

Sygn. akt: 962/20

WYROK

z dnia 10 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2020r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k., Serwis Pojazdów Szynowych ASO P. M. z siedzibą lidera w Lisim Ogonie**

w postępowaniu prowadzonym przez **"Koleje Mazowieckie - KM" sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego "Mińsk Mazowiecki" S.A. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k., Serwis Pojazdów Szynowych ASO P. M. z siedzibą lidera w Lisim Ogonie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum: Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k., Serwis Pojazdów Szynowych ASO P. M. z siedzibą lidera w Lisim Ogonie** tytułem wpisu od odwołania.

2.1. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k., Serwis Pojazdów Szynowych ASO P. M. z siedzibą lidera w Lisim Ogonie** na rzecz **"Koleje Mazowieckie - KM" sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania – wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: „Koleje Mazowieckie - KM” sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie za pośrednictwem Platformy Zakupowej „Koleje Mazowieckie - KM” Sp. z o.o. pod adresem: <https://km.eb2b.com.pl> pod nazwą postępowania „Naprawy w poziomie utrzymania P4 elektrycznych zespołów trakcyjnych” znak: MWZ3-26-94-2019

Strona internetowa, na której zostało opublikowane Ogłoszenie: <https://km.eb2b.com.pl/open-preview-auction.html/167131/naprawv-w-pozomie-utrzmmania-p4-elektvrcznvch-zespolow-trakcyjnych> Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S 032-076205 w dniu 14 lutego 2020 r.

Odwołujący - Konsorcjum Firm:

1. Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k. (Lider Konsorcjum) ul. Szczecińska 15-19, 86-065 Lisi Ogon
2. P. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Serwis Pojazdów Szynowych ASO P. M. (Członek Konsorcjum) Trzeciwnica, ul. Powstańców Wlkp.13, 89-100 Nakło nad Notecią

wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w toku Postępowania, w tym m.in.:

- dokonania zmiany postanowień SIWZ po upływie terminu składania ofert,
- dokonania nieprawidłowej i niezgodnej z pierwotnym zakresem warunków udziału w Postępowaniu oceny oferty Odwołującego polegającej na uznaniu, że doświadczenie posiadane przez PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o. w Gdyni (dalej: „SKM”), a udostępnione na rzecz Odwołującego, nie pozwala na wykazanie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale VI ust. 2 pkt 3 SIWZ,
- wezwania Odwołującego do zastąpienia podmiotu udostępniającego Odwołującemu doświadczenie tj. SKM innym podmiotem / podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże doświadczenie określone w rozdziale VI ust. 2 pkt 3 SIWZ.

Zarzuty

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 ustawy Pzp przepisów, tj.:

1. art. 22a ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej i niezgodnej z pierwotnym zakresem warunków udziału w

Postępowaniu oceny oferty Odwołującego polegające na uznaniu, że doświadczenie posiadane przez SKM, a udostępnione Odwołującemu, nie pozwala na wykazanie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale VI ust. 2 pkt 3 SIWZ, podczas gdy ten warunek udziału został sprecyzowany jednoznacznie i precyzyjnie, a Odwołujący wykazał, że doszło do prawidłowego udostępnienia na jego rzecz potencjału w postaci doświadczenia wymaganego w rozdziale VI ust. 2 pkt 3 SIWZ przez SKM,

2. art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. art. 22 ust. 1a, art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz 38 ust. 4 ustawy Pzp przez dokonanie zmiany postanowień SIWZ po upływie terminu składania ofert polegające na niezasadnym zawężeniu warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale VI ust. 2 pkt 3 SIWZ z wykonania „napraw” na wykonanie „usług” w znaczeniu ustawy Pzp,

3. art. 22a ust. 6 ustawy Pzp przez bezpodstawne i niezasadne wezwanie Odwołującego do zastąpienia podmiotu udostępniającego Odwołującemu doświadczenie tj. SKM innym podmiotem/podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże doświadczenie określone w rozdziale VI ust. 2 pkt 3 SIWZ, podczas gdy warunek był określony jednoznacznie i precyzyjnie, a Odwołujący wykazał, że doszło do prawidłowego udostępnienia na jego rzecz potencjału w postaci doświadczenia wymaganego w rozdziale IV ust. 2 pkt 3 SIWZ przez SKM, oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia.

W świetle zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności z dnia 24 kwietnia 2020 r. polegającej na wezwaniu Odwołującego do zastąpienia podmiotu udostępniającego Odwołującemu doświadczenie tj. SKM innym podmiotem / podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia) jeżeli wykaże doświadczenie określone w rozdziale IV ust. 2 pkt 3 SIWZ.,

2. powtórzenia czynności w zakresie prawidłowej oceny oferty na podstawie pierwotnie ustalonych postanowień SIWZ oraz uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący wykazał, iż doszło do prawidłowego udostępnienia na jego rzecz potencjału w postaci doświadczenia wymaganego w rozdziale IV ust. 2 pkt 3 SIWZ przez SKM, a związku z tym potwierdził spełnienie warunków udziału w Postępowaniu,

3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Warunki udziału pierwotnie określone w SIWZ zostały ustalone w sposób jednoznaczny i precyzyjny, a Zamawiający nie był uprawniony do ich zmiany po upływie terminu składania ofert. Zamawiający błędnie ocenił, że potencjał w postaci doświadczenia udostępniony na rzecz Odwołującego przez SKM nie potwierdza spełnienia warunku udziału określonego w rozdziale VI ust. 2 pkt 3 SIWZ. Oferta Odwołujący została prawidłowo złożona i nie zawiera

błędów oraz została sklasyfikowana na pierwszym miejscu, a tym samym istnieje możliwość wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Uchybienia mogą zostać naprawione przez nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami Pzp, przy uwzględnieniu zarzutów odwołania.

Wezwanie Odwołującego do zastąpienia podmiotu udostępniającego Odwołującemu doświadczenie tj. SKM innym podmiotem lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże doświadczenie określone w SIWZ, będące podstawą zarzutów, zostało odebrane przez Odwołującego 24 kwietnia 2020 r.

W dniu 24 Kwietnia 2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że doświadczenie posiadane przez SKM, a udostępnione na rzecz Odwołującego, nie pozwala na wykazanie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale VI ust. 2 pkt 3 SIWZ oraz wezwał Odwołującego do zastąpienia podmiotu udostępniającego Odwołującemu doświadczenie tj. SKM innym podmiotem / podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże doświadczenie określone w rozdziale VI ust. 2 pkt 3 SIWZ.

Odwołujący podważa zasadność i poprawność podjętych przez Zamawiającego rozstrzygnięć w zakresie oceny oferty Odwołującego i skierowania do niego wezwania o zmianę podmiotu udostępniającego doświadczenie lub zobowiązanie się przez Odwołującego do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia.

1. Zgodnie z treścią rozdziału VI ust. 2 pkt 3 SIWZ Zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek udziału w Postępowaniu dotyczący zdolności techniczne lub zawodowej tj. wykażą że wykonali należycie co najmniej siedem napraw w poziomie utrzymania P4 lub wyższym elektrycznych zespołów trakcyjnych. Ostatecznie brzmienie ww. warunku zostało ustalone dnia 12 marca 2020 r., a warunek był przedmiotem licznych wyjaśnień Zamawiającego m. in. z dnia 1 kwietnia 2020 r., 9 kwietnia 2020 r. i 15 kwietnia 2020 r. Spełnienie warunku miało polegać na wykazanie się doświadczeniem w realizacji konkretnych czynności jakimi były naprawy. Zamawiający nie wskazał przy tym, że powyższa czynność miała polegać na dokonaniu usługi, które to pojęcie ma węższe znaczenie niż pojęcie „naprawy”.

W celu potwierdzenia Wykonawcy mogli polegać na zdolnościach technicznych lub sytuacji finansowej innych podmiotów. Odwołujący, w celu wykazania posiadania doświadczenia, w ofercie powołał się na zdolność techniczną SKM tj. naprawy w poziomie utrzymania P4 elektrycznych zespołów trakcyjnych - 2 sztuki w okresie trwania umowy. W przedstawionym przez SKM dokumencie JEDZ podmiot ten potwierdził wykonanie 11 napraw poziomu utrzymania P4 elektrycznych zespołów trakcyjnych w roku 2019 r. Jednocześnie SKM wskazał, że odbiorcą napraw była PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o.

Z informacji z otwarcia ofert z dnia 17 kwietnia 2020 r. wynika, że oferta Odwołującego powinna zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu wśród złożonych ofert oraz wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu.

W ust. 3 Wezwania z dnia 24 kwietnia 2020 r. do złożenia wyjaśnień, dowodów, dokumentów i oświadczeń Zamawiający wskazał, że nie może uznać udostępnionych przez SKM zasobów za potwierdzające spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w Postępowaniu, ponieważ naprawy P4 EZT wskazane w JEDZ SKM wykonał sam dla siebie. Zamawiający wskazał, że takich prac nie może uznać za wykonanie usługi, ponieważ usługa nie może być świadczona na własną rzecz. Aby można było mówić o usłudze, wykonać na rzecz innego podmiotu.

Odwołujący wskazuje, że w tym miejscu doszło do nieprawidłowego ustalenia zakresu warunku udziału w porównaniu do jego pierwotnego brzmienia wynikającego z SIWZ, na skutek czego Zamawiający błędnie ocenił doświadczenia SKM na rzecz Odwołującego.

Zamawiający w Wezwaniu z dnia 24 kwietnia 2020 r. wskazał, że warunek miał polegać na wykonaniu określonych usług, co kilkakrotnie podkreślał. Tymczasem w SIWZ Zamawiający konkretnie sprecyzował, że na spełnienie warunku udziału należy wykazać się doświadczeniem w zakresie realizacji określonych napraw. Odwołujący podkreśla, że pojęcie „naprawy” ma znaczenie szersze niż pojęcie „usługi”. Jak wynika ze Słownika języka polskiego PWN (<https://sjp.pwn.pl/slowniki>) przez pojęcie „naprawy” należy rozumieć:

1. «usunięcie w czymś usterek, uszkodzeń i doprowadzenie czegoś do stanu używalności»
2. «zmiana na lepsze»
3. <wynagrodzenie krzywd lub wyrównanie szkód».

Pojęcie „usługi” należy zatem interpretować w sposób węższy niż pojęcie „naprawy”. W pojęciu „naprawy” zawiera się bowiem nie tylko wykonywanie pracy służącej bezpośrednio zaspokajaniu potrzeb, ale również ulepszaniu przedmiotu prac, doprowadzaniu tego przedmiotu do odpowiedniego stanu, czy usuwaniu jego wad i usterek. Ponadto, zgodnie z definicją językową przez pojęcie „doświadczenia” należy rozumieć „«ogół wiadomości i umiejętności zdobytych na podstawie obserwacji i własnych przeżyć. Zatem za nabywanie doświadczenia należy uznać wykonywanie czynności nie tylko na rzecz innych podmiotów ale również we własnym zakresie.

Zamawiający podejmując próbę zawężenia treści warunku udziału niezasadnie powołuje się na pozostałe postanowienia SIWZ czy oświadczenia SKM o udostępnienia doświadczenia, w których mowa o wykazie usług czy usłudze naprawy. Zamawiający niezasadnie zatem powołuje się na pojęcie „usług” wynikające z pozostałej dokumentacji, pomijając treść warunku udziału określonego rozdziale VI ust. 2 pkt 3 SIWZ.

Powyższe wskazuje zatem, że w okolicznościach sprawy doszło do nieuzasadnionego zawężenia znaczenia warunku udziału w rozdziale IV ust. 2 pkt 3 SIWZ w porównaniu do jego

brzmienia pierwotnie określonego w SIWZ. Zamawiający błędnie zatem ocenił, że w okolicznościach sprawy Odwołujący nie mógł powołać się na doświadczenie SKM nabyte przez ten podmiot w ramach dokonywania wewnętrznych napraw. Nie można zatem uznawać, że do wykazania posiadania doświadczenia w realizacji napraw w poziomie utrzymania P4 lub wyższym elektrycznych zespołów trakcyjnych (tj. czynności indywidualnie określonych w okolicznościach danej sprawy), będzie miało odpowiednie zastosowanie orzecznictwo i komentarze doktryny odnoszące się do wykazania doświadczenia polegającego na realizacji usług. W okolicznościach sprawy nie będzie mieć zastosowania twierdzenie, że wykonawca lub podmiot trzeci udostępniający potencjał wykonawcy nie może powoływać się na doświadczenie, które nabył w ramach wykonania usługi sam dla siebie.

Skoro Zamawiający miał wątpliwości co do pierwotnej treści SIWZ, w tym warunków udziału w Postępowaniu, powinien rozstrzygać wątpliwości na korzyść wykonawców biorących udział w Postępowaniu. Tak wskazała m. in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 910/19: „W razie jakichkolwiek wątpliwości treści SIWZ, w tym w szczególności w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu, winny one być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Źródłem powyższych wątpliwości może być konstrukcja samego warunku, w tym jego wielopoziomowa (kaskadowa) budowa”. Podobnie w wyrokach:

1) z 19 października 2018 r., KIO 2020/18: „warunek udziału w postępowaniu nie może być interpretowany na niekorzyść wykonawcy na etapie oceny spełniania warunków. Działanie takie naruszałoby zasady, o których mowa w art. 7 ust. 1 p.z.p./,

2) z 3 lutego 2016 r., KIO 68/16: „Jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań zamawiającego postawionych w tym zakresie w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy, zatem nie mogą przesądzać o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto, należy uznać na chybioną argumentację Zamawiającego, aby w okolicznościach sprawy powołanie się przez SKM na naprawy dokonane samemu dla siebie uniemożliwiało ocenę, czy czynności wskazane w wykazie zostały wykonane należycie. SKM jako przedsiębiorstwo sektorowe o złożonej strukturze składa się z wielu działów, zajmujących się odrębnymi gałęziami działalności. Ponieważ naprawy P4 EZT (wymienione w JEDZ SKM) były realizowane przez jeden dział SKM na rzecz drugiego podlegały procedurze badania należytej realizacji zamówienia. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedstawił Protokoły napraw z rok 2018 i 2019. (Protokół odbioru po P4 za rok 2018 - EN57-1718, pozostałe protokoły odbioru po P4 za rok 2018, Protokoły odbioru po P4 za rok 2019)

Odwołujący wskazał, że w zakładzie SKM obowiązują określone procedury wewnętrzne związane nie tylko z potwierdzaniem należytej realizacji napraw po ich zakończeniu, ale również weryfikacji stanu naprawionych taborów w dalszym okresie ich używania (potwierdzenie braku występowania wad i usterek taboru stanowiących konsekwencje

dokonanych naprawach). SKM posiada Certyfikat Bezpieczeństwa, który stanowi potwierdzenie, że System Zarządzania Bezpieczeństwem działa. Potwierdzeniem jakości wykonywanych zadań dotyczących jakości utrzymania taboru kolejowego jest okoliczność braku decyzji administracyjnych wydanych przez organ nadzoru jakim jest Urząd Transportu Kolejowego (dotyczących włączeń pojazdów kolejowych) w okresie ostatnich pięciu lat. SKM posiada w ramach Systemu procedurę Utrzymania sprawności pojazdów kolejowych oraz pozostałych zasobów technicznych.

W okresie 2017 - 2019 pojazdy kolejowe obsługiwane SKM przechodziły czwarty poziom utrzymania P4 w: PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Spółka z o.o., ZNTK Mińsk Mazowiecki S.A., Konsorcjum SPS Sp. z o.o. Sp. k. oraz SPS ASO.

W powyższych zakładach pojazdy kolejowe, które przechodziły czwarty poziom utrzymania P4, po zakończeniu prac odbierane były przez Komisarzy Odbiorczych SKM. Odbiory były wykonywane w taki sam sposób, niezależnie od wykonawcy P4. Dokumentacja po wykonanych naprawach jest zgodna z Dokumentacją Systemu Utrzymania danych pojazdów kolejowych. Niezależnie od zdającego pojazd kolejowy po P4 procedura odbioru pojazdu jest jednakowa. W przypadku odbiorów komisarycznych pojazdów kolejowych po czwartym poziomie utrzymania P4 w SKM Komisarz Odbiorczy nie ma zależności służbowej ze zdającym pojazd kolejowy po wykonanej naprawie (jest on pracownikiem innej komórki organizacyjnej). Na potwierdzenie powyższego Odwołujący złożył Oświadczenie - Wskaźnik niezawodności i dostępności istniejącej floty w ciągu ostatnich 3 lat (w którym wykazano sposób ustalenia wartości niezawodności i dostępności floty) oraz Tabelę - Współczynniki elektrycznych zespołów trakcyjnych serii EN57, EN57AKM, EN71.

(Wskaźnik niezawodności i dostępności istniejącej floty w ciągu ostatnich 3 lat, Współczynniki elektrycznych zespołów trakcyjnych serii EN57, EN57AKM, EN71.

Ponadto, za niezasadne należy uznać podnoszenie przez Zamawiającego, że skoro naprawa była realizowana na rzecz samego siebie, w wątpliwość należy podawać jej należyte wykonanie. SKM, czy inny przedsiębiorca, jako profesjonalista jest zobowiązany do starannego działania. Realizacja czynności mających służyć samemu przedsiębiorcy w sposób nienależyty działała by jedynie na niekorzyść tego przedsiębiorcy. Zatem trudno uznać, aby SKM wykonywał na własną rzecz pewne czynności w sposób działający na jego niekorzyść. Nie ma więc podstaw aby sądzić, że usługi świadczone samemu dla siebie mogłyby być wykonywane w sposób nienależyty.

Powyższe potwierdza, że w związku z jednoznacznie ustalonym w rozdziale VI ust. 2 pkt 3 SIWZ warunkiem udziału w Postępowaniu Odwołujący przedstawił doświadczenie SKM, które potwierdza spełnienie powyższego warunku. Zamawiający zatem nie był uprawniony do zawężenia treści warunku udziału na etapie badania i oceny ofert, a w konsekwencji dokonał błędnej oceny doświadczenia udostępnionego przez SKM jako nie czyniącego zadość

spornemu warunkowi udziału dziale. Zamawiający dopuścił się zatem naruszenia art. 22a ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 22 ust. 1 b pkt 3 ustawy Pzp.

2. Naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. art. 22 ust. 1 a, art. 22 ust. 1 b pkt 3 oraz 38 ust. 4 ustawy Pzp.

Z treści ust. 3 Wezwania z dnia 24 kwietnia 2020 r. do złożenia wyjaśnień, dowodów, dokumentów i oświadczeń wynika również, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy poprzez bezprawne dokonanie zmiany postanowień SIWZ po upływie terminu składania ofert polegające na niezasadnym zawężeniu znaczenia warunku udziału w Postępowaniu z wykonania „napraw” na wykonanie „usług” w znaczeniu ustawy Pzp.

Jak Odwołujący wskazywał, pojęcie „napraw” ma szersze znaczenie w porównaniu do pojęcia „usług” zatem uznanie zgodnie z treścią Wezwania z dnia 24 kwietnia 2020 r., że ustalony w rozdziale VI ust. 2 pkt 3 SIWZ warunek udziału dotyczył wykonania określonych usług, podczas gdy w pierwotne brzmienie mówi o wykonaniu określonych napraw, stanowi zawężenie znaczenia ustalonego pierwotnie warunku udziału.

Jak wynika z treści art. 38 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający jest upoważniony do zmiany treści SIWZ wyłącznie do upływu terminu składania ofert. Po upływie powyższego terminu niedopuszczalne jest wprowadzanie do SIWZ jakichkolwiek zmian dotyczących przebiegu Postępowania, a w szczególności postanowień mający wpływ na krąg podmiotów uprawnionych do udziału w Postępowaniu. Zamawiający dopuszczający się zmiany postanowień dotyczących warunków udziału w Postępowaniu dopuszcza się naruszenia zasady trwałości Postępowania. Przez zmianę uznaje się również rozszerzającą lub zawężającą interpretację postanowień SIWZ. W szczególności niedopuszczalna jest interpretacja zawężająca zakres warunków udziału w Postępowaniu. Powyższe potwierdzone zostało w licznych orzecznictwie m. in. w wyroku z dnia z dnia 13 czerwca 2019 r. (KIO 968/19): „Podkreślić należy; że na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu niedopuszczalna jest interpretacja zawężająca wymagań określonych w SIWZ, a wszelkie wątpliwości co do treści wymagań należy wyklądać na korzyść wykonawców. Podobnie Izba orzekła w wyroku z dnia 25 lipca 2018 r. (sygn. akt: KIO 1389/18), z treści którego wynika, że: „Nie można dokonać po upływie terminu składania ofert zawężenia brzmienia warunku udziału w postępowaniu do treści, choćby nawet racjonalnie oczekiwanej przez wykonawców”.

Ponieważ Zamawiający w Wezwaniu z dnia 24 kwietnia 2020 r. uznaje, że spełnieniem warunku udziału określonego w VI ust. 2 pkt 3 SIWZ było wykazanie się spełnieniem określonych „usług”, zamiast „napraw”, należy uznać, że Zamawiający dopuścił się zawężającej interpretacji ustalonego pierwotnie warunku udziału w Postępowaniu. Ponieważ do zawężającej interpretacji doszło na etapie badania i oceny ofert, a więc na etapie na którym Zamawiający nie miał możliwości zmian i interpretacji ustalonych postanowień SIWZ,

Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. art. 22 ust. 1 a, art. 22 ust. 1 b pkt 3 oraz 38 ust. 4 ustawy Pzp,

3. Pochodną naruszeń opisanych wyżej było naruszenie przez Zamawiającego art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający powinien uznać, że doszło do prawidłowego wykazania udostępnienia na rzecz Odwołującego potencjału w postaci doświadczenia wymaganego w rozdziale VI ust. 2 pkt 3 SIWZ przez SKM, w związku z czym Odwołujący potwierdził spełnienie ww. warunku.

Tymczasem Zamawiający dokonał rozszerzającej interpretacji warunku i błędnie ocenił niespełnienie tego warunku, ale również niezasadnie wystosował do Odwołującego wezwanie z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. W wezwaniu z dnia 24 kwietnia 2020 r. nakazał Odwołującemu zastąpienia SKM innym podmiotem/podmiotami udostępniającymi potencjał lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże doświadczenie określone w rozdziale VI ust. 2 pkt 3 SIWZ.

Zamawiający uzasadnił, że przedmiotowe wezwanie było spowodowane niepotwierdzeniem przez Odwołującego spełniania warunku udziału w Postępowaniu na podstawie udostępnionej przez SKM zdolności technicznej.

Jak wyjaśniono wcześniej, Odwołujący wykazał, że potencjał udostępniony przez SKM pozwala na wykazanie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale VI ust. 2 pkt 3 SIWZ. Skoro zatem udostępniony przez podmiot trzeci potencjał pozwala na spełnienie warunków udziału, nie ma podstaw do żądania od Odwołującego aby ww. podmiot został zastąpiony innym podmiotem lub aby Odwołujący wykazał własne spełnienie warunku udziału.

Jak wynika z wyroku z 18 marca 2019 r. KIO 365/19: „Art. 22a ust. 6 pzp umożliwia wykonawcy, na okoliczność uzupełniania dokumentów, zmianę zgłoszonego podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci, albo wykazanie spełniania warunku samodzielnie własnym potencjałem wyłącznie w sytuacji, gdy w momencie składania oferty (wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) wykonawca opierał się, w tym zakresie, na zdolnościach podmiotów trzecich. Określa tym samym działania zamawiającego względem wykonawcy, w sytuacji gdy zgłoszony przez wykonawcę podmiot trzeci, na zasoby którego wykonawca się powołuje, nie potwierdzi dysponowania niezbędnym zasobem lub nie potwierdzi braku podstaw do wykluczenia. Działania te polegają na obligatoryjnym zażądaniu od wykonawcy, aby w sytuacji, gdy zgłoszony przez niego podmiot trzeci nie wykazał posiadania zasobu lub braku podstaw do wykluczenia - samodzielnie wykazał ten zasób lub zastąpił ten podmiot trzeci innym podmiotem trzecim”.

Skoro Odwołujący wykazał, że powołany przez niego podmiot trzeci, na potencjał którego się powołał, potwierdził spełnienie warunków udziału, nie było potrzeby żądania zastąpienia tego

podmiotu innym podmiotem lub wykazania osobistego spełnienia warunków w postępowaniu. Zamawiający wbrew powyższemu, dopuścił się naruszenia art. 22a ust. 6 ustawy Pzp.

W konsekwencji odwołanie jest uzasadnione i konieczne, a Odwołujący wnosi jak w petitum.

Załączono: wezwanie na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp z dnia 20.04,2020 r., protokół odbioru po P4 za rok 2018 - EN57-1718, pozostałe protokoły odbioru po P4 za rok 2018, protokoły odbioru po P4 za rok 2019, wskaźnik niezawodności i dostępności istniejącej floty w ciągu ostatnich 3 lat, współczynniki elektrycznych zespołów trakcyjnych serii EN57, EN57AKM, EN71.

Odwołujący uzupełnił stanowisko w piśmie złożonym na posiedzeniu.

Wskazał w nim, co następuje.

Mimo zmiany treści warunku z rozdziału VI ust. 2 pkt 3 SIWZ oraz podleganiu wyjaśnieniom Zamawiający od momentu udostępnienia SIWZ jednoznacznie i precyzyjnie określił, że wymaga doświadczenia polegającego na przeprowadzeniu napraw w poziomie utrzymania P4 lub wyższym elektrycznych zespołów trakcyjnych. Spełnienie warunku miało zatem polegać na wykazaniu się doświadczeniem w realizacji konkretnych czynności jakimi były naprawy. Zamawiający nie określił przy tym, że powyższa czynność miała polegać na dokonaniu usługi, które to pojęcie ma węższe znaczenie niż pojęcie „naprawy”

W ust. 3 wezwania z dnia 24 kwietnia 2020 r. Zamawiający wskazał, że nie może uznać udostępnionych przez SKM zasobów za potwierdzające spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w, ponieważ wszystkie naprawy P4 EZT wskazane w JEDZ SKM wykonał sam dla siebie. Zamawiający dalej wskazał, że „takich prac nie może uznać za wykonanie usługi, ponieważ usługa nie może być świadczona na własną rzecz”. Zamawiający stwierdził, że aby można było mówić o usłudze, to należy ją wykonać na rzecz innego podmiotu.

Twierdzenia Zamawiającego są niezasadne, zamawiający dokonuje nieuprawnionej, zawężającej interpretacji warunku udziału w postępowaniu, twierdząc że wymagał wykonania usługi naprawy i wywodzi ją z fragmentu SIWZ w Rozdziale VIII ust. 13 pkt 2 stanowiącego odzwierciedlenie dosłownego brzmienia 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. 2016 r., poz. 1126, dalej: „Rwd”), tj. § 2 ust. 4 pkt 2 Rwd dotyczącego „wykazu usług”. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający poprzez określenie w warunku udziału w rozdziale VI ust. 2 pkt 3 SIWZ, że oczekuje wykazania się przez Wykonawcę wykonaniem „napraw” wskazał na szersze rozumienie tego pojęcia, ponieważ nie zawęził go do „usługi naprawy”, ani nie określił co przez to rozumie.

Gdyby podzielić tok rozumowania Zamawiającego i jego sposób interpretacji warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale VI ust. 2 pkt 3 SIWZ, to w sytuacji, jeśliby (teoretycznie rzecz biorąc) naprawa została wykonana w ramach zamówienia na dostawę stanowiącego zamówienie mieszane składające się z dostaw i usług, to w razie wskazania w

referencjach, że wykonano dostawę X która obejmowała naprawę, Zamawiający również nie uznałby, że takie doświadczenie potwierdza spełnianie warunku udziału w Postępowaniu. W ocenie Odwołującego, taka sytuacja byłaby niedopuszczalna.

Ponadto podkreślenia wymaga, że w § 2 ust. 4 pkt 1 i 2 Rwd ustawodawca nie ograniczył kręgu podmiotów, które mogą wystawić dowody potwierdzające, że roboty/dostawy/usługi zostały wykonane należycie, a więc z żadnej regulacji (czy to ustawy Pzp, czy rozporządzenia) nie wynika, że wystawcą referencji, wykonawcą i odbiorcą usług/robót/dostaw nie może być ten sam podmiot.

W Rwd wskazano, że: „W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów:

1) wykazu robót budowlanych /.../ z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, /.../ przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty;

2) wykazu dostaw lub usług /.../, 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 świetle powyższego, dokonywanie przez Zamawiającego zawężającej interpretacji i twierdzenie, że „usługa nie może być świadczona na własną rzecz” jest całkowicie niezasadne.

Ponadto, zgodnie z ugruntowanym w tym zakresie stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie, istnieje możliwość, aby wykonawca sam sobie wystawił referencje jeżeli jest jednocześnie zlecającym i wykonującym dane zamówienie.

Powyższe zostało potwierdzone w następujących wyrokach:

a. Wyrok Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie z dnia 2014-06-26, V SA/Wa 308/14, gdzie Sąd rozstrzygnął, że: „Ze wskazanych przez Skarżącego dat nie wynika, że oferent nie wykonał zadania potwierdzającego doświadczenie w wymaganym okresie 5 lat przed wszczęciem postępowania. Odnośnie do referencji z powodu wystawienia ich przez inwestora będącego mężem wspólnika (prezesa zarządu) I. Sp. z o.o. Sąd zauważył, że zamawiający żądał dołączenia do wykazu wykonanych robót dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie. Słusznie wskazał organ, że podmiotem uprawnionym do ich

wystawienia jest ten, kto te zamówienia zlecił i odebrał, gdyż tylko on jest władny ocenić należyte wykonanie zobowiązań wynikających z umowy. W związku z tym istnieje możliwość, aby wykonawca sam sobie wystawił referencje jeżeli jest jednocześnie zlecającym i wykonującym dane zamówienie. Chociaż stan faktyczny każdej sprawy ma specyficzny dla niej charakter, to w podobnej kwestii wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza (KIO/UZP 1526/10), która oddaliła odwołanie uznając, że firma rzeczywiście mogła wystawić referencje sama sobie".

b. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2010-07-30, KIO/UZP 1526/10, gdzie Izba orzekła, że: „Odwołujący zarzucił, że referencje wystawione dla uczestnika wykonawcy konsorcjum Autostrada Mazowsze - spółki Autostrade per l'Italia S.p.A. (strona 49 i 51) nie powinny być brane pod uwagę przez zamawiającego, gdyż spółka ta sama sobie wystawiła referencje i sama potwierdziła należyte wykonanie przez siebie usług w zakresie wdrożenia i eksploatacji systemu elektronicznego poboru opłat typu freeflow. Referencje te, jako wystawione przez sam podmiot później nimi się legitymujący, muszą być nieobiektywne i niewiarygodne nie mogą stanowić potwierdzenia należytego wykonania usługi.

Art. 48 ust. 2 lit. a tiret drugie dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE 32004L0018) stanowi, że dowody usług należy przedstawić w przypadku, gdy odbiorcą był nabywca prywatny, w postaci zaświadczenia wystawionego przez nabywcę, a w razie braku takiego zaświadczenia - w postaci oświadczenia wykonawcy. W przypadku, gdy odbiorcą jest nabywca prywatny, a taka sytuacja może mieć miejsce w Europie, a ze względu na wdrażanie systemu koncesji, a także partnerstwa publiczno-prywatnego również coraz częściej w Polsce i taka sytuacja wystąpiła w rozpoznawanym postępowaniu - odbiorca jest tym samym podmiotem co nabywca i wobec tego musi mieć prawo do wystawienia sam sobie referencji.

Wykonawca konsorcjum Autostrada Mazowsze - przedstawiając referencje wystawione przez spółkę Autostrade per l'Italia S.p.A. - wyjaśnił, że referencje zawarte na stronach 49-51 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dotyczą Manualnego oraz Elektronicznego Systemu Poboru Opłat działającego na sieci autostrad objętych koncesją udzieloną spółce Autostrade per l'Italia S.p.A. Z dokumentu tego wynika, iż, istotnie, jeden podmiot może być zamawiającym, użytkownikiem, operatorem oraz wykonawcą systemu poboru opłat. W tym stanie rzeczy, dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi - jako wystawiony przez jej odbiorcę zamawiający powinien uznać jako prawidłowy.

Ponadto § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1155) nie ograniczył kręgu podmiotów uprawnionych do wystawiania dokumentów

potwierdzających należyte wykonanie usług i w związku z tym podmiotem uprawnionym do wystawienia dokumentów jest podmiot, który bezpośrednio te usługi zlecił i odebrał, tylko on jest bowiem władny ocenić należyte wykonanie zobowiązań wynikających z umowy. Izba stwierdza, że odbiorcą takim była spółka Autostrade per l'Italia S.p.A. ”

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił ZNTK Mińsk Mazowiecki S.A. i wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości. Kwestionując zasadność zarzutów odwołania wskazał, co następuje.

W rozdziale VIII ust. 13 pkt. 2 SIWZ, Zamawiający określił rozumienie pojęcia napraw w rozdziale VI ust. 2 pkt 3 SIWZ wskazując, że naprawy wskazywane na potrzeby ustalenia, czy wykonawca spełnia warunki oświadczeniem, muszą być usługami (a zatem muszą być wykonane na rzecz innego podmiotu niż wykonawca), a ponadto konieczne jest wskazanie tych podmiotów.

Nie jest zatem prawdą, że Zamawiający dokonał zmiany SIWZ po upływie terminu składania ofert albo, że dokonuje niekorzystnej dla Wykonawcy interpretacji zapisów SIWZ. Zamawiający dokonuje oceny przedstawionych ofert w zgodzie z wyrażonymi w SIWZ warunkami które, w tym przypadku, były obecne w SIWZ od samego początku. Nie jest zatem zasadny zarzut z pkt 1 zarzutów odwołania.

Z tych samych okoliczności należy wywieść bezzasadność zarzutu z pkt 2 zarzutów odwołania. W rozdz. VIII ust. 13 pkt 2 SIWZ Zamawiający wskazał, że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca którego oferta zostanie najwyżej oceniona (procedura odwrócona art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp zobowiązany będzie na wezwanie Zamawiającego do złożenia wykazu usług, w którym należy wskazać, m.in. podmioty na rzecz których usługi zostały wykonane. Ponadto Zamawiający zażąda przedłożenia referencji wystawionych przez te podmioty.

Należy pokreślić, że Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunku zażąda od wykonawcy najwyżej sklasyfikowanego po pierwsze — wykazu usług, a po drugie — potwierdzenia, że usługi te zostały wykonane należycie. Gdyby intencją Zamawiającego, tak jak chce tego Odwołujący, było dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy wykonali naprawy na własną rzecz, to nie mógłby on żądać złożenia przez wykonawcę najwyżej sklasyfikowanego wykazu usług, gdyż żądanie takie byłoby pozbawione podstaw. Ponadto nie byłoby w takim przypadku również możliwe złożenie dokumentów potwierdzających, że naprawy zostały wykonane należycie, bowiem oświadczenie takie może pochodzić wyłącznie od innego, niż wykonawca, podmiotu.

Należy wskazać, że również sam Odwołujący miał w toku całego postępowania świadomość, że Zamawiający wymaga wykazania się wykonaniem określonej ilości usług. W piśmie z dnia 27 marca 2020r. Odwołujący wnioskując o dalsze ograniczenie warunku doświadczenia wskazał, że „Wykonawca jest przekonany, że zaproponowana wyżej treść warunku, zmniejszająca ilość pojazdów wyłącznie o jedną sztukę, będzie stanowić wystarczającą gwarancję, że o zamówienie będą się ubiegać wykonawcy zdolni do należytego wykonania zamówienia. Co więcej, warunek taki nie będzie nikogo dyskryminować, bowiem o udzielenie zamówienia będą mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali usługi gwarantujące posiadanie przez nich wystarczającego doświadczenia W tym samym piśmie Odwołujący wskazuje „iż dokonana przez Zamawiającego ostatnia zmiana (tj. z dnia 26 marca 2020r.) modyfikacja terminu składania ofert doprowadziła do sytuacji, iż jedna z usług, którą zamierzał wylegitymować się wykonawca (...) wykracza aktualnie poza wymagany warunkiem udziału w postępowaniu okres ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert”.

Również w piśmie z dnia 7 kwietnia 2020 r. Odwołujący wskazał, iż „Jak już wyżej wskazano, w wyniku trzykrotnego przedłużania przez Zamawiającego terminu składania ofert w postępowaniu doszło do sytuacji, w której jedna z usług (referencji) Wykonawcy wykracza obecnie poza okres ostatnich trzech lat wskazany w warunku udziału w postępowaniu (...)”. W odpowiedzi na to pismo, Zamawiający pismem z dnia 9 kwietnia 2020r. wskazał, że „Dalsze obniżanie wymagań w zakresie zdolności technicznej mogłoby powodować, że w postępowaniu wzięliby udział wykonawcy, którzy nie posiadają odpowiedniego doświadczenia w realizacji tego rodzaju usług i nie będą w stanie zapewnić należytego wykonania umowy.” Jak widać Odwołujący doskonale zdawał sobie sprawę, że warunkiem udziału w postępowaniu jest wykonanie określonej ilości usług, a nie wykonanie napraw na własną rzecz, a tylko na potrzeby niniejszego postępowania, prezentuje odmienne stanowisko.

Ponadto, dotychczas Odwołujący nigdy nie kwestionował obowiązku wykazania się określoną ilością wykonanych usług, jak również obowiązku przedłożenia wykazu usług oraz przedłożenia dokumentów na potwierdzenie, że usługi te zostały wykonane w sposób należyty. Mając zatem na uwadze całość treści SIWZ, jak również dotychczasowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w tym odpowiedzi udzielane na zapytania wykonawców do SIWZ) należy wskazać, że w sposób jednoznaczny wynika z jej treści, iż w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu należało wykazać wykonanie odpowiedniej liczby usług, a zatem świadczeń wykonanych nie na własną rzecz, lecz na rzecz innego podmiotu. Trzeba też wskazać, że rozdz. VI ust. 4 SIWZ wprost wskazuje, że ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu będzie dokonywana w oparciu o dokumenty wymienione w rozdz. VIII siwz.

Tym samym należy uznać za bezzasadny zarzut z pkt 3 zarzutów odwołania. Skoro wnoszący odwołanie nie wykazał wymaganego doświadczenia w sposób zgodny z SIWZ, wezwanie go

do zastąpienia podmiotu użyczającego doświadczenie innym podmiotem lub do wykazania, że sam takie doświadczenie posiada, było całkowicie zasadne.

Mając na względzie wyżej przedstawioną argumentację, należy wskazać, że działania Zamawiającego są zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie może być mowy w zaistniałych okolicznościach, o tym że doszło do naruszenia art. 7 Pzp, czy też jakiegokolwiek innego przepisu prawa poprzez skierowanie do Odwołującego, wezwania do zastąpienia podmiotu użyczającego doświadczenie, innym podmiotem lub wykazania, że sam posiada odpowiednie doświadczenie.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego przedstawili stanowiska.

Odwołujący przypomniał treść warunku udziału z punktu VI.2.3 SIWZ. Wskazał, że złożył najkorzystniejszą ofertę. Zauważył, że punkt VIII.3.2 wymaga przedstawienia dokumentu potwierdzające spełnianie warunków udziału z użyciem sformułowaniami użytym w rozporządzeniu dot. dokumentów. W złożonym piśmie również odniósł się do określeń w rozporządzeniu, w tym o podmiotach, na rzecz, których usługi zostały wykonane. Stwierdził, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego wykazał należyte wykonanie napraw na poziomie P4 lub wyższym. Tym samym oferta spełnia warunki SIWZ, a także, jako wykonawca potwierdził wymagane doświadczenie. Zauważył, że w wezwaniu z 24.04.202 r. świadomie nie przywołano postanowienia punkt VI.2.3 podstawowego warunku udziału, lecz podano inne postanowienia, a tym co do dowodu na potwierdzenie spełnienie. Przypomniał wskazane w złożonym piśmie orzecznictwo.

Zamawiający wskazał na swoje stanowisko w pisemnej odpowiedzi. Przypomniał dokonywane zmiany w SIWZ, w tym dotyczącej wymaganej liczby usług (z 10 na 7 na wniosek Odwołującego). Zauważył, że na dzień składania ofert wykonawca wykazał w JEDZ 5 własnych usług. Podkreślił rozumienie pojęcia usług, którego nie powinno się użyć do czynności wykonywanych na własną rzecz. Przypomina że warunek podlega ocenie w kontekście pozostałych przepisów SIWZ, w tym, co do dowodów, dokumentów potwierdzających wspomnianie warunki. Zanegował tezę Odwołującego o zmianach w SIWZ i jej nowej wykładni po terminie składania ofert.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do załączonych do odwołania protokołów odbioru i napraw stwierdził, że dokumenty te zawierają niewiele informacji i są niekompletne. Stwierdził, że nie jest możliwe świadczenie usługi na własną rzecz „dla siebie”. Przypomina, że ocena spełnienia zdolności technicznych zgodnie z VI.2.3. SIWZ dokonywana jest na podstawie VI ust. 4 w oparciu o dokumenty określone w rozdziale VIII. Stwierdził, że odbiór naprawy zamówionej wykonanej komercyjnie podlega szczególnemu reżimowi w odróżnieniu od naprawy wykonanej dla samego siebie.

Podkreślił, że sformułował w SIWZ całościowo warunek, wymóg złożenia wykazu usług oraz przedstawienia dokumentów referencyjnych, potwierdzenia wykonania napraw. Kwestionowane wezwanie uznał za niezbędne w tym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Zarzut, w sytuacji potwierdzenia, wskazałby na możliwość uzyskania zamówienia i jego realizacji przez odwołującego, a tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w sytuacji udzielenia przez zamawiającego zamówienia innemu niż On wykonawcy.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów w ustalonym w postępowaniu stanie faktycznym, Izba uznała, że odwołanie nie podlega ono uwzględnieniu.

Przedmiotem odwołania wniesionego przez Odwołującego są czynności Zamawiającego polegające na: dokonaniu zmiany postanowień SIWZ po upływie terminu składania ofert; dokonaniu nieprawidłowej i niezgodnej z SIWZ oceny doświadczenia PKP SKM, która nie pozwala na wykazanie warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale VI ust. 2 pkt 3 SIWZ;

wezwaniu Odwołującego do zastąpienia podmiotu udostępniającego Odwołującemu doświadczenia, innym podmiotem lub wykazania się osobistym doświadczeniem w zakresie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VI ust. 2 pkt 3 SIWZ.

Wskazane zarzuty są w istocie rzeczy oparte na jednej okoliczności, którą podnosi Odwołujący. Jest nią fakt zmiany SIWZ i dokonania niekorzystnej dla wykonawcy jej wykładni przez Zamawiającego po upływie terminu składania ofert w ten sposób, że Zamawiający uznał, iż warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale VI ust. 2 pkt 3 SIWZ jest spełniony jedynie, jeśli wykonanie siedmiu napraw „referencyjnych” nastąpiło w formie wykonania usługi, t.j. nie na własną rzecz, podczas gdy, zdaniem Odwołującego, z SIWZ wynikało, że mogą być to naprawy dokonywane również na własną rzecz, w tym wypadku na własną rzecz przez podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby w tym doświadczenie na potwierdzenie spełniania warunku udziału.

Niesporna jest treść warunku udziału w postępowaniu sformułowana w r. VI ust. 2 pkt 3 siwz, gdzie wskazano że warunkiem takim jest wykazanie doświadczenia w zrealizowaniu określonej rodzajowo liczbie napraw w zgodnych z przepisami ramach czasowych. Rzeczywiście, jak zauważa odwołujący warunek wskazuje na napraw i nie użyto w tym

postanowieniu pojęcia usług. W postępowaniu niesporne między stronami jest, że usługi to świadczenia wykonywane w drodze realizacji umowy cywilnoprawnej między różnymi stronami.

Należy także przyjąć za odwołującym, że pojęcie naprawy także słownikowe nie jest tożsame z usługą, a naprawa rozumiana jako czynność faktyczna, co do zasady, może być także świadczona na własną rzecz, jak określono to w sprawie „dla siebie”. Wywód odwołującego oparty na tym rozróżnieniu wydaje się prima facie, na pierwszy rzut oka poprawny. Skład orzekający zauważa jednak, że postanowienia specyfikacji obejmują łącznie opis warunków i sposób dowodzenia ich spełnienia i nie ma przesłanek, by te postanowienia analizować odrębnie, przeciwnie znaczenie ma wzajemny ich związek. Tak oto w rozdziale opisującym warunki udziału poza wyżej wskazanym postanowieniem ust. 2 pkt 3 zamieszczone jest kolejne, w ustępie 4, który zawiera wprost odesłanie rozdziału VIII ust. 13 pkt 2 SIWZ regulujący wymaganą do złożenia dokumentację na wezwanie zamawiającego, a w treści użyto pojęcia „usługi” w istocie odnosząc je do rozumienia pojęcia napraw w rozdziale VI ust. 2 pkt 3 SIWZ.

Treść tych postanowień nie ulegała zmianie w toku postępowania ani przed ani po terminie składania ofert. Analiza przebiegu zdarzeń wskazuje, że ze strony zamawiającego nastąpiła niekorzystna dla wykonawcy interpretacja zapisów SIWZ dokonana treścią pisma z 24 kwietnia 2020 r. Można zauważyć przy tym, że również sam Odwołujący miał w toku całego postępowania świadomość, że Zamawiający wymaga wykazania się wykonaniem określonej liczby usług, czego potwierdzeniem jest treść jego wniosków o ograniczenie warunku doświadczenia, gdzie wskazano, że „Wykonawca jest przekonany, że zaproponowana wyżej treść warunku, zmniejszająca ilość pojazdów wyłącznie o jedną sztukę, będzie stanowić wystarczającą gwarancję, że o zamówienie będą się ubiegać wykonawcy zdolni do należytego wykonania zamówienia. Co więcej, warunek taki nie będzie nikogo dyskryminować, bowiem o udzielenie zamówienia będą mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali usługi gwarantujące posiadanie przez nich wystarczającego doświadczenia.” W piśmie wykonawca także stwierdził, że „iż dokonana przez Zamawiającego ostatnia zmiana (tj. z dnia 26 marca 2020r.) modyfikacja terminu składania ofert doprowadziła do sytuacji, iż jedna z usług, którą zamierzał wylegitymować się wykonawca (...) wykracza aktualnie poza wymagany warunkiem udziału w postępowaniu okres ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert”.

Analogicznie w piśmie z dnia 7 kwietnia 2020 r. Odwołujący wskazał, iż „Jak już wyżej wskazano, w wyniku trzykrotnego przedłużania przez Zamawiającego terminu składania ofert w postępowaniu doszło do sytuacji, w której jedna z usług (referencji) Wykonawcy wykracza obecnie poza okres ostatnich trzech lat wskazany w warunku udziału w postępowaniu (...)”. Zatem odwołujący zdawał sobie sprawę, że warunkiem udziału w postępowaniu jest wykonanie określonej liczby usług, a nie wykonanie napraw na własną rzecz. Odmierna i nowa

argumentacja, której Izba nie podziela, jakkolwiek interesująca, została wytworzona tylko na potrzeby powstałego, stanu faktycznego, niekorzystnego dla wykonawcy i nie z jego winy, a tylko na potrzeby niniejszego postępowania w złożonym odwołaniu.

Mając zatem na uwadze całość treści SIWZ, Izba uznaje, że w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu należało wykazać wykonanie odpowiedniej liczby usług, a zatem świadczeń wykonanych nie na własną rzecz, lecz na rzecz innego podmiotu.

Tym samym należy nie ostać się także zarzut z pkt 3 odwołania. Skoro wykonawca nie wykazał wymaganego doświadczenia w sposób zgodny z SIWZ, wezwanie go do zastąpienia podmiotu używającego doświadczenie innym podmiotem lub do wykazania, że sam takie doświadczenie posiada, było zasadne.

Biorąc powyższe pod uwagę uznano, że kwestionowane działania Zamawiającego są zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ich nie naruszyły

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 2 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 ze zm.). Nie uwzględniono wniosku przystępującego o zasądzenie kosztów zastępstwa wobec braku podstaw prawnych.

.....