

WYROK
z dnia 14 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Budimex J Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa [pełnomocnik], [2] Asfalt Śląski WPRINŻ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, [3] FBS S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miejska Kraków Zarząd Dróg Miasta Krakowa, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] PPP Solution Polska 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa [pełnomocnik], [2] Gülermak Ağir Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze (Turcja)** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 959/19 po stronie **zamawiającego**
- B. wykonawcy **VARDUN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 1, 00-078 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 959/19** po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Budimex J Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa [pełnomocnik], [2] Asphalt Śląski WPRINŻ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, [3] FBS S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**

i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Budimex J Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa [pełnomocnik], [2] Asphalt Śląski WPRINŻ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, [3] FBS S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2) nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Budimex J Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa [pełnomocnik], [2] Asphalt Śląski WPRINŻ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, [3] FBS S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** kwoty 5 000 zł (pięć tysięcy) stanowiącą nadpłatę wpisu od odwołania omyłkowo wniesioną przez **odwołującego**.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Kraków, ul. Centralna 53, 31-585 Kraków wszczął postępowanie na usługi w trybie dialogu konkurencyjnego pod nazwą »Budowa linii tramwajowej KST, etap IV w modelu partnerstwa publiczno-prywatnego«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 06.04.2018 r. pod nrem 2018/S 067-149146.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i poz. 2018) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

17.05.2019 r. zamawiający poinformował o:

- 1) o rankingu wniosków;
- 2) zaproszeniu wykonawców do udziału w dalszej części postępowania, którzy to wykonawcy znaleźli się na pierwszych trzech miejscach rankingu na podstawie kryteriów selekcji;
- 3) niezaproszeniu wykonawców do dalszej części postępowania, którzy to wykonawcy nie znaleźli się na pierwszych trzech miejscach rankingu na podstawie kryteriów selekcji – art. 60d ust. 3 Pzp.

27.05.2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia [1] Budimex J Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa [pełnomocnik], [2] Asphalt Śląski WPRINŻ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, [3] FBS S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wnieśli do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 60d ust. 3 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 6 Pzp oraz 25a ust. 3 Pzp przez dokonanie nieprawidłowej i niezgodnej z zasadami opisanymi w Ogłoszeniu o zamówieniu oceny spełniania kryteriów selekcji w zakresie oceny wniosku wykonawcy Vardun sp. z o.o. (dalej „wykonawca V”) co skutkowało przyznaniem temu wykonawcy zawyżonej liczby punktów w tym zakresie i bezzasadnym

zakwalifikowaniem wykonawcy V do dalszego udziału w postępowaniu, a wykonawca V powinien ulec wykluczeniu;

- 2) art. 60d ust. 3 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 6 Pzp przez zaniechanie zakwalifikowania odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny wniosku wykonawcy V w zakresie kryteriów selekcji, a także unieważnienia zaproszenia tego wykonawcy do dialogu, jeżeli nastąpiło;
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny wniosku wykonawcy V w zakresie kryteriów selekcji, w tym dokonania ponownej oceny punktowej tego wniosku;
- 3) obniżenia punktacji przyznanej wykonawcy V w zakresie kryterium selekcji wskazanego w sekcji II.2.9 lit. c przyznania wykonawcy V 0 pkt w tym kryterium;
- 4) obniżenia punktacji przyznanej wykonawcy V w zakresie kryterium selekcji – wskazanego w sekcji II.2.9 lit. d i przyznania wykonawcy V 0 pkt w tym kryterium, które to żądanie odwołujący zmienił na rozprawie, gdyż oświadczył do protokołu na początku rozprawy, że cyt. »za czas obsługi linii kolejowo-tramwajowej w Murcji wynoszącej 6 lat powinno być przyznane 6 pkt wykonawcy V«;
- 5) zaproszenie odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu.

Argumentacja odwołującego

I. Stan faktyczny

1. Zamawiający w sekcji II.2.9 ogłoszenia wskazał sposób wyboru maksymalnie trzech wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego spośród wykonawców, którzy złożyli wnioski i spełniających kryteria udziału, i tak, zgodnie z kryterium opisanym:

- w lit. c za każdą dodatkową usługę ponad opisaną jako warunek udziału wskazany w lit. c w sekcji III.1.3 wykonawca otrzyma 1 punkt jednak nie więcej niż 5 punktów łącznie,
- w lit. d za każdy dodatkowy, pełny rok świadczenia którejkolwiek z usług wskazanych na spełnienie warunku udziału opisanego w sekcji III.1.3 lit. d lub którejkolwiek z usług wskazanych na spełnienie kryterium selekcji opisanego w lit. c powyżej, ponad minimalne 12 miesięcy następujące po sobie wykonawca otrzyma 1 punkt jednak nie więcej niż 10 punktów łącznie.

Zamawiający po ocenie wniosków przyznał wykonawcy V w sumie 23 pkt w tym za wyżej wskazane usługi 14 pkt – 4 pkt za dodatkowe usługi i 10 pkt za okres świadczenia tych usług.

II. Skonkretyzowanie zarzutów i wniosków odwołującego

1. Odwołujący w pierwszej kolejności podniósł, że w załączniku nr 4 do wniosku Wykaz usług wykonawca V jako usługę fakultatywną na spełnienie kryterium selekcji wskazał pod pozycją nr 4 zamówienie publiczne na budowę i eksploatację linii metra we wspólnocie autonomicznej Madrytu T2 między stacjami Colonia Jardin i Pozuelo de Alcaron oraz T3 między stacjami Colonia Jardin i Boadilla del Monte.

Jednak w piśmie z 23.04.2019 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego pod pozycją 12 wykonawca V oświadczył, że inwestycja ta nie spełnia kryterium postawionego przez zamawiającego i wnosi o niebranie jej pod uwagę. Mając powyższe na uwadze wykonawca V finalnie wskazał tylko 3 dodatkowe usługi spełniające kryterium ponad wskazaną jako kryterium udziału. Wobec tego zgodnie z sekcją II.2.9 lit. c ogłoszenia wykonawca V powinien maksymalnie uzyskać 3 punkty. Jednak zamawiający za to kryterium selekcji przyznał wykonawcy V 4 punkty co jest sprzeczne z kryterium selekcji jak i wnioskiem wykonawcy V.

2. Odwołujący wskazał, że wykonawca V na spełnienie kryterium selekcji świadczenia przez dodatkowy okres usług utrzymania oparł się w całości na udostępnionych wykonawcy V zasobach podmiotu trzeciego. Wykonawca V do wniosku załączył stosowne oświadczenie spółki Comsa Concesiones S.L. (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością). Wymienione w tym oświadczeniu zadania korespondują z wykazem usług wskazanym przez wykonawcę V w załączniku 4 do wniosku na potwierdzenie spełnienia fakultatywnego kryterium selekcji. Jednak w złożonych przez wykonawcę V referencjach na potwierdzenie powyższego oświadczenia, podmiot trzeci nie występuje. I tak według złożonych referencji wskazane zadania zostały przyznane spółkom (osobom prawnym) odpowiednio:

- 1) Sociedad Concesionaria Tramvia Metropolitana S.A. (spółka akcyjna) – pkt 2 wykazu;
- 2) Sociedad Concesionaria Tramvia Metropolitana Del Besos S.A. – pkt 3 wykazu;
- 3) Sociedad Concesionaria Metro De Malaga S.A. – pkt 5 wykazu.

W żadnym miejscu podmioty zaświadczone nie wskazują by przedmiotowe usługi utrzymaniowe były świadczone przez podmiot spółkę (osobę prawną) Comsa Concesiones S.L. udostępniającą zasoby. Sam fakt bycia akcjonariuszem czy udziałowcem w innej osobie prawnej, co próbuje sugerować w swych wyjaśnieniach z 23.04.2019 r. wykonawca V, nie uprawnia do przypisywania sobie przymiotów tej innej osoby prawnej, w tym zasobów na potrzeby rozpoznawanego postępowania czyli faktycznego utrzymywania linii kolejowej, tramwajowej lub metra.

Co więcej sam wykonawca V w swoich wyjaśnieniach z 23.04.2019 r. oświadcza (ad 10, 11, 13), że usługi utrzymaniowe zostały faktycznie podzleczone przez spółkę celową nie podmiotowi udzielającemu zasobów (ten pozostał jedynie akcjonariuszem spółki celowej), lecz UTE, które dalej podzleciło konsorcjum w skład, którego wchodziły inne spółki, w tym

Comsa S.A. czy Comsa S.A.U. W tym stanie powiązań zobowiązaniowych faktyczny odbiorca usługi powinien być wystawcą referencji dotyczących tych prac. Przepis § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126) mówi bowiem o odbiorcy usługi, co wskazuje na odbiorcę bezpośredniego; innymi dokumentami można się natomiast posłużyć tylko w uzasadnionych przypadkach, które w tym przypadku nie miały miejsca ani nie zostały udowodnione [§ 2 pkt 4 ww. rozporządzenia brzmi: W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów (...) 4) opisu urządzeń technicznych oraz środków organizacyjno-technicznych zastosowanych przez wykonawcę w celu zapewnienia jakości oraz opisu zaplecza naukowo-badawczego posiadanego przez wykonawcę lub które będzie pozostawało w dyspozycji wykonawcy (...)]. Innymi słowy – zakładając, że źródłem (zasadniczą intencją) powołania się na zasób tego podmiotu w zakresie tej referencji był fakt wykonywania przez Comsa S.A.U. prac na rzecz UTE, a więc to referencje od UTE powinny zostać przedstawione, co w przedmiotowej sprawie nie ma miejsca.

Co więcej w wyjaśnieniach z 23.04.2019 r. wykonawca V składa zaświadczenia, gdzie potwierdza, że podmiot udzielający zasobów nie uczestniczy w utrzymaniu – pozycja 2 wykazu, lecz konsorcjum Astom Transporte S.A. i Comsa S.A. Także złożone dodatkowo przy wyjaśnieniach z 23.04.2019 r. zaświadczenie odnośnie linii metra w Maladze – pozycja 5 wykazu stanowi wyłącznie o robotach budowlanych pomijając milczeniem fakt utrzymania.

Odwołujący wskazał ponadto, że składanie i uzupełnianie dokumentów w przypadku kryteriów selekcji jest niedopuszczalne i odwołujący przywołał wyroki Izby.

Sam wykonawca V w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dokonując uzupełnień uznaje *de facto*, że uzupełnienie jest konieczne, aby wykazać możliwość posłużenia się tymi referencjami, gdyż pierwotnie przedstawione są wadliwe. Brak kompletnych informacji już we wniosku powinien skutkować przyznaniem 0 pkt za to kryterium selekcji.

W tym miejscu odwołujący podnosi i wskazuje, że w sposób całkowicie dowolny, nieuprawniony i w całości wprowadzający w błąd wykonawca V żongluje firmami różnych spółek (osób prawnych) i tak w pierwotnie złożonym wniosku i dokumencie JEDZ wskazuje, że zasoby odnośnie spełnienia kryterium selekcji III.1.3 lit. c Ogłoszenia udziela spółka Comsa S.A., gdy w wyjaśnieniu z 23.04.2019 r., ma spełnić Comsa S.A.U. i ją wskazuje jako podmiot świadczący faktycznie usługi utrzymania, gdy w przywołanym powyżej złożonym zaświadczeniu dotyczącym linii tramwajowej Trabaix i Trambesos mowa jest jednak o Comsa S.A. Odnośnie zaś spełnienia kryterium selekcji III.1.3 lit. d Ogłoszenia wykonawca V powołuje się na zasoby spółki Comsa Concesiones S.L., gdzie znowu według

oświadczenia samego wykonawcy V usługę wykonuje konsorcjum w składzie z Comsa S.A.U., a ze złożonych zaświadczeń wynika, że jednak Comsa S.A. Nawet zakładając, że między złożeniem wniosku, a złożeniem wyjaśnień doszło do przekształcenia spółki Comsa (zmiana S.A. na S.A.U lub odwrotnie), to następstwo czasu się nie zgadza, bo oświadczenia lub dokumenty wystawione w tym samym okresie tj. „na początku” i „na końcu” jednocześnie operują i Comsa S.A. i Comsa S.A.U., co powinno wzbudzić wątpliwości zamawiającego, chociażby co do ewentualnej prawdziwości czy wprowadzenia w błąd.

Także w całości nieprawdziwe są twierdzenia wykonawcy V zawarte w wyjaśnieniach z 23.04.2019 r. jakoby spółka Comsa S.A.U. i spółka Comsa Concesiones S.L. jednocześnie i podwójnie spełniały kryteria selekcji wskazane w sekcjach III.1.3 lit. c i d Ogłoszenia. Otóż pomijając zadanie dotyczące linii tramwajowej w Murcji, które jest wskazane jako zadanie na spełnienie warunku kwalifikacji lub wyboru i za nie przysługują dodatkowe punkty w ramach selekcji, to w wykazie stanowiącym załącznik 3 do wniosku (kryterium III.1.3 lit. c) i wykazie stanowiącym załącznik nr 4 (kryterium III.1.3 lit. d) jest tylko jedno zadanie, które się powtarza, to jest budowa i eksploatacja metra w Maladze.

Ewentualnie uznać by można, że tylko to jedno zadanie spełnia kryterium „dodatkowości” i za nie można hipotetycznie rozważać przyznanie dodatkowych punktów. Odwołujący jednak wskazuje, że odnośnie tego zadania, żadne z dwóch złożonych zaświadczeń noszących odpowiednio daty 15.05.2018 r. i 26.03.2019 r., ani słowem nie wymienia spółki faktycznie świadczącej usługi utrzymania, wskazując jedynie (o czym odwołujący wskazał), że jednym z akcjonariuszy koncesjonariusza w maju 2018 r. była spółka Comsa S.A., a w marcu 2019 r. spółka Comsa S.A.U. i kto wykonywał roboty budowlane i wobec tego nie mogą służyć na wykazanie spełnienia kryterium utrzymaniowego.

Odwołujący podkreślił, że z wykazu stanowiącego załącznik 3 do wniosku tylko wspomniane zadania tramwaj w Murcji i metro w Maladze, za swój przedmiot oprócz budowy miały świadczenie usługi utrzymania. Wobec tego wszelkie inne zadania tam wskazane nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie spełnienia kryteriów selekcji dodatkowych usług i okresu utrzymania tj. sekcja III. 1.3 lit. c i d Ogłoszenia.

Ponadto odwołujący wskazał, że jedno zadanie wskazane przez wykonawcę V dotyczące kryterium sekcji III.1.3 lit. d Ogłoszenia (okres świadczonych usług) jest także przywołane przez innego wykonawcę zakwalifikowanego do dialogu tj. konsorcjum lider PPP Solutions Polska sp. z o.o. Chodzi o zadanie Tramwaj w korytarzu Diagonal Baix Llonregat Trambaix i Trambesos. Zaświadczenia złożone przez wykonawców do swoich wniosków różnią się. I tak w zaświadczeniu dla wykonawcy V jako podmioty świadczące usługę utrzymaniową wskazane są spółki Alstrom Transporte S.A. i Comsa S.A., w sytuacji gdy w zaświadczeniu złożonym przez konsorcjum PPP Solutions sp. z o.o. (dalej wykonawca P)

wymieniona jest jedynie tylko spółka Alstom Transporte. Zamawiający był zobowiązany do wyjaśnienia rozbieżności i wyjaśnienia, które z referencji są prawdziwe. Otóż na swoich stronach internetowych spółka Alstom informuje, że świadczy usługi utrzymania linii tramwajowej, sieci trakcyjnej i taboru, zaś spółka Comsa jedynie utrzymuje perony („platforms”) – co nie spełnia kryterium selekcji. Dowód: wydruk ze strony internetowej Alstom

Odwołujący zwrócił w tym zakresie także uwagę na fakt, że wykonawca V składa Comsa dwie referencje oddzielnie na Trambaix i Trambesos. Natomiast wykonawca P uznał to za jeden projekt składający się z dwóch linii i ma na całość składa tylko jedne referencje. Zamawiający powinien taką rozbieżność również wyjaśnić.

Powyższa różnica w zaświadczeniach i wyjaśnienie wykonawcy Alstom podkreślają argumentację odwołania, że wykonawcy V nie powinny być przyznane dodatkowe punkty wobec niespełnienia kryteriów selekcji wskazanych w sekcji II.2.9 ogłoszenia odnoszących się do warunków wskazanych w sekcji III. 1.3 lit. c i d Ogłoszenia.

III. Podsumowanie

Odwołujący stwierdził, że w świetle wskazanych przez odwołującego argumentów skorzystanie ze środka ochrony prawnej przez odwołującego i żądania odwołującego są w pełni uzasadnione i konieczne.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 27.05.2019 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 27.05.2019 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

30.05.2019 r. wykonawca VARDUN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 1, 00-078 Warszawa złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

30.05.2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia [1] PPP Solution Polska 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa [pełnomocnik], [2] Gülermak Ağir Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze (Turcja) złożyli Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu

przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego odwołującego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Odwołujący zgłosił opozycję przeciw przystąpieniu po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia [1] PPP Solution Polska 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa [pełnomocnik], [2] Gülermak Ağir Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze (Turcja) do czasu otwarcia rozprawy 11.06.2019 r. (art. 185 ust. 4 Pzp). Izba nie uwzględniła opozycji, gdyż odwołujący nie uprawdopodobnił, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego (art. 185 ust. 4 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 11.06.2019 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz złożył Aneks z 10.06.2019 r. do »Protokołu ze sprawdzania dokumentów złożonych przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału i braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków selekcji w dialogu konkurencyjnym p.n. [...]«. Z aneksu wynika, że zamawiający dokonał poprawy arytmetycznej obliczeń w zakresie przyznania dodatkowych punktów wykonawcy V. Poprawa polegała na sprostowaniu omyłki pisarskiej, cyt. »która w konsekwencji spowodowała omyłkę rachunkową w przeliczeniu punktacji dot. wykonawcy V«.

Jednak była to na tyle mała korekta, że nie miała istotnego wpływu na wynik postępowania, a w szczególności zmiana ta nie powodowała zmiany kolejności wykonawców w rankingu ofert i tym samym zamawiający nie dokonał zmiany wykonawców zaproszonych do dalszego postępowania zgodnie z art. 60d ust. 3 Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez przystępującego V:

- A) wyciąg z hiszpańskiej ustawy 18/1982 z 26 maja o systemie podatkowym przedsiębiorstw połączonych w grupy/grupy przedsiębiorstw i tymczasowych związków przedsiębiorstw (UTE) i spółek regionalnego rozwoju przemysłowego, gdzie na str. 2 w art. 7 i 8 wskazane jest, co to jest UTE i na podstawie tej definicji przystępujący V wskazywał na faktyczne wykonanie usługi;
- B) oświadczenie spółki celowej Tramvia Metropolita del Besós, S.A. z Barcelony, co do faktycznego doświadczenia i zaangażowania uprzedniej spółki COMSA CONCESIONES S.L.U. str. 2 ust. 2 i 3 oraz str. 4.

W ocenie Izby, zarzuty naruszenia art. 60d ust. 3 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 6 Pzp oraz 25a ust. 3 Pzp – przez dokonanie nieprawidłowej i niezgodnej z zasadami opisanymi w »Ogłoszeniu o zamówieniu« oceny spełniania kryteriów selekcji w zakresie oceny wniosku wykonawcy V co skutkowało przyznaniem wykonawcy V zawyżonej liczby punktów w tym zakresie i bezzasadnym zakwalifikowaniem wykonawcy V do dalszego udziału w postępowaniu, a wykonawca V powinien ulec wykluczeniu oraz – przez zaniechanie zakwalifikowania odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu – nie zasługują na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zamawiający prowadzi postępowanie na usługę utrzymania linii tramwajowej w trybie dialogu konkurencyjnego, zgodnie z art. 60a-60f Pzp. W trybie dialogu konkurencyjnego, zgodnie z art. 60a Pzp, po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Na podstawie art. 60d ust. 2 Pzp zamawiający ogłosił, że do postępowania zaprosi 3 wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, a –

zgodnie z art. 60d ust. 3 Pzp – jeżeli liczba wykonawców, którzy wykażą spełnienie warunków udziału w postępowaniu, będzie większa niż trzech, co zostało określone w ogłoszeniu, zamawiający zaprosi do dialogu wykonawców wyłonionych na podstawie kryteriów selekcji, a wykonawcy niezaproszeni do dialogu będą traktowani jak wykluczeni z postępowania. W rozpoznawanym postępowaniu zamówieniowym wymagane warunki udziału w postępowaniu spełniało więcej niż trzech wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W związku z tym odwołujący, który nie został zaproszony do dalszego udziału w postępowaniu, ale spełniał postawione w ogłoszeniu o zamówieniu przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu zakwestionował przyznanie punktów w kryteriach selekcji wykonawcy V.

Na wstępie Izba wzięła pod uwagę stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie i w Aneksie do Protokołu ZP z 10.06.2019 r. Pierwotnie zamawiający, na podstawie postanowień ogłoszenia przyznał wykonawcy V zbyt dużą liczbę punktów przekraczającą określoną maksymalną liczbę punktów w ogłoszeniu. Po wytknięciu w odwołaniu zamawiającemu działań niezgodnych z ogłoszeniem, zamawiający faktycznie uwzględnił odwołanie w tym zakresie i dokonał nowego przyznania i obliczenia właściwej liczby punktów, co zamawiający wykazał w odpowiedzi na odwołanie i w Aneksie do Protokołu z 10.06.2019 r. Jednak Izba stwierdza, że przyznanie niewłaściwej liczby punktów wykonawcy V, a następnie korekta tego wyniku nie miała ani nie mogła mieć istotnego wyniku na wynik postępowania zamówieniowego, gdyż nie uległy zmianie pozycje ofert wykonawców w rankingu ofert. Dlatego zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp, który brzmi »Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia« Izba nie może uwzględnić tego zarzutu.

Izba stwierdza również, że zgodnie z § 2 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126 oraz z 2018 r. poz. 1993) nie ma wskazanych konkretnych podmiotów, które są uprawnione do wystawiania referencji. Prawodawca określił tam ogólnie, że uprawnionym podmiotem do wystawiania referencji jest cyt. »podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane«. Nie ma tu więc znaczenia czy wystawca referencji był bezpośrednim czy pośrednim dawcą zamówienia. Podobne stanowisko zajęła Izba w wyroku z 7 września 2011 r., sygn. akt. KIO 1867/11: »Referencje muszą być wystawione przez podmiot, który ma wiedzę na temat całościowego wykonania umowy, który był odbiorcą świadczonych usług i miał prawo

rozliczyć wykonawcę z prawidłowości ich świadczenia, a więc w zasadzie przez drugą stronę umowy».

Nie ma również znaczenia czy w danym momencie podmiot wystawiający referencje nazywał się tak czy inaczej bądź czy działał w takiej czy innej formie prawnej. Istotne, że odwołujący nie dowiódł, że referencje nie zawierały prawdy i usługi, których dotyczyły referencje, nie zostały wykonane lub nie są wykonywane należycie.

Przytaczany § 2 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia brzmi »W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów [...] wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu«.

Ponadto odwołujący podniósł, że zamawiający dokonał oceny wniosku wykonawcy V w zakresie spełnienia kryteriów selekcji na podstawie dokumentów uzupełnionych podczas procedury wyjaśniania ofert po upływie terminu składania ofert. Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający może wezwać do uzupełnienia oferty *sensu largo* o właściwe oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25a ust. 1 lub w art. 25 ust. 1 Pzp. Jednak zamawiający nie może tak uzupełnionych dokumentów stosować do ustalenia pozycji w rankingu ofert, a tylko do zaliczenia spełnienia minimalnych wymogów czy warunków postawionych przez zamawiającego, co zostało wyartykułowane m.in. już w wyroku KIO z 19 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1152/12: »Jednak art. 26 ust. 3 Pzp odnieść można tylko do uzupełniania dokumentów, które związane są ze spełnieniem minimalnych wymogów zamawiającego [...], a nie podniesieniem pozycji wykonawcy w rankingu ofert«.

Jednak Izba stwierdza, że w postępowaniu zamawiający nie stosował art. 26 ust. 3 Pzp, który to przepis brzmi »Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«. Zamawiający podczas oceny spełnienia kryteriów selekcji brał pod uwagę dokumenty, które zostały złożone zamawiającemu przez wykonawcę V razem z ofertą przed upływem terminu składania ofert.

W związku z wyżej przytoczonymi argumentami Izba nie może uwzględnić zarzutów odwołującego i oddala odwołanie w całości.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: