów powszechnych) udostępnienie wiedzy i doświadczenia nie musi skutkować koniecznością bezpośredniego udziału (m. in. w formie podwykonawstwa) w realizacji zamówienia.

Z zapisów ustawy Pzp i rozporządzenia w sprawie dokumentów nie wynika obowiązek aby podmiot udostępniający potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia musiał bezpośrednio uczestniczyć w realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał na wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej KIO:

1541/10 Izba stwierdza, że ewentualne podwykonawstwo nie jest warunkiem sine qua non spełnienia przesłanki dysponowania zasobami określonymi w art. 26 ust. 2b ustawy. Ustawodawca we wskazanym przepisie nie dokonał zróżnicowania na zasoby, które mogą być wykazywane w ramach spełniania warunków podmiotowych przez podmioty trzecie z koniecznością występowania w toku realizacji zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy oraz na zasoby, których wykorzystanie nie wiąże się z wymogiem podwykonawstwa.

KIO 356/11 Niemniej jednak należy uznać, że udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, zwłaszcza zasobów nierozzerwalnie związanych z podmiotem udostępniającym (a do takich należy wiedza i doświadczenie), musi łączyć się z określonym zaangażowaniem podmiotu udostępniającego w realizację umowy. Co do zasady zaangażowanie to może przybrać różnorakie formy, w tym również przekazania know-how, konsultacje, doradztwo, co nie jest tożsame z udziałem w realizacji zamówienia sensu stricto.

KIO 1201/13 Art. 26 ust. 2b wskazuje jedynie ogólnie i przykładowo na pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO dowodem na dysponowanie niezbędnymi zasobami może być każdy dokument, z którego wynika jednoznaczne, wiążące zobowiązanie się podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobu na czas realizacji zamówienia. Zwrócić też należy uwagę, że ustawodawca użył sformułowania „będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji”, przez co dał wyraz temu, że do faktycznego udostępnienia dojdzie dopiero na etapie realizacji zamówienia. Oznacza to także, że na etapie składania ofert wystarczającym jest złożenie samego pisemnego zobowiązania podmiotu do oddania do dyspozycji zasobów i brak jest konieczności podawania konkretnych warunków porozumienia.

KIO 2182/13 Pzp, ani też przepisy przywołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów nie wskazują na bezwzględny obowiązek podwykonawstwa podmiotu trzeciego w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, czy choćby jego części, również w sytuacji udostępniania zasobu wiedzy i doświadczenia w celu wykazania realności udostępnienia

tego potencjału. Niewątpliwie ta forma wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia w sposób najbardziej pełny wskazuje na faktyczne użycie potencjału podmiotu trzeciego, nie może być ona jednak traktowana jako bezwzględnie obowiązująca. W każdym przypadku bowiem należy dokonać oceny, czy dla realności wykorzystania udostępnianego przez podmiot trzeci potencjału, konieczny jest faktyczny udział podmiotu w realizacji części czy też całości zamówienia czy wystarczająca będzie inna forma wykorzystania danego potencjału przy realizacji przedmiotu zamówienia. Nie można wykluczyć w tym względzie, że udostępnienie i faktyczne wykorzystanie potencjału wiedzy i doświadczenia będzie odbywało się również poprzez np. różnego rodzaju konsultacje, czy doradztwo w trakcie realizacji przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego świadczone przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy.

KIO 2998/13 Ustawa Pzp nie precyzuje w sposób szczegółowy wymogów dotyczących dokumentów, za pomocą których wykonawca ma udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego. Co więcej, nie narzuca również konkretnego rodzaju dokumentu, wskazując niejako przykładowo, że może to być pisemne zobowiązanie tego podmiotu do oddania niezbędnych zasobów. Zważyć przy tym należy, że również w przypadku owego zobowiązania ustawa Pzp wymaga jedynie, by miało ono charakter pisemny i aby wynikało z niego, i podmiot trzeci udostępni do dyspozycji niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia

KIO 564/14 Za bezzasadny Izba uznała zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z uwagi na nie wykazanie spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Izba stwierdziła, że ani przepisy ustawy Pzp, ani też przepisy 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. poz. 231) nie wskazują na bezwzględny obowiązek podwykonawstwa podmiotu trzeciego w sytuacji udostępniania zasobu wiedzy i doświadczenia w celu wykazania realności udostępnienia tego potencjału. Bez wątpienia, wykorzystanie potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia w formie podwykonawstwa w sposób najbardziej pełny wskazuje na realne użycie potencjału podmiotu trzeciego, nie może być ona jednak traktowana jako bezwzględnie obowiązująca. Oceny, czy dla realności wykorzystania udostępnianego przez podmiot trzeci potencjału konieczny jest faktyczny udział podmiotu w realizacji części czy też całości zamówienia, czy wystarczająca będzie inna forma wykorzystania danego potencjału przy realizacji przedmiotu zamówienia, należy dokonać indywidualnie w przypadku każdego postępowania.

A także: KIO 1245/10, KIO 1452/10, KIO 1453/10 , KIO 1454/10, KIO 1671/10, KIO 2790/10. Oraz wyroki Sądów Okręgowych wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt V Ca 243/13

Nie budzi wątpliwości, że wykonawcę i podmiot trzeci może łączyć stosunek o dowolnym charakterze prawnym, a zatem może to być także taki stosunek, z którego nie wynika dla podmiotu udostępniającego obowiązek udziału w realizacji zamówienia.. Związek tego podmiotu z postępowaniem jest jedynie taki, że godzi się on na wykorzystanie swoich zdolności przez wykonawcę w celu przedstawienia ich do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podstawą do udostępnienia potencjału jest stosunek prawny pomiędzy wykonawcą a tym podmiotem, przy czym ustawa nie stawia żadnych ograniczeń czy wymogów wobec tego stosunku. Podmiot taki może więc być podwykonawcą wykonawcy, mogą wiązać go stosunki korporacyjne (np. spółka matka udostępnia swój potencjał finansowy spółce córce) lub umowy cywilnoprawne (np. najmu sprzętu). Wykonawca może więc wykazać w procedurze oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, że dysponuje lub będzie dysponował zasobami innego podmiotu w zakresie m.in.: potencjału technicznego czy osób zdolnych do wykonania zamówienia - w zespole wykonawcy znajdują się osoby, które udostępnia mu inny podmiot (vide wyrok SO w Warszawie z dnia 7 lutego 2011r V Ca 3036/10.)

Istotne znaczenie ma zatem fakt, iż podmiot udostępniający swój potencjał w postępowaniu nie jest wykonawcą w rozumieniu przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Słusznie wskazała więc KIO, że przepis art. 24 ust 1 pkt 1 p.z.p. nie dotyczy podmiotów trzecich, które nie będą uczestniczyć w realizacji zamówienia i ma zastosowanie jedynie do wykonawców.  
wyrok SO w Gdańsku sygn. akt XII Ga 315/11

Powyższa tezę potwierdzają również uznani komentatorzy. 1 J. Pieróg Prawo zamówień publicznych Komentarz 12. wydanie. Wyd. C.H. Beck Warszawa 2013 (teza 10 str. 152).

W wielu wyrokach Izba podkreśla, że doświadczenie podmiotu trzeciego na etapie wykonania zamówienia może być udostępniane w formie doradztwa czy konsultacji.

Niezależnie od powyższego taką możliwość dopuścił sam Zamawiający w zapisach IDW (punkt 9.1.3 litera b i c):

b) jeżeli Wykonawca będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, zobowiązany jest przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu Zamówienia, a ponadto zobowiązany jest przedłożyć dokumenty dotyczące:

- zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,
- zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Pisemne zobowiązanie powinno być złożone wraz z dokumentem, z którego wynikać będzie umocowanie osoby/osób podpisującej/yh przedmiotowe zobowiązanie

c) jeżeli Wykonawca będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części Zamówienia. Zamawiający żąda przedstawienia dokumentów dotyczących tych podmiotów wymienionych w punkcie 9.1.1 litera b) IDW oraz w punkcie 9.1.2 litera a) + e) IDW.

Brak konieczności uczestniczenia podmiotu udostępniającego swoje zasoby w realizacji przedmiotu zamówienia potwierdza również zapis wyżej zacytowanej lit. c, który ma tryb warunkowy, a zatem sam Zamawiający dopuścił brak bezpośredniego udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia. Wykładnia literalna powyżej zacytowanej lit. c wskazuje jednoznacznie, iż Zamawiający nie wiąże konieczności udziału podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotowego zamówienia z udostępnieniem przez ten podmiot swoich zasobów wykonawcy w ramach postępowania.

Dla dopuszczalności zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zdaniem Odwołującego, nie jest konieczne aby podmiot udostępniający swojego doświadczenia na zasadach określonych tym przepisem uczestniczył w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Z dyspozycji normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie nie wynika, że podmiot trzeci będzie miał obowiązek w takiej sytuacji osobiście wykonywać całość czy określoną część zamówienia jako podwykonawca.

Ponadto, odwołujący stoi na stanowisku, że oddanie do dyspozycji przez podmiot trzeci zasobów dotyczących doświadczenia oczywiście może łączyć się z koniecznością uczestniczenia tego podmiotu w realizacji zamówienia, jednak wyłącznie jeśli stan faktyczny sprawy na to wskazuje. Czynności Zamawiającego podjęte w ramach przedmiotowego postępowania nie mają związku ze stanem faktycznym. Każdy stan faktyczny podlegać powinien indywidualnej ocenie. W strukturach organizacyjnych Odwołującego jak i KZA zasadniczym i kluczowym nośnikiem wiedzy i doświadczenia jest kadra. Całkowity udział w zdobyciu doświadczenia i pozycji rynkowej ww. podmiotów mieli i nadal mają właśnie ich pracownicy i współpracownicy, ponieważ to właśnie oni mają kontakt z klientami, Zamawiającymi, przekazują informacje, kształtując tym samym zarówno wizerunek jak doprowadzając do rozwoju firm. Podstawą funkcjonowania Odwołującego i KZA jest odpowiedni personel, a pracownicy to najistotniejsze dobro, to odpowiednia kadra wypracowała doświadczenie, wiedzę i bez nich załączone do oferty referencje byłyby dla Odwołującego bezużyteczne. Zdaniem Odwołującego wiedzę i nabyte w drodze empirycznej doświadczenie można przekazać i udostępnić w drodze porozumienia na zasadzie swobodnego przepływu dokumentacji opisującej procesy technologiczne, którą również stworzyli pracownicy, przepływu osób. Brak danych technologicznych uniemożliwia

zazwyczaj realizację określonych czynności właściwie każdemu podmiotowi. Zdaniem Odwołującego zarówno wiedza jak i doświadczenie nie są elementami ściśle związanymi z podmiotem KZA, zgodnie z treścią funkcjonującego porozumienia pomiędzy Odwołującym i KZA. Przecież choćby w trakcie standardowego procesu edukacyjnego w formie szkoleń czy wykładów dochodzi do przyswojenia wiedzy i doświadczenia.

W przedmiotowej sprawie w całości nietrafne jest stanowisko Zamawiającego wyrażone w zawiadomieniu o wykluczeniu Wykonawcy, w tym m.in. że w każdym przypadku udostępnienie wiedzy i doświadczenia wymaga udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego nie każdy sposób udostępniania zasobu wiedzy i doświadczenia w tym np. przekazanie know-how, konsultacje, doradztwo, jest udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Przede wszystkim przekazanie wiedzy czy to jako know-how czy też zastrzeżonej technologii absolutnie nie jest równoznaczne z udziałem KZA w realizacji przedmiotowego zamówienia. Udostępnianie wiedzy i doświadczenia Odwołującego i KZA następuje już od dłuższego czasu i jest zupełnie nie związane z faktem udziału Odwołującego w tym konkretnym postępowaniu. Zasób wiedzy i doświadczenia w relacji Odwołujący - KZA jest przenoszony od dłuższego czasu poprzez szkolenia kadry, udostępnianie dokumentacji technicznej, udzielania licencji itp. W tej konkretnej sytuacji fakt, że podmiot udostępniający zasób nie uczestniczy w wykonaniu zamówienia nie zagraża w żaden sposób bezpieczeństwu umowy, a z drugiej strony daje możliwość rzeczywistego korzystania z zasobu bez jednoczesnej konieczności udziału w realizacji zamówienia. Odwołujący udział w realizacji zamówienia rozumie jako realizację części świadczenia Wykonawcy wynikającego z treści umowy o zamówienia publiczne. Odmienne rozumienie tego pojęcia prowadziłoby do uznania, że np. wykładowca trener już przez sam fakt prowadzenia szkolenia realizuje zamówienie publiczne, które wykonuje pracownik Odwołującego. Przekazanie wiedzy przecież następuje zazwyczaj na podstawie stosunku cywilnoprawnego np. umowy o świadczenie usług ale nie oznacza jednocześnie że każdy stosunek cywilnoprawny będzie zobowiązywał podmiot trzeci do udziału w realizacji umowy o zamówienie publiczne.

Odwołujący posiłkuje się wiedzą i doświadczeniem KZA już od dłuższego czasu a zgodnie z treścią zobowiązania KZA udostępnienie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia z całą pewnością nastąpi w czasie wykonywania przedmiotowego zamówienia. Zamawiający w treści siwz posłużył się pojęciem „ oddanie zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”. Zdaniem Odwołującego nie chodzi o oddanie określonych zasobów wprost do fizycznej realizacji zamówienia a jedynie o możliwość korzystania z nich zwłaszcza w kontekście, że kadra Odwołującego już od dłuższego czasu wdraża wiedzę i nabyte doświadczenie od KZA. Mając na uwadze wyżej przywołane okoliczności Odwołujący



nie przedłożył dokumentów wskazanych przez Zamawiającego przede wszystkim z uwagi na fakt, iż KZA mimo udostępnienia wiedzy i doświadczenia nie będzie uczestniczyła w wykonaniu przedmiotowego zamówienia, gdzie mając na uwadze zapisy siwz (tj. pkt 9.1.3. lit. c), tj. przedłożenie dokumentów wyłącznie w sytuacji gdy podmiot udostępniający swoją wiedzę i doświadczenie będzie brał udział w realizacji części zamówienia. Oznacza to, że Zamawiający nie oczekiwał złożenia dokumentów w każdej sytuacji, gdy Wykonawca korzysta z zasobów podmiotu trzeciego, ale wyłącznie w sytuacji gdy korzystanie to wiąże się z uczestnictwem w realizacji zamówienia. W przedmiotowej sprawie nietrafne jest stanowisko, że w każdym przypadku udostępnienie wiedzy i doświadczenia wymaga udziału w realizacji zamówienia. Oczywiście Odwołujący mógł dołączyć dokumenty wyszczególnione a pkt 9.1.3lit. c siwz jak również wpisać podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie na listę podwykonawców, ale wtedy zaczęłby tworzyć fikcję która nie miałaby pokrycia w rzeczywistości a służyłaby jedynie pokryciu stanowiska Zamawiającego, który jak podnosi oparł je na opinii Prezesa UZP, nie wziął tylko pod uwagę że zarówno orzeczenia czy opinie powinny być rozpatrywane indywidualnie. Każdy stan faktyczny podlegać powinien indywidualnej ocenie a co się z tym wiąże niekoniecznie musi być zgodny z innymi zapadłymi orzeczeniami czy opiniami wydanymi na podstawie innego obrazu stanu faktycznego.

Reasumując udostępnienie potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia nie musi wiązać się z obowiązkiem bezpośredniego udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia.

Odnosząc się do wskazanych na wstępie 2 elementów zarzutów Zamawiającego Odwołujący wskazuje:

Ad. 1 Całkowicie nieuzasadniona jest teza o rzekomym braku realności przekazania Odwołującemu zasobów podmioty trzeciego.

Po pierwsze, Zamawiający w żaden sposób tezy tej nie udowodnił.

Po drugie, Odwołujący w ofercie przedłożył oświadczenie KZA PAiT S.A. o bezwarunkowym udostępnieniu potencjału. Określona w nim została też forma i zakres, jako źródło tego udostępnienia wskazano umowę o współpracy.

Po trzecie, stała umowa o współpracy obu podmiotów jest «prostą konsekwencją faktu, iż te podmioty są ze sobą powiązane oraz należą do tej samej grupy kapitałowej, na co Odwołujący wyraźnie wskazał w ofercie (oświadczenie i lista grupy). Przedsiębiorstwa są ze sobą powiązane m.in. za pośrednictwem osoby fizycznej, posiadającej większość akcji w obu przedsiębiorstwach, a przez to mającej prawo wyznaczyć lub odwołać większość członków organu administracyjnego, zarządzającego lub nadzorczego w obu podmiotach.

Zatem realność udostępnienia przedmiotowego potencjału w przypadku Odwołującego jest większa niż w przypadku dwóch podmiotów nie powiązanych.

Ad. 2

Mając na uwadze wykazaną wyżej dopuszczalność udziału pośredniego w realizacji zamówienia poprzez konsultacje i doradztwo oraz jednoznaczne oświadczenie Odwołującego, że podmiot udostępniający nie będzie brał bezpośredniego udziału w realizacji zamówienia (podwykonawstwo) wymaganie przez Zamawiającego przedłożenia dodatkowych dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego jest bezpodstawne i bezprzedmiotowe.

Zamawiający, który wykluczył odwołującego z postępowania decyzją swoją uzasadnił, jak niżej.

W pkt 8.3.1 c Tomu I siwz określono wymagania w zakresie wykonania w okresie pięciu lat przed upływem składania ofert zamówienia lub zamówień obejmujących swoim zakresem budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) co najmniej 1 systemu komputerowych urządzeń samoczynnej blokady liniowej na co najmniej 2 szlakach, łączna liczba odstępów na wszystkich szlakach nie może być mniejsza niż 7 – wykonaną w ramach jednego zamówienia.

W ocenie zamawiającego wykonawca nie wykazał spełnienia powyższego warunku z uwagi na:

1/ brak realnego przeniesienia zasobów podmiotu trzeciego – firmy KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A., udostępniającego swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy,

2/ brak możliwości uznania braku udziału podmiotu trzeciego w realizacji (części) zamówienia na podstawie dokumentów i wyjaśnień wykonawcy i w/w podmiotu trzeciego dotyczących zakresu i form współpracy przy wykonywaniu zamówienia, a w konsekwencji brak możliwości uznania braku obowiązku złożenia dokumentów podmiotowych podmiotu trzeciego udostępniającego swoją wiedzę i doświadczenia (pkt 9.1.3. c IDW).

Uzasadniając to stanowisko zamawiający wskazał:

Ad 1/

Celem postawienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia jest zbadanie potencjału wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Poprzez pozytywną ocenę wykonania (części) podobnego zamówienia zwiększają się bowiem szanse na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia objętego nowym postępowaniem. W przypadku robót budowlanych badanie potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia obejmuje pośrednio nie tylko badanie dysponowania przez wykonawcę odpowiednimi ludźmi zdolnymi do wykonania zamówienia

(bez nich zamówienie nie byłoby wykonane lub byłoby wykonane nienależycie), ale także możliwością przeprowadzenia całego procesu organizacyjno-technicznego, który powinien zakończyć się prawidłowym ukończeniem robót wykonanych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. O ile osoba fizyczna może posiadać kompetencje i wiedzę na temat realizacji zamówienia, to z istoty rzeczy doświadczenie w realizacji takiego procesu zawsze będzie należało do wykonawcy danego zamówienia, a nie osoby lub osób, które brały udział w realizacji takiego zamówienia. Osoba fizyczna nie może zatem przenieść na podmiot trzeci doświadczenia, którego sama nie posiada.

Wykonawca w treści swoich wyjaśnień de facto utożsamia rodzajowo warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia z warunkiem dotyczącym osób zdolnych do wykonania zamówienia, co nie zasługuje na aprobatę.

Ad 2/

Konstrukcja przyjęta przez wykonawcę zakłada udział w realizacji (części) zamówienia osoby udostępnianej przez podmiot trzeci przy założeniu braku udziału w realizacji podmiotu udostępniającego tę osobę. Takie założenie jest błędne. Z uwagi na niejasności w treści zobowiązania należy rozpatrzyć dwa przypadki:

- A. Dokonywanie czynności nadzoru, doradztwa, konsultacji i kontroli przez wykonawcę poprzez udostępnianie osoby o określonej wiedzy, doświadczeniu i kwalifikacjach.

W takim przypadku w treści zobowiązania wprost ujęto czynności, które będą dokonywane przez udostępnioną osobę w trakcie realizacji zamówienia:

- uczestnictwo przy budowie co najmniej 1 systemu komputerowych urządzeń samoczynnej blokady liniowej na co najmniej 2 szlakach o łącznej liczbie odstępów niemniejszych niż 7;
- uczestnictwo w uruchomieniu w/w systemu;
- wskazywanie prawidłowości podczas prowadzonych robót budowlanych.

Powyższy zakres czynności wskazuje na udział wyłącznie osoby (pracownika podmiotu udostępniającego) w realizacji części zamówienia. W tak przyjętej konstrukcji brak jest możliwości oddzielenia czynności osoby udostępnianej od czynności (roli) podmiotu trzeciego – podmiot ten dokonuje czynności poprzez udostępnianą osobę.

- B. Dokonywanie czynności nadzoru, doradztwa, konsultacji i kontroli przez udostępnianą osobę o określonej wiedzy, doświadczeniu i kwalifikacjach przy biernej roli podmiotu trzeciego.

Taka konstrukcja ma charakter fikcyjny i podyktowana jest wyłącznie chęcią spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W istocie bowiem udział (w jakiegokolwiek formie) podmiotu trzeciego nie jest tutaj potrzebny, a sama osoba fizyczna nie jest w stanie spełnić postawionego warunku wiedzy i doświadczenia.

„W konsekwencji obowiązkiem wykonawcy (pkt 9.1.3 c IDW) było przedłożenie dokumentów podmiotowych dla podmiotu trzeciego, czego mimo wezwania, Wykonawca nie uczynił. W związku z powyższym wykonawca został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp, gdyż nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.”

W złożonym piśmie procesowym zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Podzielił stanowisko, że podmiot trzeci udostępniający zasoby w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie musi być w toku realizacji zamówienia podwykonawcą, a możliwe są inne formy współpracy takie jak doradztwo, konsultacje, udostępnianie know-how, jednakże udostępnienie musi być realne, a ocena realności przeniesienia zasobów w takich formach uzależniona jest od okoliczności konkretnego przypadku. Ponowił ocenę dokonaną informacji o wyniku postępowania

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. i Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. składający ofertę jako Konsorcjum „Rawicz- Czempiń” wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że wybór jego oferty jako najkorzystniejszej jest zgodny z przepisami ustawy pzp i dokumentacją przetargową opracowaną przez zamawiającego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – Thales Polska sp. z o.o. wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że jego oferta została zakwalifikowana przez zamawiającego na drugim miejscu. Przystępujący złożył odwołanie własne na zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. i Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. składających ofertę jako Konsorcjum „Rawicz- Czempiń”. Wykonanie czynności przez zamawiającego zgodnie z żądaniami tego odwołania doprowadziłoby do uznania oferty przystępującego za najkorzystniejszą i pozwoliłoby przystępującemu uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący " zauważył, że Zamawiający w postanowieniach specyfikacji wprowadził postanowienia analogiczne do zawartych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, z których wynika możliwość brania udziału w realizacji części zamówienia przez podmioty trzecie lub nie brania takiego udziału.

Przypomniał, iż podmioty są w jednej grupie kapitałowej. Wskazał na błędna interpretację specyfikacji dokonaną przez Przystępującego. Wskazał na treść własnych wyjaśnień z 16 czerwca złożonych Zamawiającemu pt. „zobowiązanie”, z którego wynika sposób i zakres udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci na rzecz Odwołującego.

Zamawiający nie kwestionując współpracy w ramach grupy kapitałowej stwierdził, że nie zmienia to dokonanej oceny tego wykonawcy. Zauważył, iż podmiot trzeci udostępnić ma jedną osobę, co znacząco różni się od wiedzy i doświadczenia całego pomiotu gospodarczego, na które składa się potencjał, w tym osobowy tego przedsiębiorcy. Nie doszło do realnego przeniesienia wiedzy i doświadczenia na rzecz wykonawcy. Zauważył, że ze zobowiązania wynika przekazanie wiedzy i doświadczenia na czas do zakończenia innego kontaktu przez wykonawcę, co potwierdza, że wiedza i doświadczenia nabywana jest przez przedsiębiorcę jako całość, a nie pojedynczą osobę.

Przystępujący Konsorcjum Bombardier przyłączył się do stanowiska Zamawiającego. Wskazał na treść pkt.9.1.3 b i c specyfikacji, z której wywodzi, iż Zamawiający wyklucza udostępnianie potencjału podmiotu trzeciego, które nie będą brały udział w realizacji zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wzięciu pod uwagę stanowisk stron i uczestników wyrażonych na piśmie oraz do protokołu, treści siwz, treści oferty wybranej jako najkorzystniejsza oraz treści oferty odrzuconej złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania wraz z wyjaśnieniami udzielonymi za wezwanie zamawiającego skierowane do tego wykonawcy zważyła, co następuje.

Sygn. akt KIO 1790/14

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Analiza treści siwz, w skład której wchodzi także warunki szczególne oraz ogólne umowy (oparte na wzorach FIDIC), wskazuje, że treść subklauzulą 14.5 pod dokonanej modyfikacji przez zamawiającego zawiera postanowienia wskazujące na załącznik dotyczący listy urządzeń i materiałów płatnych po dostarczeniu na plac budowy. W tej treści wskazano, że Inżynier określi i poświadczy odpowiednie kwoty jako płatne w Przejściowym Świadectwie Płatności jeśli Urządzenia i Materiały będą umieszczone na liście w Załączniku do oferty, natomiast jeśli listy te nie będą zawarte w Załączniku do oferty to cała Subklauzula nie będzie miała zastosowania. Zatem wykonawcy mieli

możliwość albo wyspecyfikowania urządzeń i materiałów i zastosowania płatności za nie w Przejściowym Świadectwie Płatności albo braku załączenia ww Listy i otrzymania płatności za te elementy w Ostatecznym Świadectwie Płatności. Natomiast powołany w odwołaniu pkt 12.6 Tomu I siwz, w którym nie dopuszcza się dokonywania w treści załączonych do siwz dokumentów jakichkolwiek zmian dotyczy, jak to wprost stwierdzono, tylko dokumentów załączonych w formie wzorów do siwz, a bezspornie Lista takim dokumentem nie jest.

Powyższe oznacza, że oferta przystępującego zawierająca załącznik (nie wynikający z wzorów siwz), o którym mowa w Subklauzuli 14.5, jest ofertą zgodną co do treści z treścią siwz. Tym samym zamawiający nie miał podstaw do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Sygn.. akt KIO 1792/14

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak wynika z treści uzasadnienia decyzji zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu odwołującego z postępowania, wykluczenie nastąpiło na podstawie art. 24 ust. 2 pk4 ustawy pzp wobec nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jak wskazał zamawiający obowiązkiem wykonawcy było przedłożenie dokumentów podmiotowych podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia – firmy KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. Jak wynika z dokumentacji ofertowej udostępnienie polegać ma na udziale w realizacji zamówienia osoby udostępnianej przez podmiot trzeci przy braku udostępnienia potencjału w/w firmy. Zamawiający niejako wariantowo rozważał ewentualne sposoby udostępnienia wiedzy i doświadczenia i przewidywany udział w realizacji przedmiotu zamówienia przez podmiot trzeci, w ostateczności jednak, jak wynika z treści żądania złożenia dokumentów i decyzji o wykluczeniu z postępowania, przyjął, że w/w spółka ma wziąć udział w realizacji zamówienia, co skutkuje wymogiem złożenia dokumentów podmiotowych określonych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów/.../ i stosownych postanowieniach siwz. Wobec braku tych dokumentów zasadnie uznał, iż zaszła przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pk4 ustawy pzp

W świetle powyższego Izba uznała, że zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniach przepisów ustawy pzp w toku prowadzonego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie rozporządzeniem 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).

**Przewodniczący:** .....