

WYROK

z dnia 13 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Robert Skrzyszewski**

Członkowie: **Małgorzata Stręciwilk**

Marek Szafraniec

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **GETINSA INGENIERIA S.L., 28 028 Madryt, Hiszpania, C/ Ramon de Aguinaga 8** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03 – 737 Warszawa, ul. Targowa 74**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum :EGIS Poland Sp. z o.o., ECM Group Polska S.A., SAFEGA S.A., ZBM - Inwestor Zastępczy S.A., TPF Sp. z o.o., Firma Menadżersko - Konsultingowa KOLMEN Sp. z o.o., 02 – 670 Warszawa, ul. Puławska 182** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o., Trakcja SA, 03 – 729 Warszawa, ul. Targowa 69** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne Sp. z o.o., KV Consultores de Ingeniera, Projektos Y Obras SL, 00 – 672 Warszawa, ul. Piękna 43/11** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania z dnia 17 kwietnia 2013r. w trybie art. 26 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych **GETINSA INGENIERIA S.L.** do złożenia oświadczeń i dokumentów;

2. kosztami postępowania obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03 – 737 Warszawa, ul. Targowa 74** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GETINSA INGENIERIA S.L., 28 028 Madryt, Hiszpania, C/ Ramon de Aguinaga 8** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03 – 737 Warszawa, ul. Targowa 74** na rzecz wykonawcę **GETINSA INGENIERIA S.L., 28 028 Madryt, Hiszpania, C/ Ramon de Aguinaga 8** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe SA., Centrum Realizacji Inwestycji, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługę zarządzania i nadzór nad modernizacją linii kolejowej E75 w ramach projektu POIiŚ 7.1-22.1 „Modernizacja linii kolejowej E75 Rail Baltica Warszawa - Białystok - granica z Litwą, etap I, odcinek Warszawa Rembertów - Zielonka — Tłuszcz (Sadowne)”.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 sierpnia 2012 r. pod numerem 2012/S 164 – 272754.

Odwołujący: Getinsa Ingeniería S.L., Ramon de Aguinaga 8,28028 Madrid, Hiszpania, adres do korespondencji: Ramon de Aguinaga 8,28028 Madrid, Hiszpania pismem z dnia 5 kwietnia 2013 roku otrzymał od Zamawiającego wezwanie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W odpowiedzi z dnia 8 kwietnia 2013 r. Odwołujący wyjaśnił, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, wskazując jednocześnie, iż „żaden przepis ustawy Pzp ani też SIWZ stworzonego przez Zamawiającego nie zakazuje, aby w dwóch składanych równolegle wnioskach wykonawcy wskazywali taki sam czy podobny skład zespołu osób na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych udziału w postępowaniu”.

Następnie pismem z dnia 17 kwietnia 2013 roku (będącym przedmiotem niniejszego odwołania) Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do „złożenia oświadczeń i dokumentów dotyczących złożonej oferty”.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego polegającą na wezwaniu Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń i dokumentów, a z ostrożności procesowej – nie zgadzając się także niezgodnym z prawem zaniechaniem czynności, do której Zamawiający był zobowiązany, tj. wystosowaniu wezwania, o którym mowa w pkt 1 do wszystkich wykonawców, Odwołujący w dniu 26 kwietnia 2013 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez wezwanie Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń i dokumentów, pomimo iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu,

2. naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez nie wskazanie w wezwaniu Odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów, jakie błędy zdaniem Zamawiającego zawierają oświadczenia i dokumenty złożone uprzednio przez Odwołującego, naruszenie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp - poprzez uznanie przez Zamawiającego, iż złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie są wystarczające,

3. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności zaś podejmowania w trakcie oceny ofert czynności niezapewniających zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszenie innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia.

W związku z powyższym Odwołujący wnoszą o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów;

2. nakazanie Zamawiającemu prowadzenia postępowania, w szczególności zaś dokonania oceny ofert, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

3. z ostrożności procesowej - nakazanie Zamawiającemu wystosowania wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów do wszystkich wykonawców;

4. W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy Pzp) zażądał od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie z wskazanymi powyżej żądaniami odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że w piśmie z dnia 17 kwietnia 2013 r. ten nie wskazał wprost - jakie dokumenty i oświadczenia mają być uzupełnione w wyniku wykonania wezwania, ale nieprecyzyjnie i w sposób niejasny odwołał się do „następującego zagadnienia” i w tym zakresie wezwał do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący uznał, iż wezwanie do uzupełnień jest niejasne i nieprecyzyjne i z tego powodu w dniu 19 kwietnia 2013 roku złożył Zamawiającemu w odpowiedzi pismo, w którym wskazywał, iż „Zamawiający w żaden sposób nie wskazał wprost i wyraźnie, jakiego warunku udziału w postępowaniu nie spełnia Wykonawca Getinsa. Tym samym wezwanie do złożenia oświadczeń i dokumentów jest nieprawidłowe, a Wykonawca Getinsa właściwie nie jest w stanie należycie go zrealizować - a co jedynie może się domyślać, jakiego warunku udziału w postępowaniu nie spełnia według Zamawiającego”.

Zdaniem Odwołującego przedmiotowe wezwanie wystosowane zostało przez Zamawiającego bez podstawy prawnej i faktycznej i wezwał Zamawiającego do unieważnienia czynności wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów.

W odpowiedzi Zamawiający pismem z dnia 19 kwietnia 2013 roku poinformował Odwołującego, iż „w całości podtrzymuje stanowisko Zamawiającego”, przy czym jednocześnie przedłużył termin złożenia uzupełnienia z dnia 22 kwietnia 2013 r. na dzień 24 kwietnia 2013 r.

Wobec powyższego - Odwołujący uznał za konieczne złożenie odwołania.

Zwrócił także uwagę, że w dniu 24 kwietnia 2013 roku - działając z daleko posuniętej ostrożności procesowej, w tym w świetle brzmienia przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp - złożył uzupełnienie oferty w zakresie Wykazu osób.

Pomimo jednak złożenia przedmiotowego uzupełnienia Odwołujący wciąż stoi na stanowisku - wyrażonym w piśmie z dnia 19 kwietnia 2013 roku, iż wezwanie Zamawiającego pozbawione jest podstaw prawnych, a ponadto - obarczone jest wadą nieprecyzyjności i brak w nim wskazania, jakie dokładnie dokumenty mają zostać uzupełnione.

Zdaniem Odwołującego zarówno wezwanie do wyjaśnień, jak i wezwanie do uzupełnienia (a zwłaszcza to ostatnie - wobec skutków związanych z nieuzupełnieniem dokumentów), musi być precyzyjne oraz w sposób wyraźny i jednoznaczny wskazywać, jakiego warunku udziału w postępowaniu dany wykonawca nie spełnia i z jakich przyczyn.

W przypadku wezwania będącego przedmiotem odwołania Odwołujący stwierdził Getinsa, że nie poznał „jednoznacznego stanowiska” Zamawiającego, co do oceny jego oferty.

Zarzucił Zamawiającemu, że ten w piśmie z dnia 19 kwietnia 2013 roku - ograniczył się do stwierdzeń ogólnych, typu: „Wykonawca pismem z dnia 8 kwietnia 2013 r. przedstawił wyjaśnienia do zaistniałej sytuacji. Przedmiotowe wyjaśnienia nie wyczerpują oczekiwań Zamawiającego, co do kwestii spełnienia przez Państwa udziału w postępowaniu w przedmiocie posiadanego personelu do realizacji przedmiotu zamówienia, szczególnie w kontekście stanowiska zawartego w jednym z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej podjętym w lutym 2013 r.”

W ocenie Odwołującego „oczekiwania” Zamawiającego oraz ich ewentualne niespełnianie w żadnym przypadku nie mogą zostać uznane za podstawę decyzji o niespełnianiu warunków udziału oraz wezwania do uzupełnienia dokumentów w ofercie. Taką podstawą może być jedynie istnienie błędów w oświadczeniach czy dokumentach znajdujących się w ofercie Getinsa - bo zgodnie z przepisem art. 26 ust 3 ustawy Pzp, zaistnienie takich błędów może stanowić podstawę zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zauważył, że czym innym jednak jest zaistnienie błędów w dokumentach, a czym innym „nie wyczerpywanie oczekiwań Zamawiającego”, zwłaszcza, gdy te oczekiwania zaistniały w kontekście wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, a nie - w kontekście brzmienia przepisów ustawy.

Zwrócić także uwagę na fakt, iż Zamawiający nie wskazał, o jakie orzeczenie chodzi, tak jakby chciał ukryć przed Odwołującym jakieś stanowisko KIO w celu uniemożliwienia mu zapoznania się ze szczegółowym stanowiskiem Izby wyrażonym w takim wyroku.

Podkreślił, że to na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn podjętych czynności, które rzutują na uprawnienia wykonawcy, wynikające z faktu złożenia oferty. Wykonawca nie ma obowiązku domyślać się, jakie to ustalenia legły u podstaw wnioskowania, że wyjaśnienia były niewystarczające.

Pomocniczo powołał się na brzmienie przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, który zobowiązuje Zamawiającego do podawania uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o

odrzuconiu ofert czy wykluczeniu wykonawców.

Oświadczył, że zapoznając się z „zatajonym” przez Zamawiającego „wyrokiem KIO z lutego 2013 r.” domyślił się, iż według Zamawiającego niedopuszczalne jest, aby w dwóch toczących się równolegle postępowaniach część specjalistów składających się na zasoby wskazane w Wykazach osób w tych postępowaniach pokrywały się.

Argumentował, iż zaistnienie takiego faktu w żaden sposób nie potwierdza ewentualnego niespełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu.

Zarzucił, że Zamawiający nie wskazał, jaki właściwie przepis prawa został przez Odwołującego naruszony.

Podkreślił przy tym, iż wykaz osób jest dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu (dysponowania osobami o określonych uprawnieniach) na dzień składania wniosków czy ofert, zaś Odwołujący warunki udziału na dzień złożenia ofert spełnia.

Potwierdzeniem tego jest wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w innym postępowaniu, gdzie postawiono analogiczne warunki udziału w zakresie zespołu osób, którym ma dysponować wykonawca.

Według Odwołującego na fakt spełniania warunku udziału w postępowaniu nie mają - w świetle polskiego prawa - wpływu okoliczności, które nastąpiły później, a więc wybranie jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu „nadzór E20” w żaden sposób nie wpływa ani na spełnianie warunków podmiotowych w przedmiotowym postępowaniu, ani też nie wpływa na możliwość należytej i prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia w przypadku wybrania jego oferty, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Ponadto wskazał, że sam fakt wybrania oferty, jako najkorzystniejszej jeszcze nie świadczy o tym, że dany wykonawca podpisze umowę i będzie realizował umowę.

Zaznaczył, że wybór Odwołującego w równoległym postępowaniu nie jest ostateczny, zostało złożone odwołanie - a zatem możliwe są jeszcze zmiany w tym zakresie.

Oświadczył - wobec faktu, że w obydwu postępowaniach złożył ofertę z najniższą ceną, iż może podjąć decyzję, które zamówienie chce realizować i nie jest zmuszony realizować obydwu, przewidując skutek w postaci przepadku wadium może odmówić

podpisania umowy w postępowaniu na „nadzór 20” i wybrać do realizacji przedmiotowego zamówienie, choćby ze względu na jego wagę i prestiż związany z jego realizacją.

Zatem w jego ocenie w ogóle nie istnieje wskazywany przez Zamawiającego fakt „zajętości” zespołu specjalistów.

Z ostrożności procesowej wskazał, iż jeśli zaś przyjąć za prawidłową teorię Zamawiającego o „zajętości” zasobów i uznać za prawidłowe wywodzone z niej skutki (czemu Odwołujący zaprzeczył), to według najlepszej jego wiedzy taka sama sytuacja zachodzi w przypadku wszystkich złożonych ofert, a co najmniej - w zakresie części wskazanych zespołów specjalistów. Tym samym - Zamawiający powinien wystosować analogiczne wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów do wszystkich wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Według najlepszej wiedzy Odwołującego wszyscy wykonawcy przynajmniej w części w Wykazach osób wskazali specjalistów zaangażowanych osobiście w realizację innych kontraktów, trwających obecnie, a które nie zakończą się przed planowanym dniem zawarcia umowy w niniejszym postępowaniu. Tymczasem Zamawiający wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie objętym niniejszym odwołaniem wystosował wyłącznie do Odwołującego.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

1. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: EGIS Poland Sp. z o.o., ECM Group Polska S.A., SAFEGA S.A., ZBM - Inwestor Zastępczy S.A., TPF Sp. z o.o., Firma Menadżersko - Konsultingowa KOLMEN Sp. z o.o., 02 – 670 Warszawa, ul. Puławska 182,
2. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o., Trakcja SA, 03 – 729 Warszawa, ul. Targowa 69,
3. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne Sp. z o.o., KV Consultores de Ingeniera, Proyectos Y Obras SL, 00 – 672 Warszawa, ul. Piękna 43/11..

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść złożonej przez Odwołującego oferty, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów dotyczących złożonej oferty z dnia 17 kwietnia 2013r., pisma wyjaśniającego Odwołującego, jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień, Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że z racji wszczęcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1271), stosownie do art. 4 ust. 1 tej ustawy, do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy odwoławczej zastosowanie znajdują przepisy ustawy Pzp i aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie w brzmieniu sprzed dnia wejścia w życie ustawy nowelizacyjnej, tj. przed dniem 20 lutego 2013 r.

W drugiej kolejności Izba uznała, że Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i nie pozbawia go tego interesu ubieganie się przez niego o uzyskanie innego zamówienia podobnego.

Nadto Izba przyjęła, że brak skorzystania ze środka ochrony prawnej na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może pozbawić Odwołującego możliwości wygrania przetargu, co w konsekwencji spowoduje uszczerbek majątkowy po jego stronie, a zatem spełnione są przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie uznała, że działania Zamawiającego stanowiły naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Podstawowym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny zasadności wezwania Zamawiającego do złożenia oświadczeń i dokumentów dotyczących złożonej oferty z dnia 17 kwietnia 2013 r. skierowanego do Odwołującego.

Izba przy tym ustaliła, że Zamawiający, stosownie do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wymagał, co następuje:

„...8.4.2 w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3. (dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia) wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem:

1) Inżynier Projektu - Kwalifikacje (doświadczenie): Osoba posiadająca minimum 5 lat doświadczenia na stanowiskach kierowniczych związanych z zarządzaniem projektami inwestycyjnymi, w tym doświadczenie w zarządzaniu minimum jednym projektem z zakresu budownictwa kolejowego o wartości kontraktu, co najmniej 300 mln PLN realizowanym przez okres, co najmniej 12 miesięcy, zgodnie z warunkami kontraktu FIDIC lub innymi standardowymi warunkami kontraktowymi.

2) Dwóch Inżynierów Rezydentów - Kwalifikacje (doświadczenie): Osoby posiadające uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń oraz w ostatnich 7 latach pracy minimum 3 lata doświadczenia w pracy wg zasad FIDIC lub innych standardowych warunków kontraktowych, w tym 2 lata doświadczenia w pracy związanej z budową/ przebudową/modernizacją linii kolejowej o wartości kontraktu co najmniej 100 mln PLN na stanowisku:

- a) Inżyniera Projektu lub
- b) Inżyniera Rezydenta lub
- c) Inspektora Nadzoru.

Uprawnienia w przypadku przedstawienia osoby z doświadczeniem w pracy na stanowisku Inspektora Nadzoru musi on posiadać uprawnienia, o których mowa wyżej w specjalności kolejowej lub mostowej lub konstrukcyjno-budowlanej lub instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

Jeśli osoba wskazana na stanowisko Inżyniera Rezydenta z doświadczeniem w pracy na stanowisku Inspektora Nadzoru posiada uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w ramach wymaganych 2 lat doświadczenia w pracy związanej z budową/przebudową/modernizacją linii kolejowej musi wykazać 2 letnie doświadczenie w pracy w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym lub kolejowych sieci trakcyjnych.

3) Inżynier zaopatrzenia i jakości materiałów - Kwalifikacje (doświadczenie): Osoba posiadająca doświadczenie na stanowisku związanym z zaopatrzeniem materiałowym na robotach budowlanych, powiązany ze sprawdzaniem przez okres minimum 24 miesięcy atestów, certyfikatów oraz świadectw autentyczności.

4) Specjalista odpowiedzialny za przygotowanie wymaganych raportów okresowych - Kwalifikacje (doświadczenie): Osoba posiadająca minimum 12 - miesięczne doświadczenie w pracy na stanowisku związanym z przygotowywaniem raportów z realizacji robót.

5) Dwóch Specjalistów ds. obmiarowo – rozliczeniowych - Kwalifikacje (doświadczenie): Osoby posiadające 3-letnie doświadczenie w pracy na stanowisku związanym z przeprowadzaniem obmiarów robót wraz z ich rozliczaniem lub sporządzeniem przedmiarów robót, kosztorysów inwestorskich na podstawie projektów budowlanych w tym, co najmniej 12 miesięcy przy projektach zrealizowanych zgodnie z warunkami FIDIC lub innymi standardowymi warunkami kontraktowymi.

6) Koordynator Dostępu do Torów - Kwalifikacje (doświadczenie): Osoba posiadająca w ciągu ostatnich 10 lat, minimum 3 lata doświadczenia na stanowisku związanym z procedurami wprowadzania zamknięć torowych.

7) Kierownik Przeglądu Dokumentacji - Kwalifikacje (doświadczenie): Osoba posiadająca minimum 5 letnie doświadczenie związane z opracowywaniem lub sprawdzaniem dokumentacji projektowej przy inwestycjach kolejowych. Uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do projektowania bez ograniczeń.

8) Koordynator Przeglądu Dokumentacji w zakresie stacje, linie, węzły kolejowe - Kwalifikacje (doświadczenie): Osoba posiadająca minimum 3-letnie doświadczenie związane z opracowaniem lub sprawdzeniem dokumentacji projektowej przy inwestycjach kolejowych. Uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do projektowania bez ograniczeń w specjalności kolejowej.

9) Koordynator Przeglądu Dokumentacji w specjalności mostowej - Kwalifikacje (doświadczenie): Osoba posiadająca minimum 3-letnie doświadczenie związane z opracowaniem lub sprawdzeniem dokumentacji projektowej przy inwestycjach kolejowych. Uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do projektowania bez ograniczeń w specjalności mostowej.

10) Koordynator Przeglądu Dokumentacji w zakresie sterowaniem ruchem kolejowym - Kwalifikacje (doświadczenie): Osoba posiadająca minimum 3-letnie doświadczenie związane z opracowaniem lub sprawdzeniem dokumentacji projektowej przy inwestycjach kolejowych. Uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

11) Specjalista ds. ochrony środowiska - Kwalifikacje (doświadczenie): Osoba posiadająca 3-letnie doświadczenie w zakresie realizacji prac związanych z ochroną środowiska.

Osoby wymienione w ofercie w Stałym Zespole Inżyniera będą do pełnej dyspozycji Zamawiającego najpóźniej z dniem podpisania umowy na wykonanie robót budowlanych. Od dnia rozpoczęcia realizacji umowy Zamawiający dopuszcza równoległą pracę osób Zespołu Stałego Inżyniera na wcześniejszych kontraktach tylko, jeżeli dotyczy ona okresu zgłaszania wad. Niniejszy zapis odnosi się oddzielnie do każdej umowy na roboty. Nie dopuszcza się wskazywania przez Wykonawców w ofercie tej samej osoby na więcej niż jedno stanowisko. Ilekroć się mówi o osobach posiadających uprawnienia budowlane, wymagana jest przynależność tych osób do właściwej Izby Inżynierów Budownictwa. Ocena spełniania warunku wskazanego w punkcie 8.2.3. nastąpi na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów, o których mowa w punkcie 9.1.4.”.

Analiza materiału dowodowego rozpoznawanej sprawy, w tym powyższych postanowień SIWZ, skłoniła Izbę do przyjęcia zapatrywania, że dokonana przez Zamawiającego czynność wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów dotyczących złożonej oferty pozostawała wyraźnie poza granicami dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wymaga wskazania, że Zamawiający mógłby skutecznie skorzystać z dyspozycji powyższego przepisu jedynie w sytuacji wystąpienia okoliczności w nim opisanych.

Cyt. wyżej przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Dokonując przeniesienia stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy na grunt powyższego przepisu należy stwierdzić, że złożone przez Odwołującego oświadczenia, jak i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – na potwierdzenie spełniania podmiotowych warunków postępowania w zakresie potencjału osobowego zostały załączone do oferty.

Argumentacja Zamawiającego stanowiąca podstawę skierowanego do Odwołującego wezwania do uzupełniania dokumentów nie znajduje potwierdzenia w przywołanym przepisie ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga okoliczność, iż Izba nie weryfikowała oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego, co do potencjału kadrowego w szczególności poprzez badanie, czy określone osoby wskazane na wymagane stanowiska posiadają określone uprawnienia, czy doświadczenie.

Powyższe bowiem nie było objęte przedmiotem zarzutów odwołania, jak i przedmiotem czynności Zamawiającego z dnia 17 kwietnia 2013 r. objętej przedmiotem zaskarżenia.

Przedmiotem oceny Izby była jedynie weryfikacja oceny spełniania warunku potencjału kadrowego przez Zamawiającego i uznanie, że Odwołujący tego warunku nie spełnia co do okoliczności posłużenia się tym samym zasobem kadrowym w innym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

W tym zakresie Izba stwierdziła, że uznanie przez Zamawiającego, iż warunek ten ze wskazanego powodu nie jest spełniony przez Odwołującego, co stanowiło podstawę skierowanego wezwania do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, było nieuprawnione.

Zamawiający wskazując w uzasadnieniu wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów przywołane okoliczności nie wykazał, wypełniania dyspozycji wskazanego przepisu – przede wszystkim, co do błędów jakie zawierały powyższe dokumenty podmiotowe, a tylko taka sytuacja prawna uzasadniałaby uruchomienie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie nie znalazł uznania Izby argument Zamawiającego o niespełnieniu warunków podmiotowych udziału w postępowaniu i możliwości wykluczenia wykonawcy z przedmiotowego postępowania tylko w oparciu o przeświadczenie Zamawiającego o braku możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu przetargowym w okolicznościach złożenia w innym postępowaniu przetargowym tego samego czy podobnego wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

Należy wyraźnie podkreślić, że brak jest na gruncie obowiązującego prawa przepisu zakazującego możliwości powoływania się przez wykonawcę na zasób osób, które zostały

już zaproponowane przez tego samego wykonawcę w innym postępowaniu przetargowym. Zastrzeżenia takiego nie wprowadził również Zamawiający w niniejszym postępowaniu w ramach opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wykonawca na żądanie Zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym zobowiązany jest wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Przywołany przepis zatem zakłada zatem, że ocena spełniania warunków podmiotowych udziału w postępowaniu odbywa się na dzień składania ofert, a nie na mement przyszły i niepewny co do konkretnego czasu, tj. moment realizacji przedmiotu zamówienia.

Przyjęcie tezy o tym, iż konieczne byłoby weryfikowanie wykonawców pod kątem oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na moment wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, powodowałoby konieczność każdorazowego sprawdzenia przez każdego zamawiającego, czy konkretny, wykazywany przez wykonawcę potencjał nie będzie wykorzystywany w trakcie realizacji innego rodzaju przyszłych bądź też aktualnie realizowanych już zobowiązań, w tym zobowiązań wynikających z postępowań o zamówienie publiczne.

Przy czym należałoby tę ocenę przeprowadzić nie tylko w odniesieniu do postępowań o zamówienie publiczne prowadzonych przez danego zamawiającego, ale również innych zamawiających, nie wykluczając również zamawiających w innych krajach, czy też podmiotów niepublicznych, na rzecz których określone zobowiązania umowne miałyby być wykonywane przy użyciu wykazywanego potencjału.

Zauważyć należy, że ustawodawca w przepisach ustawy Pzp wyraźnie oddzielił ocenę podmiotową w postępowaniu od oceny przedmiotowej oferty.

Ocena podmiotowa wykonawców w postępowaniu, tj. ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 i 24 ust. 1 ustawy Pzp związana z badaniem potencjalnych podmiotowych możliwości wykonawcy do realizacji danego przedmiotu zamówienia, która może skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Ocena przedmiotowa oferty wykonawcy sprowadza się do oceny ofert w

postępowaniu, tj. oceny oświadczenia woli wykonawcy, co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, która może skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, w tym w szczególności przesłankę określoną w punkcie 2 tego przepisu (niedająca się usunąć niezgodność treści oferty z treścią SIWZ).

Tym samym zatem ocena podmiotowa dokonywana w postępowaniu o zamówienie publiczne w oparciu o art. 22 ust. 1 ustawy Pzp ma w pewnym względzie charakter oceny potencjalnych możliwości wykonawcy co do jego wiedzy i doświadczenia, kadr, sprzętu, możliwości finansowych czy ekonomicznych, które po odpowiedniej weryfikacji w oparciu o opis warunku określony przez zamawiającego w SIWZ, dają szansę na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia przez tego konkretnego wykonawcę.

Jeśli zamawiający wprost chce wykorzystać określony potencjał przy realizacji danego zamówienia, w szczególności, co do potencjału kadrowego i technicznego (sprzętu) powinien w tym względzie wprowadzić stosowne wymagania w opisie przedmiotu zamówienia, czy też postanowieniach umownych.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego takie wymogi znalazły się zarówno w opisie przedmiotu zamówienia, jak i postanowieniach projektu umowy, na co powoływali się w toku rozprawy tak Zamawiający, jak i Przystępujący.

Wskazanie w dokumentach przetargowych, że określone osoby, wskazane przez wykonawcę w wykazie osób na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu będą również wykorzystywane przy realizacji zamówienia wskazuje na swoiste zabezpieczenie zamawiającego, że przy wykonywaniu zamówienia będą wykorzystywane osoby, których doświadczenie, czy uprawnienia były weryfikowane w toku postępowania o zamówienie publiczne.

Powyższe jednak nie może wskazywać na brak możliwości wykazywania się przez wykonawcę tymi samymi osobami, jako potencjał kadrowy w różnych postępowaniach o zamówienie publiczne.

Nie zostało bowiem wykazane, że wskazane osoby na dzień upływu terminu składania ofert nie pozostają w dyspozycji wykonawcy jako osoby potencjalnie zdolne do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Powyższe, zgodnie z zapisami SIWZ dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia i postanowieniami umownymi będzie mogło być weryfikowane przez zamawiającego na etapie

realizacji przedmiotu zamówienia.

W oparciu o wykaz osób załączony do oferty Odwołującego i przywołane postanowienia SIWZ i projektu umowy Zamawiający będzie mógł domagać się od niego świadczenia określonych usług w niniejszym zamówieniu przez osoby przywołane w tym wykazie.

Brak spełnienia tego świadczenia przez wykonawcę będzie mógł być kwalifikowany przez Zamawiającego, jako nieprawidłowe wykonywanie przez niego przedmiotu umowy.

Powyższe natomiast – jak wskazano – nie może mieć żadnego znaczenia dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przy określonego rodzaju zapisach SIWZ i obowiązujących przepisach ustawy Pzp.

Zdaniem Izby Odwołujący przy ofercie załączył wymagany przez Zamawiającego wykaz osób zgodnie z ustawą Pzp i § 1 ust. 1 pkt 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Wezwanie skierowane przez Zamawiającego do Odwołującego o uzupełnienie oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku odnoszącego się do potencjału kadrowego tylko w oparciu o przesłankę, iż wykonawca ten podobny potencjał kadrowy wskazał w innym postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonym przez Zamawiającego nie znajduje zatem oparcia w obowiązujących przepisach ustawy Pzp i postanowieniach SIWZ w niniejszym postępowaniu.

Przywoływane argumenty Zamawiającego i Przystępujących o braku spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwagi na wskazaną okoliczność faktyczną z uwagi na zapisy pkt 8.4.2 SIWZ część I – Instrukcja dla wykonawców(część I SIWZ) nie znalazły również uznania Izby.

Komentując powyższe postanowienie dotyczące osób wymienionych w Stałym Zespole Inżyniera, to instrukcja ta wskazuje jedynie, że osoby te będą do pełnej dyspozycji Zamawiającego najpóźniej z dniem podpisania umowy, a zatem udział tych osób ma być zapewniony dopiero z chwilą podpisania umowy i nie ma wpływu na kwalifikację danego wykonawcy w aspekcie spełniania przez niego warunków podmiotowych.

Podobna uwaga dotyczy postanowień pkt 5.2.1 ppkt 11 SIWZ część III – opis przedmiotu zamówienia i § 13 ust.10 części II SIWZ – Projekt Umowy, jak i § 20 części II SIWZ – Projekt Umowy. Przywołane postanowienia SIWZ, w tym także § 13 ust. 9 części II SIWZ – Projekt Umowy, na które powoływali się Zamawiający i przystępujący obejmują sytuacje w trakcie wykonywania zobowiązania, a nie dotyczą warunków udziału w postępowaniu.

Z powyższego wynika, że powyższe postanowienia SIWZ, stanowiące fundament wyводу Zamawiającego i przystępujących dotyczą jedynie sposobu wykonania zamówienia, lecz nie odnoszą się do spornego warunku wstępnej podmiotowej kwalifikacji wykonawców.

Jednocześnie Izba nie znalazła dostatecznych powodów do zastosowania wykładni celowościowej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w taki sposób, aby uznawać za błędne oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, także te oświadczenia i dokumenty, w których wykonawca deklaruje dysponowanie zasobem osobowym podobnym czy identycznym z tym wskazanym w innym przetargu, w sytuacji, która nie ma odpowiedniej regulacji prawnej.

Inne podejście interpretacyjne przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oznaczałoby nieuprawnioną i zupełnie dowolną reglamentację uczestników przetargu w obrocie zamówień publicznych, co pozostawałoby w rażącej kolizji z zasadą równości i konkurencyjności wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Podkreślić jednocześnie należy, że rozstrzygnięcie Izby nie opiera się na argumentacji Odwołującego o tym, iż wykonawca dopiero na etapie podpisywania umowy w sprawie zamówienia publicznego de facto podejmuje decyzję, czy będzie realizował dane zamówienie czy też nie.

Faktycznie zobowiązanie do wykonania zamówienia na warunkach określonych w ofercie i w postanowieniach SIWZ rodzi się w momencie podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Założeniem wykonawcy przystępującego do postępowania o zamówienie publiczne powinno być dążenie do uzyskania zamówienia i realizacji tego zamówienia. Założenie z góry, że dopiero na etapie podpisywania umowy w sprawie zamówienia publicznego będzie podejmowana przez wykonawcę decyzja, co do przyjęcia do wykonania zamówienia publicznego bądź nie, wypaczałoby sens postępowania o zamówienie publiczne i mogłoby wskazywać na niedopuszczalne praktyki wykonawców w tym względzie.

Niezależnie jednak od powyższego – jak wskazano powyżej – Izba w oparciu o przepisy ustawy Pzp oraz postanowienia SIWZ uznała, że brak jest podstaw do kwestionowania potencjału kadrowego wykonawcy, który w całości lub w części został wykazany także w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Powoływanie się w tym względzie przez Zamawiającego na stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2013r., sygn. akt KIO 297/13 i KIO 300/13 uznała za bezprzedmiotowe w niniejszej sprawie. Przywołany wyrok został wydany w sprawie innego postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego przez inny podmiot zamawiający. Wyrok Izby zaś ma moc wiążącą w danej konkretnej sprawie i nie ma charakteru precedensowego.

Izba uznała jednocześnie, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nie wskazanie w wezwaniu Odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów, jakie błędy zdaniem Zamawiającego zawierają oświadczenia i dokumenty złożone uprzednio przez Odwołującego.

Zdaniem Izby treść wezwania do uzupełniania dokumentów skierowanego przez Zamawiającego do Odwołującego również w kontekście wcześniejszych wyjaśnień treści złożonych dokumentów przez Odwołującego była jasna.

Inną kwestią jest bowiem to, co stało się podstawą uwzględnienia przez Izbę odwołania, że ocena tego wezwania pod kątem zasadności była negatywna inną zaś, że treść wezwania wyraźnie wskazywała jakie było w tym względzie stanowisko Zamawiającego.

Izba uznała również, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez uznanie przez Zamawiającego, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie są wystarczające. Podkreślić należy, że wskazany przepis nie określa sposobu oceny wyjaśnień treści dokumentów i oświadczeń złożonych przez wykonawcę, tylko daje Zamawiającemu możliwość żądania tych wyjaśnień w sytuacji powzięcia przez niego jakichkolwiek w tym względzie wątpliwości. Tym samym zatem wskazany przepis w kontekście wskazanym przez Odwołującego zdaniem Izby nie został zmuszony.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż stwierdzone powyżej naruszenia przepisów ustawy Pzp miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....

Członkowie:.....

.....