

Sygn. akt: KIO 1825/12

**WYROK**

**z dnia 14 września 2012 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Agnieszka Bartczak - Żuraw**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 września 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 sierpnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PKP CARGO Service Sp. z o.o., PKP CARGO S.A., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o., Jastrzębska Spółka Kolejowa Sp. z o.o., ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice,**

przy udziale wykonawcy **DB Schenker Rail Polska S.A. ul. Wolności 337, 41-800 Zabrze,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PKP CARGO Service Sp. z o.o., PKP CARGO S.A., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o., Jastrzębska Spółka Kolejowa Sp. z o.o., ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa** i
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PKP CARGO Service Sp. z o.o., PKP CARGO S.A., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o., Jastrzębska Spółka Kolejowa Sp. z o.o., ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PKP CARGO Service Sp. z o.o., PKP CARGO S.A., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o., Jastrzębska Spółka Kolejowa Sp. z o.o., ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **DB Schenker Rail Polska S.A. ul. Wolności 337, 41-800 Zabrze**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 w **Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice (dalej "Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) pn. „Świadczenie usług w zakresie przewozu masy towarowej, obsługi, załadunku, rozładunku wagonów oraz pełnej obsługi infrastruktury bocznic kolejowych KHW S.A. KWK „Muracki - Staszic" ruch „Staszic" i ruch „Boże Dary" z wykorzystaniem składników majątkowych Zamawiającego". Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę wyższą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 lutego 2012 r. pod nr 2012/S 36-058564.

Dnia 23 sierpnia 2012 r. Zamawiający zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej:

- 1) DB Schenker Rail Polska S.A., ul. Wolności 337, 41-800 Zabrze,
- 2) PKP CARGO Service Sp. z o.o., ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa, PKP CARGO S.A., ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa, Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o., ul. Prokocimska 4, 30-556 Kraków, Jastrzębska Spółka Kolejowa Sp. z o.o., ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój,
- 3) CTL Maczki – Bór S.A., ul. Długa 90, 41-208 Sosnowiec, CTL Service Sp. z o.o. ul. Długa 90, 41-208 Sosnowiec.

W dniu 27 sierpnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PKP CARGO Service Sp. z o.o., PKP CARGO S.A., Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o., Jastrzębska Spółka Kolejowa Sp. z o.o. (dalej "Odwoływający") od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegających na zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej Wykonawcy - DB Schenker Rail Polska sp. z o.o. (dalej "DB Schenker Rail Polska Sp. z o.o." lub "Przystępujący"), podjętych w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwoływający zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia DB Schenker Rail Polska sp. z o.o. z udziału w postępowaniu, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia;
- 2) naruszenie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uwzględnienie wyjaśnień złożonych przez DB Schenker Rail Polska sp. z o.o., które to wyjaśnienia prowadzą do niedopuszczalnej zmiany treści oferty;
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez DB Schenker Rail Polska sp. z o.o., pomimo iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej "SIWZ");
- 4) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez DB Schenker Rail Polska sp. z o.o., pomimo, iż oferta ta jest nieważna na podstawie innych przepisów;
- 5) naruszenie przepisu art. 91b ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej DB Schenker Rail Polska sp. z o.o. podczas, gdy oferta złożona przez tego wykonawcę podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ;
- 6) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;  
oraz naruszenie innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej;
- 2) dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenie z postępowania DB Schenker Rail Polska sp. z o.o., a w konsekwencji odrzucenie oferty złożonej przez DB Schenker Rail Polska sp. z o.o.;
- 4) zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu;

ewentualnie, w przypadku gdy Zamawiający przeprowadzi aukcję elektroniczną przed rozpatrzenie przez Izbę niniejszego odwołania:

- 1) unieważnienie czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej;
- 2) dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenie z postępowania DB Schenker Rail Polska sp. z o.o., a w konsekwencji odrzucenie oferty złożonej przez DB Schenker Rail Polska sp. z o.o.;

- 4) zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

Odwołujący wskazywał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest Wykonawcą biorącym udział w postępowaniu i został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego Wykonawca DB Schenker Rail Polska sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, a tym samym nie zostałby zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej. Ponadto, objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu uzyskania zamówienia. Powyższe rozumienie wymagań dla korzystania ze środków ochrony prawnej jest zgodne ze stanowiskiem zaprezentowanym w opinii dotyczącej konstrukcji środków ochrony prawnej po nowelizacji ustawy Pzp, która weszła w życie z dniem 29 stycznia 2010 r. wydanej przez Urząd Zamówień Publicznych „legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że: 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie 2) poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp" (Środki ochrony prawnej w świetle nowelizacji prawa zamówień publicznych, opublikowana na stronie internetowej UZP).

W uzasadnieniu Odwołujący podnosił, co następuje.

#### I. Stan faktyczny.

1. Zamawiający prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług w zakresie przewozu masy towarowej, obsługi załadunku, rozładunku wagonów oraz pełnej obsługi infrastruktury bocznic kolejowych KHW S.A. KWK „Murcki - Staszic" ruch „Staszic" i ruch „Boże Dary" z wykorzystaniem składników majątkowych Zamawiającego", zwanego dalej „Postępowaniem". Zgodnie z rozdziałem I pkt 6.1.3 SIWZ w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawca powinien złożyć: „wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (załącznik nr 6 do niniejszej SIWZ)". W piśmie z dnia 19 marca 2012 r. stanowiącym wyjaśnienia do treści SIWZ, Zamawiający wskazał, iż

liczba osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia ma zapewnić prawidłową realizację przedmiotu umowy (odpowiedź na pytanie nr 37 i 38). Na pytanie nr 37 w brzmieniu „ile osób ma być zatrudnionych na poszczególnych zmianach na poszczególnych stanowiskach?”, Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Określa Wykonawca, nie mniej jednak niż dla zapewnienia prawidłowej realizacji przedmiotu umowy”. Następnie odpowiedź ta została przez Zamawiającego powtórzona odnośnie pytania nr 38: „Z ilu osób składa się drużyna trakcyjna i drużyna manewrowa w poszczególnych rejonach manewrowych? - Np. Regulamin Pracy Boczniczy Kolejowej Ruch KWK Staszic określa skład drużyny manewrowej w rejonie III zapisem wg. potrzeb?” Uznać zatem należy, iż musi to być liczba realna zapewniająca należyte wykonanie zamówienia. Do oferty złożonej w postępowaniu przez DB Schenker Rail Polska sp. z o.o. załączono Wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia (załącznik nr 6 do SIWZ) oraz dokumenty zawierające informacje na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (str. 48-179 oferty). W wykazie tym nie wskazano jednak żadnej osoby, która będzie pełnić funkcję rewidenta taboru - nie jest sporne, iż funkcja taka jest niezbędną dla wykonania zamówienia. Z załączonych do wykazu dokumentów, wynikało, iż tylko jedna osoba mogłaby ewentualnie pełnić funkcję rewidenta taboru, a mianowicie Pan M.... J.... D..... (uprawnienia w tym zakresie potwierdza świadectwo złożenia egzaminu kwalifikacyjnego na stanowisko rewidenta taboru), który został jednocześnie wskazany na stanowisko maszynisty spalinowych pojazdów trakcyjnych (uprawnienia w tym zakresie potwierdza zarówno świadectwo złożenia egzaminu kwalifikacyjnego na stanowisko maszynisty spalinowych pojazdów trakcyjnych). Dla żadnej z pozostałych osób podanych w wykazie nie przedstawiono świadectwa złożenia egzaminu kwalifikacyjnego na stanowisko rewidenta taboru. Zamawiający, działając w oparciu o przepis art. 26 ust. 4 Pzp, pismem z dnia 20 lipca 2012 r., wezwał DB Schenker Rail Polska sp. z o.o., do złożenia wyjaśnień: „w jaki sposób Wasza firma chce realizować czynności wskazane w SIWZ.” Na marginesie należy wskazać, iż wyjaśnienia - jak należy przypuszczać - Zamawiający uznał za konieczne, gdyż na podstawie wiedzy i doświadczenia życiowego równoczesne sprawowanie funkcji rewidenta taboru i maszynisty spalinowych pojazdów trakcyjnych przez Pana M.... J. D..... jest tyleż niemożliwe i nierealne, co sprzeczne z przepisami dot. m.in. czasu pracy i bezpieczeństwa. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, DB Schenker Rail Polska sp. z o.o., w piśmie z dnia 24 lipca 2012 r. (odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień) poinformował, iż 5 pracowników wskazanych w załączonym do oferty „ Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” (Załącznik nr 6 do SIWZ) - poza uprawnieniami wskazanymi w ofercie - posiadają dodatkowo uprawnienia rewidenta taboru. W związku z powyższym, DB Schenker Rail Polska sp. z o.o., oświadczył, że w oparciu o w/w pracowników oraz wskazaną przez

Zamawiającego osobę Pana M..... J..... D..... zapewni pełne zabezpieczenie prac związanych z badaniem (ogłędzinami technicznymi) wagonów, dokonaniem ich odbioru technicznego oraz wykonaniem próby hamulca. Do złożonych wyjaśnień załączono świadectwa założenia egzaminu na stanowisko rewidenta taboru dla Pana M.... P....., M....., D..... R....., J..... L..... i M..... L..... Pismem z dnia 14 sierpnia 2012 r., Zamawiający wezwał DB Schenker Rail Polska sp. z o.o., do wyjaśniania w jaki sposób zrozumiała treść wezwania z dnia 20 lipca 2012 r. W odpowiedzi na powyższe, DB Schenker w piśmie z dnia 16 sierpnia 2012 r. wskazała, że „nie badała charakteru prawnego pisma z dnia 20 lipca 2012 r., a jedynie zastosowała się do wezwania w nim zawartego i udzieliła szczegółowych wyjaśnień.”

## II. Niedopuszczalna zmiana treści oferty i niezgodność oferty złożonej przez DB Schenker Rail Polska sp. z o.o. z treścią SIWZ

Z pisma złożonego przez DB Schenker Rail Polska sp. z o.o., dnia 24 lipca 2012 r. wynika, iż wykonawca ten pierwotnie zakładał realizację zamówienia w zakresie obowiązków rewidenta taboru wyłącznie siłami Pana M..... J... D..... Dopiero w wyniku odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, DB Schenker Rail Polska sp. z o.o., wskazał nowy, wystarczający do obsługi zadania zespół osób, z których każda będzie pełniła funkcję rewidenta taboru. Zatem w wyniku złożenia wyjaśnień, DB Schenker Rail Polska sp. z o.o., dokonała niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Zmiana ta polega na zmianie sposobu świadczenia usługi początkowo miała to wykonywać jedna osoba a następnie 6 osób. Podkreślić należy, iż Zamawiający nie wzywał do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3, a DB Schenker Rail Polska sp. z o.o., potwierdził pismem z 16 sierpnia 2012 r., iż nie było jego wolą uzupełnienie oferty.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, iż: „Przepis art. 87 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych wyraża ogólną zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może bowiem stanowić zmiany oferty, winno mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty, zawartych w niej oświadczeń i informacji. Nie będzie dopuszczalna sytuacja, że w ramach wyjaśnień udzielonych na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też w wyniku uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy nastąpi zmiana treści oferty. Uzupełnienie lub wyjaśnienie oświadczenia lub dokumentu potwierdzającego spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego z zastosowaniem regulacji art. 26 ust. 3 i 4 ustawy odnosi się wprost do zaoferowanego świadczenia i także ono nie może skutkować zmianą treści oferty. Jeśli w

ofercie zawarto opis zaoferowanego przedmiotu (tutaj: w postaci rysunku układu elektrycznego), to w wyniku wyjaśnienia tego dokumentu nie może nastąpić zmiana tego przedmiotu w sposób, który nie znajduje oparcia w charakterystyce zamieszczonej w ofercie. Z tego względu uznano, że na wezwanie do wyjaśnienia dokumentu stanowiącego rysunek zawarty w ofercie, w wyniku złożenia nowego, poprawionego rysunku, opatrzonego o dodatkowy zestaw pompowy, którego w pierwotnie złożonym w ofercie rysunku nie uwidoczniiono, doszło do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, czemu sprzeciwia się treść art. 87 ust. 1 ustawy. Ocenie zamawiającego powinna zatem podlegać oferowany przedmiot w kształcie i zakresie, jaki wynika z pierwotnie złożonej oferty, bez jej modyfikacji dokonanej w ramach uzupełnienia dokumentów."

Jak jednoznacznie powyżej wykazano, wyjaśnienia złożone przez DB Schenker Rail Polska sp. z o.o. prowadzą de facto do zmiany sposobu realizacji zamówienia w zakresie obowiązków rewidenta taboru i stanowią niedopuszczalną zmianę treści oferty. W skrócie: początkowo miała te obowiązki wykonywać jedna osoba, a następnie sześć osób. Pierwotny sposób wykonania zamówienia został zatem zmodyfikowany. W sposób uzasadniony i graniczący z pewnością uznać należy, iż DB Schenker Rail Polska sp. z o.o. zmodyfikował rodzaj i sposób oferowanego świadczenia - w przeciwnym razie w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego z 14 sierpnia 2012r. potwierdziłby jedynie chęć uzupełnienia dokumentów. Nie jest możliwym realizacja przedmiotu umowy przy użyciu tylko jednej osoby przewidzianej do pełnienia funkcji rewidenta taboru. DB Schenker Rail Polska sp. z o.o. w złożonej ofercie nie przewidział odpowiedniej liczby osób dla zapewnienia prawidłowej realizacji przedmiotu umowy. Zgodnie z § 23 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 lutego 2011 r. w sprawie pracowników zatrudnionych na stanowiskach bezpośrednio związanych z prowadzeniem i bezpieczeństwem ruchu kolejowego, prowadzeniem określonych rodzajów pojazdów kolejowych oraz pojazdów kolejowych metra, pracodawca organizuje doskonalenie zawodowe i egzaminy okresowe pracowników zatrudnionych na stanowisku pracy rewidenta taboru, nie rzadziej niż raz na cztery lata. Stosownie do § 26 przywołanego rozporządzenia, zdanie egzaminu okresowego odnotowuje się w rejestrze egzaminów prowadzonym przez pracodawcę. Uznać zatem należy, iż nawet jeśli przyjąć, że nastąpiło dobrowolne uzupełnienie oferty to jest ono nieskuteczne, gdyż w dalszym ciągu nie są potwierdzone kwalifikacje personelu. Załączone do wyjaśnień świadectwa złożenia egzaminu kwalifikacyjnego na stanowisko rewidenta taboru dla 5 osób wskazanych w wyjaśnieniach zostały wystawione przed 2008 rokiem - osoby wskazane przez DB Schenker Rail Polska sp. z o.o., nie mogą wykonywać powierzonych im obowiązków. W dokumentach przedłożonych przez DB Schenker Rail Polska sp. z o.o., w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień brak informacji dotyczących uzyskania przez pracowników



pozytywnego wyniku z egzaminu okresowego. Zamawiający nie może mieć zatem pewności, iż osoby te dysponują odpowiednią wiedzą oraz kwalifikacjami do pełnienia funkcji rewidenta taboru. Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający powinien wykluczyć DB Schenker Rail Polska sp. z o.o., z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. DB Schenker Rail Polska sp. z o.o. nie wykazał bowiem spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia. Jak wynika z oświadczenia z dnia 16 sierpnia 2012r. DB Schenker Rail Polska sp. z o.o., nie miał zamiaru uzupełniać brakujących dokumentów. W konsekwencji przedstawiony w ofercie sposób wykonania zamówienia jest niezgodny z treścią SIWZ, gdyż przy jego zastosowaniu nie jest możliwe zrealizowanie przedmiotu zamówienia, a tym samym oferta złożona przez DB Schenker Rail Polska sp. z o.o., podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zaniechanie dokonania przez Zamawiającego w/w czynności stanowi rażące naruszenie przepisów Pzp.

### III. Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień.

1. Jak już wyżej wskazywano, w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 20 lipca 2012 r., DB Schenker Rail Polska sp. z o.o., udzielił wyjaśnienia, jednocześnie przedkładając Zamawiającemu świadectwa założenia egzaminu na stanowisko rewidenta taboru dla 5 pracowników, którzy zostali imiennie wskazani w wyjaśnieniach.

2. Analiza treści wezwania wystosowanego przez Zamawiającego do DB Schenker Rail Polska sp. z o.o., jednoznacznie wskazuje, że intencją Zamawiającego było uzyskanie wyjaśnień, o czym świadczy chociażby fakt, iż jako podstawę prawną wezwania Zamawiający wskazał na przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający w żadnym punkcie wezwania nie wskazał na konieczność uzupełnienia przez DB Schenker Rail Polska sp. z o.o. jakichkolwiek dokumentów.

3. Tym samym, Zamawiający nie powinien uwzględniać dokumentów załączonych do wyjaśnień złożonych przez DB Schenker Rail Polska sp. z o.o., gdyż zostały one złożone z inicjatywy Wykonawcy, a zatem ich uzupełnienie jest nieskuteczne. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej:

a) wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 773/12 „Biorąc pod uwagę powyższe Izba wskazuje za zasadne stanowisko, że wykonawca nie powinien z własnej inicjatywy dokonywać uzupełnienia dokumentów oferty, gdyż biorąc pod uwagę powyższe ustalenia stwierdzić należy, że Zamawiający nie może takich dokumentów poddawać ocenie, ponieważ samodzielne uzupełnianie przez wykonawców dokumentów, o których mowa w art.

25 ust. 1 ustawy p.z.p. nie poprzedzone wezwaniem zamawiającego o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. nie może rodzić żadnych skutków i jest nieskuteczne ". - wyrok z 28 lipca 2011r. sygn. akt: KIO 1521/11. "

b) wyrok KIO z dnia 19 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1683/11 „Ocena Zamawiającego w przedmiocie uznania za spełnione warunków udziału w postępowaniu była przedwczesną, przy czym Zamawiający nie podjął, wymaganych w tych okolicznościach działań mających na celu wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, fakt złożenia przez Przystępującego wraz z wyjaśnieniami z dnia 15 lipca 2011 r. poprawionego wykazu usług opatrzonego dokumentami na potwierdzenie należytego wykonania uzupełnionej usługi oraz zobowiązaniem podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, nie oznacza, że Zamawiający nie jest zobowiązany do wystosowania wezwania do uzupełnienia dokumentów. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter obligatoryjny, jest adresowany do zamawiającego. Wykonawca, mocą własnych czynności nie może zdjąć z Zamawiającego obowiązku wezwania do uzupełnienia wymaganych oświadczeń lub dokumentów."

Reasumując, dokonując oceny złożonych przez DB Schenker Rail Polska sp. z o.o., wyjaśnień z uwzględnieniem załączonym do nich dokumentów, Zamawiający naruszył również przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W świetle przedstawionej powyżej argumentacji nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp - w szczególności art. 91 b ust. 1. Przepis ten stanowi, że Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Ponadto, działania i zaniechania, których dopuścił się Zamawiający w toku postępowania doprowadziły do naruszenia wyrażonej w art. 7 ust.1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Oferta DB Schenker Rail Polska sp. z o.o. została zmieniona po upływie terminu składania ofert, co jest naruszeniem przepisu art. 84 ust. 1 ustawy Pzp. Wymianę korespondencji pomiędzy Zamawiającym a DB Schenker Rail Polska sp. z o.o. w okolicznościach niniejszej sprawy należy uznać, za zakazane art. 87 ust. 1 ustawy Pzp negocjacje i równie niedopuszczalną na mocy art. 87 ust. 1 próbę wprowadzenia zmiany w treści oferty.

Podsumowując, argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza zasadność i konieczność wniesienia niniejszego odwołania.

W dniu 28 sierpnia 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu

odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 31 sierpnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy DB Schenker Rail Polska sp. z o.o. Przystępujący wskazywał, iż ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, ponieważ pozwoli to Przystępującemu na udział w następnym etapie przetargu tj. w aukcji elektronicznej i w konsekwencji Przystępujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, tym bardziej, iż na obecnym etapie oferta Przystępującego jest najkorzystniejsza. W interesie Przystępującego jest zatem oddalenie odwołania w całości i dalsze prowadzenia postępowania z udziałem Przystępującemu, bowiem umożliwi to Przystępującemu uzyskanie niniejszego zamówienia.

Przystępujący wyjaśnia, iż termin do wniesienia odwołania wynikający z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp został zachowany, ponieważ kopię odwołania otrzymał w dniu 28 sierpnia 2012 r.

W dniu 27 sierpnia 2012 r. Odwołujący wniósł odwołanie, w konsekwencji czego Zamawiający pismem z dnia 28 sierpnia 2012 r. odwołał aukcję elektroniczną wyznaczoną na dzień 28 sierpnia 2012 r. Przystępujący nie zgadzał się z zarzutami podniesionymi w odwołaniu wskazując co następuje.

Zdaniem Przystępującego oczywiste jest, iż po złożeniu ofert niedopuszczalna jest zmiana treści oferty, podobnie jak niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Wbrew jednak twierdzeniom Odwołującego, żadna z tych sytuacji nie miała miejsca w niniejszym przypadku. Przystępujący nie dokonał bowiem żadnej zmiany w treści złożonej oferty, jak również nie prowadził z Zamawiającym negocjacji w przedmiocie złożonej oferty.

Należy bowiem zwrócić uwagę, iż Zamawiający skorzystał jedynie z wynikających z ustawy instrumentów i wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w celu usunięcia wątpliwości co do oświadczeń w złożonej przez Przystępującego ofercie. Przystępujący natomiast, zastosował się do wezwania i udzielił Zamawiającemu szczegółowych wyjaśnień. Nie można zatem uznać takiej korespondencji za negocjacje w rozumieniu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Przystępującego Zamawiający nie naruszył zatem przepisów ustawy Pzp, nie można bowiem Zamawiającemu czynić zarzutu, iż korzysta z uprawnień wynikających z ustawy Pzp. Nie można się również zgodzić, iż wyjaśnienia Przystępującego spowodowały zmianę treści oferty poprzez zmianę sposobu świadczenia usługi. W ślad za

wyrokiem KIO z dnia 28 grudnia 2011 r. (sygn. akt: KIO 2674/11) należy podnieść, iż „(...) treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego”. W niniejszym postępowaniu Przystępujący poprzez wyjaśnienia nie zmienił swojego pierwotnego oświadczenia woli co do wykonania oznaczonej usługi, nadal bowiem Przystępujący oferuje wykonanie zamówienia w zakresie określonym w przedmiocie przetargu oraz na warunkach określonych w SIWZ.

Istotne jest także, iż Przystępujący w żaden sposób nie zmodyfikował również listy osób wskazanych w ofercie, w tym przede wszystkim nie dodano nowych osób, a jedynie, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, wskazano, że osoby wymienione i wskazane w ofercie od samego początku posiadają określone uprawnienia. Nie można zatem uznać, iż stanowi to zmianę oferty. Przystępujący złożył bowiem jedynie wyjaśnienie co do wcześniejszego oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia. Oświadczenie to zresztą zostało powtórzone i podtrzymane przez Przystępującego w wyjaśnieniach. O zmianie oferty można by natomiast mówić gdyby Przystępujący w ramach udzielonych wyjaśnień przedstawił zmodyfikowany, np. poszerzony wykaz osób niż ten pierwotnie załączony do oferty.

Należy przy tym zauważyć, iż w orzeczeniu KIO na które powołuje się Odwołujący (*notabene* bez wskazania daty i sygnatury orzeczenia) zwrócono uwagę na zupełnie inny stan faktyczny, gdzie wykonawca złożył nowy poprawiony rysunek opatrzony o dodatkowy zestaw pompowy. Rzeczywiście w takim przypadku należy uznać, iż doszło do niedopuszczalnej zmiany oferty, natomiast w niniejszym postępowaniu Przystępujący nie przedstawił żadnych dodatkowych osób w stosunku do osób wymienionych w wykazie załączonym do oferty. Natomiast przesłane wraz z wyjaśnieniem dokumenty miały na celu jedynie potwierdzenie złożonych wyjaśnień oraz umożliwienie Zamawiającemu dokonania rzetelnej ich oceny, jak i oceny oferty jako całości.

Przystępujący zaprzecza również, aby pierwotnie zakładał, iż zapewni realizację zamówienia w zakresie obowiązków rewidenta tylko jedną osobą. Wprost przeciwnie, Przystępujący tak skonstruował listę osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia aby w sposób należyty zapewnić realizację zamówienia. Stąd też w wykazie umieszczono osoby, które oprócz głównego podanego w wykazie stanowiska, na którym są zatrudnieni u Przystępującego, posiadają także szereg dodatkowych uprawnień, co pozwala

Przystępującemu na prawidłową i płynną realizację zamówienia. Nieprawdziwe są zatem twierdzenia Odwołującego jakoby Przystępujący pierwotnie zakładał możliwość realizacji zamówienia przy wykorzystaniu jednego rewidenta.

Na marginesie należy zaznaczyć, iż Zamawiający w SIWZ nie wykluczył możliwości realizacji zamówienia przez osoby posiadające podwójne lub nawet więcej uprawnień, wymagając od wykonawców jedynie tego, aby zapewnili prawidłowe wykonanie zamówienia. Zamawiający w ogóle w treści SIWZ nie określił wymaganej od wykonawców liczby osób, jakie mają być zatrudnione na poszczególnych stanowiskach. Zamawiający żądał jedynie przedstawienia wykazu osób niezbędnych do wykonania zamówienia. Należy zatem uznać, iż Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w organizacji pracy i doborze poszczególnych osób, z oczywistym zastrzeżeniem aby zamówienie zostało zrealizowane prawidłowo.

Również w wyjaśnieniach do SIWZ z dnia 19 marca 2012 r. Zamawiający - co przyznaje Odwołujący - nie określił dokładnej liczby osób jakich wymaga na poszczególnych stanowiskach, podkreślając jednocześnie, iż określa to wykonawca według potrzeb, z zastrzeżeniem jednak, iż musi zostać zapewniona prawidłowa realizacja przedmiotu umowy. Jak to więc wskazano powyżej, Zamawiający nie ingerował w organizację prac u wykonawców i nie narzucał im liczby osób niezbędnych do zatrudnienia na danym stanowisku w tym na stanowisku rewidenta.

Skoro zatem Zamawiający nie sprecyzował, iż wymaga wskazania konkretnej liczby (np. 5) rewidentów, to bezpodstawne są zarzuty, iż Przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W wykazie załączonym przez Przystępującego do oferty obejmującym w sumie 78 osób, od samego początku widnieje 6 osób posiadających na dzień złożenia oferty uprawnienia biegłego rewidenta. W związku z czym oczywiste jest, iż w chwili składania oferty jak i obecnie Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Bezpodstawne byłoby zatem wykluczenie Przystępującego z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zatem - a *contrario* - nie można uznać aby działanie Zamawiającego było nieprawidłowe.

Bezzasadny jest również zarzut nieposiadania wymaganych kwalifikacji przez wskazane przez Przystępującego osoby, które będą realizować zamówienie. W SIWZ wskazano bowiem wyraźnie, że „Do wykazu należy dołączyć potwierdzone za zgodność z oryginałem kopie dokumentów stwierdzających posiadanie odpowiednich kwalifikacji niezbędnych do wykonania zamówienia” (pouczenie w załączniku nr 6 do SIWZ).

Specyfikacja nie wymagała natomiast przedłożenia jakichkolwiek dokumentów potwierdzających uczestnictwo poszczególnych pracowników w szkoleniach okresowych i zdanie egzaminów okresowych. W związku z tym Przystępujący niewątpliwie spełnił wymóg SIWZ, bowiem wskazane osoby posiadają uprawnienia rewidentów, co zresztą przyznaje sam Odwołujący, zarzucając jedynie, iż dokumenty te zostały wystawione przed 2008 r.

Przystępujący podnosił, że Odwołujący zdaje się jednak nie zauważać, iż w złożonej przez siebie ofercie, sam nie przedstawia świadectw z egzaminów okresowych, a jedynie świadectwa uzyskania uprawnień przez konkretne osoby. Do oferty Odwołującego - na str. od 630 do 664 - przedstawiono świadectwa uzyskane w latach głównie 90-tych ubiegłego wieku, a tylko jedna osoba złożyła egzamin w 2008, niemniej jednak od egzaminu tego upłynęły już ponad 4 lata. Przystępujący wskazuje, iż Odwołujący do oferty załączył następujące dokumenty potwierdzające uprawnienia rewidentów taboru:

- Pan B..... A..... - świadectwo z dnia 18.01.1999 r. (str. 630), brak świadectw z egzaminów okresowych,
- Pan B..... B..... - świadectwo z dnia 18.12.1995 r. (str. 634), brak świadectw z egzaminów okresowych,
- Pan D..... K..... - świadectwo z dnia 08.06.1990 r. (str. 637), brak świadectw z egzaminów okresowych,
- Pan D..... S..... - świadectwo z dnia 08.06.1990 r. (str. 640), brak świadectw z egzaminów okresowych,
- Pan Głęb Adam - świadectwo z dnia 18.01.1993 r. (str. 644), brak świadectw z egzaminów okresowych,
- Pan K..... J..... - świadectwo z dnia 28.05.1997 r. (str. 650), brak świadectw z egzaminów okresowych,
- Pan K..... R..... - świadectwo z dnia 18.04.1994 r. (str. 656), brak świadectw z egzaminów okresowych,
- Pan S..... Ł..... - świadectwo z dnia 26.02.2008 r. (str. 660), brak świadectw z egzaminów okresowych,

Gdyby zatem przyjąć argumentację Odwołującego, to należałoby uznać, iż również osoby wskazane przez Odwołującego nie mogą wykonywać powierzonych im obowiązków i w konsekwencji Zamawiający powinien wykluczyć Odwołującego z powodu niewykazania, iż dysponuje on osobami zdolnymi do realizacji zamówienia.

Niemniej jednak w ocenie Przystępującego takie stanowisko jest zbyt daleko idące, a przede wszystkim nie znajduje uzasadnienia w SIWZ, ponieważ - jak to wskazano powyżej -

uzyskania tych uprawnień.

Na zakończenie należy jedynie dodać, że gdyby Zamawiający wymagał przedstawienia świadectw okresowych wyłącznie od Przystępującego, to byłoby to działanie nie tylko niezgodne z SIWZ (bowiem w SIWZ w ogóle nie przewidziano obowiązku przedstawienia takich dokumentów), ale także prowadziłoby to do nierównego traktowania poszczególnych wykonawców, skoro również i Odwołujący nie przedstawił żadnych świadectw z egzaminów okresowych. W związku z powyższym oczywiste jest, iż Zamawiający nie naruszył w tym zakresie żadnych przepisów, a zarzuty podniesione przez Odwołującego są bezzasadne.

Podsumowując zatem należy uznać, iż Przystępujący, udzielając wyjaśnień, nie dokonał zmiany pierwotnej oferty, jak również nie dokonał żadnych zmian (w szczególności poprzez rozszerzenie) w wykazie osób które będą zamówienie realizować. Nie ma również podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania z powodu rzekomego nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bowiem osoby wskazane w wykazie załączonym do oferty, posiadają wymagane uprawnienia i zapewniają należyte wykonanie niniejszego zamówienia.

W związku z powyższym, Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 5 września 2012 r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania.

W dniu 6 września 2012 r. Przystępujący został wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania.

Dnia 10 września 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynął sprzeciw Przystępującego wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również dołączoną na wniosek Zamawiającego dokumentację postępowania o sygn. akt KIO 599/12 i KIO 1095/12 oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje.**

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, braki formalne odwołania zostały usunięte w terminie oraz uiszczono od niego wpis. Odwołujący spełnia także przesłanki

wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Wykonawcy DB Schenker Rail Polska sp. z o.o. z uwagi na spełnienie przez niego warunków skuteczności przystąpienia określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba przyjęła również, iż stan faktyczny sprawy nie jest sporny pomiędzy stronami i w wystarczający sposób został przedstawiony powyżej.

Działając w granicach wyznaczonych regulacją art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez DB Schenker Rail Polska sp. z o.o., pomimo iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący argumentował, iż z pisma złożonego przez DB Schenker Rail Polska sp. z o.o. z dnia 24 lipca 2012 r. wynika, iż wykonawca ten pierwotnie zakładał realizację zamówienia w zakresie obowiązków rewidenta taboru wyłącznie siłami Pana M..... J.... D..... Dopiero w wyniku odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, DB Schenker Rail Polska sp. z o.o., podał nowy, wystarczający do obsługi zadania zespół osób, z których każda będzie pełniła funkcję rewidenta taboru. Zatem w wyniku złożenia wyjaśnień Przystępujący dokonał niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Zmiana ta polega na zmianie sposobu świadczenia usługi, którą początkowo miała wykonywać jedna osoba, a następnie 6 osób.

W ocenie Izby powyższa argumentacja nie potwierdza, aby oferta była sprzeczna z treścią SIWZ, co miałyby skutkować jej odrzuceniem w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Należy zauważyć, iż odnosi się ona do warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności kadrowych wykonawcy, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, przedstawiany jest zatem na potwierdzenie spełnienia podmiotowego warunku udziału w postępowaniu, a ewentualne braki w tym zakresie podlegają ocenie nie z punktu widzenia zgodności oferty z treścią SIWZ, lecz spełnienia warunku udziału w postępowaniu, stanowiąc podstawę do wykluczenia wykonawcy, a nie odrzucenia jego oferty jako sprzecznej z SIWZ. Dokonując zatem zmian w zakresie wykazu, nie dokonuje się niedozwolonych zmian w treści oferty, o których mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż ten dotyczy treści oferty a nie treści dokumentów i oświadczeń składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Sama ustawa Pzp zawiera w tej mierze odrębną regulację, ustanawiając w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp obowiązek żądania wyjaśnień treści tych dokumentów. Jasne jest



zatem, iż treść oferty, o której mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i treść dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia podmiotowych warunków udziału w postępowaniu mają charakter odrębny. Ponadto należy podkreślić, iż Zamawiający nie określił wymaganego sposobu wykonania zamówienia, tj. nie sprecyzował, w jaki sposób i przy użyciu ilu osób ma wykonawca zapewnić prawidłowe jego wykonanie. Oznacza to zatem, iż brak jest postanowień SIWZ, które wykonawca w swojej ofercie mógłby naruszyć i które zapewniałyby wzorzec odniesienia dla oceny jego oferty co do zgodności z treścią SIWZ. Zamawiający postawił jedynie określone wymogi kadrowe, a te podlegają ocenie z punktu widzenia oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu a nie zgodności oferty z treścią SIWZ. Takie rozumowanie prowadziłoby do wniosku, iż każdy dokument składany wraz z ofertą, niezależnie od jego charakteru, podlega ocenie z punktu widzenia jego zgodności z SIWZ i każda wadliwość, o ile nie byłaby możliwa jej poprawa w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stanowiłaby podstawę odrzucenia oferty jako sprzecznej z SIWZ. Powyższe czyniłoby martwym przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który dopuszcza sanację wadliwości oferty w zakresie dokumentów wymienionych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a do takiej kategorii należy wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia. Reasumując, wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia i ewentualne wyjaśnienia/modyfikacje do niego nie podlega ocenie z punktu widzenia zgodności oferty z treścią SIWZ z konsekwencjami określonymi w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, lecz spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Z powyższego względu zarzut Odwołującego należy uznać za niezasadny.

Zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uwzględnienie wyjaśnień złożonych przez DB Schenker Rail Polska sp. z o.o., które to wyjaśnienia prowadzą do niedopuszczalnej zmiany treści oferty Izba uznała za niezasadny. Izba zauważyła, w nawiązaniu do rozważań powyżej, iż powiązanie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za nieuprawnione. Są to odrębne regulacje ustawy Pzp i ich powiązanie nie znajduje żadnego ustawowego uzasadnienia, zwłaszcza w kontekście podnoszonego przez Odwołującego skutku w postaci konieczności odrzucenia oferty z uwagi na jej niedopuszczalną modyfikację. Ponadto sam Odwołujący zauważył, iż podstawą prawną żądania przez Zamawiającego wyjaśnień był art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a nie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podnosił też, iż nie było celem Zamawiającego żądanie uzupełnienia dokumentów, a więc nie powinien przedmiotowego uzupełnienia uwzględniać jako złożonego wyłącznie z inicjatywy wykonawcy. Dokonując oceny złożonych wyjaśnień z uwzględnieniem załączonych do nich dokumentów, naruszył zatem art. 26 ust.4 ustawy Pzp. Odwołujący pominął jednak okoliczność, iż Zamawiający nie sprecyzował sposobu przedstawienia wyjaśnień. Nie uwzględnił także w swojej argumentacji

faktu, iż w razie stwierdzenia niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego Zamawiającego obciąża obowiązek wezwania do uzupełnienia wadliwych/brakujących oświadczeń/dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zarzut naruszenia powyższego przepisu ani żądanie w tym zakresie nie zostało postawione w treści odwołania nawet jako żądanie alternatywne. Argumentacja Odwołującego opierała się bowiem na uznaniu, iż załączenie do wyjaśnień przedstawionych przez Przystępującego dokumentów uzupełniających złożony wykaz osób, które będą brały udział w realizacji zamówienia skutkuje zmianą pierwotnego sposobu wykonania zamówienia uzasadniająca odrzucenie oferty jako sprzecznej z SIWZ. Takie wnioskowanie Izba uznała za nieznajdujące oparcia w ustawie Pzp i zarzut w tej mierze za niezasadny. Jako że Odwołujący uwzględnił wyjaśnień powiązał jedynie z ustaleniem niedopuszczalnej zmiany treści oferty oraz naruszeniem art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, nie zostało przedstawione jednoznaczne stanowisko Odwołującego co do innych potencjalnych skutków przedmiotowego naruszenia. Takim skutkiem nie jest ani odrzucenie oferty jako sprzecznej z SIWZ ani automatyczne wykluczenie wykonawcy, jak tego domagał się Odwołujący w treści odwołania. Wprawdzie Odwołujący na rozprawie podnosił, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów/oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp mogłoby zostać dokonane (a czego Zamawiający zaniechał), jednak ani zarzutu w tym zakresie ani treści ewentualnego żądania uzupełnienia w odwołaniu nie sformułował. W ocenie Izby Zamawiający, uwzględniając wyjaśnienia przedstawione przez Przystępującego i załączone do nich dokumenty, nie tyle bowiem naruszył art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, co art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, skoro zdaniem Odwołującego pierwotny wykaz osób, które miały brać udział w realizacji zamówienia wraz z przedłożonymi wraz z nim dokumentami nie potwierdzał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia. Brak jednoznacznego zarzutu w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp pozbawia Izbę kognicji orzekania o nim.

Zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia DB Schenker Rail Polska sp. z o.o. z udziału w postępowaniu, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia zdaniem Izby nie potwierdził się. W pkt 6 SIWZ "Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie wykonawca winien dostarczyć w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu" Zamawiający przewidział:

"6.1. W celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w pkt 5.1. niniejszej SIWZ, zamawiający żąda złożenia:

3. wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub

kierowanie robotami wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (załącznik nr 6 do niniejszej SIWZ)".

Z powyższego wynika, że Zamawiający nie uszczegółowił wymagań dotyczących potencjału kadrowego. W istocie dokonał opisanego warunku wyłącznie poprzez żądanie przedstawienia wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia o bardzo ogólnej treści, co już należy uznać za wadliwe. Zamawiający może bowiem żądać w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp dokumentów dotyczących tylko takich warunków, których opis sposobu oceny spełniania został przez niego dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu/SIWZ. Tymczasem Zamawiający nie określił żadnej minimalnej liczby osób, która miałaby być podstawą do dokonania przez niego oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie sprecyzował charakteru ani rodzaju wymaganych stanowisk, które należy wskazać w wykazie. W wyjaśnieniach do SIWZ podał jedynie, że potencjał kadrowy ma zapewniać wykonanie zamówienia. Zapisy te i wyjaśnienia są na tyle ogólnikowe, że w istocie uniemożliwiają rzetelne porównanie ofert, gdyż nie podaje się jednolitego dla wszystkich wykonawców wzorca do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponadto należy zauważyć, iż Odwołujący nie kwestionował w treści odwołania, że uzupełnione w wyjaśnieniach Przystępującego informacje odnośnie potencjału kadrowego nie są wystarczające do realizacji zamówienia. W treści odwołania Odwołujący wskazał bowiem: „Dopiero w wyniku odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, DB Schenker wskazał nowy, wystarczający do obsługi zadania zespół osób, z których każda będzie pełniła funkcję rewidenta taboru”. Kwestionował jedynie dopuszczalność uwzględnienia wyjaśnień zawierających dodatkowe dokumenty oraz prawidłowość uzupełnionych dokumentów z uwagi na brak informacji o złożeniu z wynikiem pozytywnym wymaganego przepisami egzaminu okresowego. Tym samym uznać należy, że z formalnego punktu widzenia ani podana liczba osób, które miałyby pełnić funkcję rewidenta taboru ani łączenie przez te osoby funkcji rewidenta taboru w innych nie zostało przez Odwołującego w odwołaniu zakwestionowane. Próby podnoszenia tych okoliczności na etapie postępowania odwoławczego należy uznać za spóźnione. Z kolei odnośnie sposobu potwierdzenia kwalifikacji zawodowych należy zauważyć, iż Zamawiający jedynie ogólnie określił zakres informacji w tym zakresie, więc nie sposób z SIWZ wywieść obowiązku przedłożenia takich dokumentów, o których mowa w odwołaniu (egzamin okresowy). Powyższe oznacza, iż złożenie takich dokumentów nie było niezbędne dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu i nie może stanowić

podstawy oceny zaistnienia przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Ponadto w ocenie Izby z uwagi na bardzo ogólnikowy i w praktyce nieweryfikowalny sposób określenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego oraz złożenie przez Przystępującego dokumentów potwierdzających uprawnienia dla rewidentów taboru, których prawidłowości Odwołujący nie zakwestionował (w innym zakresie niż wskazany w odwołaniu) zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp jest nieuprawniony. Nawet gdyby przyjąć, że otrzymane przez Zamawiającego wyjaśnienia winny skłonić go do wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to zarzut wraz ze stosownym żądaniem nie został w odwołaniu podniesiony. Ponadto naruszenie powyższe w istocie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, co w świetle art. 192 ust. 2 ustawy Pzp uniemożliwia jego uwzględnienie w oparciu o powyższą podstawę. Jak było to wskazane, z uwagi na sposób opisu warunku potencjału kadrowego oraz zakres zaskarżenia odwołaniem, wezwanie Zamawiającego dotyczyć mogłoby bowiem tylko tych dokumentów i informacji, które są już w jego posiadaniu.

Na marginesie Izba zauważa, iż sposób, w jaki Zamawiający określił warunek potencjału kadrowego, należy uznać za wadliwy, gdyż w istocie uniemożliwia złożenie porównywalnych ofert. Argumenty Zamawiającego co do zaistnienia w związku z powyższym podstawy do unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zasługują na aprobatę. Izba nie dysponuje jednak narzędziami prawnymi do dokonania takiej czynności, a decyzja co do jej przeprowadzenia pozostaje w gestii Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo że oferta ta jest nieważna na podstawie innych przepisów, nie został przez Odwołującego uzasadniony. W związku z powyższym w świetle regulacji art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie orzekała co do tak przedstawionego zarzutu.

W związku z powyższym Izba uznała, że nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 91b ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu jako sprzeczna z treścią SIWZ ani art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W świetle powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku,

na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 pkt 2 i ust. 4 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), w tym zasądzono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Przystępującego w maksymalnej wysokości 3600 zł na podstawie faktury przedłożonej do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....