

WYROK

z dnia 3 października 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2014 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: TORPOL S.A. (lider konsorcjum), POZBUD T&R S.A.(uczestnik konsorcjum), z siedzibą dla lidera konsorcjum w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. (lider konsorcjum), DRAGADOS S.A. (uczestnik konsorcjum), ELECTREN S.A. (uczestnik konsorcjum), z siedziba dla lidera konsorcjum w Madrycie (Hiszpania)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: TORPOL S.A. (lider konsorcjum), POZBUD T&R S.A.(uczestnik konsorcjum), z siedzibą dla lidera konsorcjum w Poznaniu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: TORPOL S.A. (lider konsorcjum), POZBUD T&R S.A.(uczestnik konsorcjum), z siedzibą dla lidera konsorcjum w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 19 września 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zmianami), dalej jako „ustawa Pzp”, odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: (1) TORPOL Spółka Akcyjna (Lider); POZBUD T&R Spółka Akcyjna (Partner), z siedzibą dla Lidera w Poznaniu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego na <Wykonanie robót budowlanych na odcinku Krzeszowice - Kraków Mydlniki w ramach zadania: „Modernizacja linii kolejowej E 30, etap II odcinek Zabrze - Katowice - Kraków”> prowadzi Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący uzasadniając interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej wskazał, że złożył w postępowaniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a według punktacji przyznanej przez Zamawiającego znajduje się na szóstej pozycji, co oznacza, że zajmuje najwyższą pozycję wśród Wykonawców, którzy zgodnie z przekazaną w dniu 09 września 2014 roku informacją nie zostaną zaproszeni do złożenia ofert. W takiej sytuacji Odwołujący niewątpliwie posiada interes prawny do wniesienia odwołania, którego celem jest wykazanie:

- wadliwej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez konsorcjum: Vias y Construcciones S.A. z siedzibą w Hiszpanii, DRAGADOS S.A. z siedzibą w Hiszpanii oraz ELECTREN S.A. z siedzibą w Hiszpanii, jako „Konsorcjum” lub „Wykonawca”,
- zaniechania czynności wykluczenia wymienionego Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia.

Jeżeli Krajowa Izba Odwoławcza podzieli stanowisko Odwołującego, a Konsorcjum na skutek dokonania legalnej i prawidłowej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostanie wykluczone z postępowania, Odwołujący zostanie zaproszony do złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołanie wniesiono wobec czynności Zamawiającego polegającej na błędnej ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - konsorcjum: Vias y Construcciones S.A., DRAGADOS S.A. oraz ELECTREN S.A., a w konsekwencji zaniechania wykluczenia Wykonawcy z postępowania.

Odwołujący złożył odwołanie wobec rozstrzygnięcia w ustawowym dziesięciodniowym terminie licząc od dnia 09 września 2014 r., dopełniając przy tym pozostałych wymogów formalnych dla skuteczności złożenia środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

Zaskarżonemu rozstrzygnięciu zarzucono:

- naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum: Vias y Construcciones S.A. z siedzibą w Hiszpanii, DRAGADOS S.A. z siedzibą w Hiszpanii oraz ELECTREN S.A. z siedzibą w Hiszpanii, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia,
- naruszenie przepisu art. 51 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wskazanie wśród wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, wymienionego konsorcjum nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu,
- naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, którzy podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż nie załączyli aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego ani innego właściwego ze względu na miejsce zamieszkania dokumentu dla członka zarządu spółki ELECTRA S.A. - Pani A. G. L.,
- naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców podczas dokonywania oceny spełniania przez nich warunków udziału w postępowaniu oraz naruszenie przepisów ustawy Pzp umożliwiając udział w dalszym etapie postępowania i złożenie oferty wykonawcom podlegającym wykluczeniu;

Z ostrożności procesowej Odwołujący wnosił również zarzuty:

- naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp - poprzez niezastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w sytuacji, gdy Zamawiający winien był wezwać wykonawców Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, określonego w sekcji III.2. 3) pkt III ogłoszenia o zamówienie;
- naruszenie przepisu art. 51 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne dokonanie oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum na skutek, którego Zamawiający przyznał w/w wykonawcy nieprawidłową - zawyżoną ilość punktów, a w konsekwencji błędnie uznał, że wykonawca ten kwalifikuje się do grona wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do złożenia ofert,
- naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp - poprzez niezastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w sytuacji, gdy Zamawiający winien był wezwać Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia (art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp);

W uzasadnieniu podniesiono, że Zamawiający pismem z dnia 29 sierpnia 2014 r. za pomocą poczty elektronicznej przekazał Odwołującemu informację o wynikach spełnienia

warunków udziału wraz ze wskazaniem uzyskanej przez wykonawców punktacji, zawiadomienie o wykluczeniu jednego z wykonawców (bez znaczenia dla niniejszej sprawy), informację o wykonawcach, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert.

W dniu 05 września 2014 r. Zamawiający unieważnił swoją „decyzję zawartą w piśmie z dnia 29.08.2014 o wynikach oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu”, uzasadniając ją powzięciem informacji o niedopełnieniu przez siebie obowiązku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podczas badania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez jednego z wykonawców.

Następnie w dniu 09 września 2014 r. Zamawiający ponownie przekazał za pomocą poczty elektronicznej informację o wynikach spełnienia warunków udziału wraz ze wskazaniem uzyskanej przez wykonawców punktacji, zawiadomienie o wykluczeniu jednego z wykonawców (bez znaczenia dla niniejszej sprawy) oraz informację o wykonawcach, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert.

Jak wynika z powyższej informacji, na liście wykonawców zaproszonych do dalszego udziału w postępowaniu, których Zamawiający zamierza zaprosić do złożenia ofert znajduje się wykonawca - konsorcjum: Vias y Construcciones S.A., DRAGADOS S.A. i ELECTREN S.A.

W opinii Odwołującego wykonawca ten podlega wykluczeniu z dwóch powodów:

1. nie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia,
2. nie załączył do swojego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego, ani innego właściwego ze względu na miejsce zamieszkania dokumentu dla członka zarządu spółki ELECTRA S.A. - Pani A. G. L.,

Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu (sekcja III.2. 3 pkt III.) postawił warunek, że o udzielenie niniejszego zamówienia może ubiegać się wykonawca spełniający warunki posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. taki który:

1. wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

a) budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane) w ramach jednego zamówienia łącznie 15 km torów na dwutorowej linii kolejowej. Budowa lub przebudowa linii kolejowej dwutorowej, o której mowa powyżej, ma obejmować co najmniej: nawierzchnię, podtorze z odwodnieniem, sieć trakcyjną;

b) budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane) jednej stacji kolejowej posiadającej, co najmniej dwa tory główne zasadnicze oraz jeden tor dodatkowy. Budowa lub przebudowa stacji, o której mowa powyżej, ma obejmować co najmniej: nawierzchnię, podtorze z odwodnieniem, peron, sieć trakcyjną;

c) budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane) co najmniej pięciu obiektów typu most (kolejowy lub drogowy), wiadukt (kolejowy lub drogowy) lub estakada, w tym co najmniej jednego obiektu stalowego o ciężarze konstrukcji powyżej 100 ton;

Ustawodawca zdefiniował takie pojęcia jak budowa, przebudowa czy remont w art. 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 1409). Ilekroć w ustawie jest mowa o:

- budowie - należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego;
- przebudowie - należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego;
- remoncie - należy przez to rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a nie stanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.

W opinii Odwołującego Konsorcjum nie spełnia warunków postawionych przez Zamawiającego, gdyż na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wykazał się robotami budowlanymi nie w zakresie budowy czy przebudowy linii kolejowej, podtorza, peronów, sieci trakcyjnej, a jedynie robotami budowlanymi, które można zakwalifikować jako remonty, ewentualnie modernizacje istniejących budowli.

W zakresie większości punktowanych dodatkowo robót Zamawiający również błędnie zakwalifikował roboty Konsorcjum jako budowę lub przebudowę zamiast modernizacji czy remontu, co diametralnie zmieniałoby ilość dodatkowych punktów przyznanych Konsorcjum.

W zakresie wymaganego warunku, gdzie Wykonawca winien wykazać się wykonaniem budowa lub przebudowa (w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane) w ramach jednego zamówienia łącznie 15 km torów na dwutorowej linii kolejowej. Budowa lub przebudowa linii kolejowej dwutorowej, o której mowa powyżej, powinna obejmować co najmniej: nawierzchnię, podtorze z odwodnieniem, sieć trakcyjną.

Z treści załączonych przez Konsorcjum referencji, znajdujących się na stronie od 19 do 22 wniosku Konsorcjum, nie wynika aby wykonawca wykonywał budowę lub przebudowę w rozumieniu Prawa budowlanego. W odniesieniu do opisu najważniejszych robót w punkcie 4 w/w referencji można mówić jedynie o remoncie samej nawierzchni. Wśród czynności tam wymienionych brak jest informacji o budowie lub przebudowie podtorza. Z treści punktu 4

referencji jednoznacznie wynika modernizacja 39,5 km istniejącej nawierzchni, a wymienione roboty takie jak „demontaż toru i podsypki, ułożenie nowej nawierzchni łącznie z podsypką i podkładami (...)” potwierdzają, że Wykonawca wykonywał jedynie modernizację/ remont istniejącej nawierzchni, której z całą pewnością nie można uznać jako przebudowę podtorza.

W przypadku, gdzie Wykonawca winien był wykazać się budową lub przebudową stacji, obejmującej co najmniej: nawierzchnię, podtorze z odwodnieniem, peron, sieć trakcyjną.

W treści kolejnych referencji, znajdujących się na str. 42 - 56 wniosku Konsorcjum, wynika, że wykonawca wykonywał jedynie remont torów. Już w samej nazwie wskazanego przez wykonawcę zadania widnieje REMONT TORÓW, a wśród wymienionych robót zostały wskazane jedynie „(...) roboty budowlane polegające na wyremontowaniu torów A i D na stacji Coimbra B \ „remont torowiska”, „przywrócenie do stanu poprzedniego torów A i D”. Z tabeli najistotniejszych elementów zadania wskazanego przez Konsorcjum na potwierdzenie spełnienia tego warunku nie wynika, aby można było mówić o budowie lub przebudowie peronów, którą Wykonawca miał się wykazać (strona 46 wniosku, wiersz 6 tabeli). Z treści opisanych czynności wykonywanych przez Wykonawcę wynika jedynie remont - „przywrócenie peronów pasażerskich (o charakterystyce podobnej do tej, jaką miały przed rozbiórką”. Na stronie 56 wniosku, w treści tych samych referencji wskazana została powierzchnia remontowanych peronów - odpowiednio 30m² i 20m². Wielkość takich powierzchni nie wskazuje na budowę/ przebudowę peronów, a jedynie na ich naprawę bieżącą. Gdyby wykonawca wykonał budowę/ przebudowę peronów wielkość tych powierzchni byłaby znacząco większa - kilkaset metrów kwadratowych. Potwierdzają to przepisy zarówno polskie jak i unijne, m.in. Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie (Dz.U. Nr 151, poz, 987 ze zm.), uwzględniające przepisy UE w § 98 określa obiekty do obsługi podróżnych. Zakładając nawet różne przepisy, szczególne obowiązujące w Portugalii, gdzie wykonywane było opisane w referencjach Wykonawcy zadanie, wielkości powierzchni w ramach przebudowy peronu musiałyby wynosić znacznie więcej niż odpowiedni 20 czy 30 metrów kwadratowych.

Odnosnie warunku, gdzie Wykonawca miał się wykazać budową/ przebudową sieci trakcyjnej natomiast z tabeli najistotniejszych elementów referencji na stronie 48 wniosku jednoznacznie wynika, że jedynie wykonawca wykonał jedynie „monitorowanie i ewentualną korektę sieci trakcyjnej na skutek przeprowadzonego remontu”.

W wykazie dodatkowo wykonanych robót, o których mowa w sekcji IV. 1.2. pkt 2a) i 2b) ogłoszenia o zamówienia Konsorcjum nie wykazało się budową ani przebudową podtorza z odwodnieniem w zakresie robót wskazanych w pozycjach od 1 do 10 wykazu.

Z treści referencji potwierdzających wykonanie tych robót nie wynika aby wykonywane były roboty polegające na przebudowie podtorza oraz sieci trakcyjnej. Z treści referencji wynika również, że większość robót była realizowana w ramach remontu lub modernizacji a nie budowy czy przebudowy. Potwierdzają to następujące karty z wniosku Konsorcjum o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - m.in. strona 133, 135, 154, 166-167, 170-171, 184, 195,210-211,223,236, 240, 463,483.

W celu wykazania, że brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ustawy Pzp, Wykonawca miał przedłożyć wraz z wnioskiem aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków.

W przypadku Wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8, 10 i 11 ustawy mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5 - 8, 10 i 11 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków, z tym, że w przypadku, gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób lub przed notariuszem.

Wykonawca – Konsorcjum nie załączył do swojego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego, ani innego właściwego ze względu na miejsce zamieszkania dokumentu dla członka zarządu spółki ELECTRA S.A. - Pani A. G. L.. Zamawiający nie wezwał Konsorcjum do uzupełnienie aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego, ani innego właściwego ze względu na miejsce zamieszkania dokumentu dla członka zarządu spółki ELECTRA S.A. - Pani A. G. L. . W związku z tym, z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający bezpodstawnie uznał, że brak jest podstaw wykluczenia Konsorcjum i bezprawnie zaniechał wezwania Konsorcjum do uzupełnienia wymienionego dokumentu a w konsekwencji bezprawnie zaniechał wykluczenia Konsorcjum z postępowania,.

W kontekście przedstawionych zarzutów i związku podniesioną argumentacją Odwołujący wnosil o uznanie, że Konsorcjum podlega wykluczeniu z postępowania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 09 września 2014 r. w zakresie informacji o wykonawcach, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert,
- 2) dokonania ponownej oceny wniosku Konsorcjum,
- 3) wykluczenia Konsorcjum w związku z nie spełnieniem warunku wiedzy i doświadczenia.

Z ostrożności procesowej, na wypadek nie podzielenia przez Krajową Izbę Odwoławczą argumentacji Odwołującego w zakresie podstaw wykluczenia Konsorcjum jako nie spełniającego warunku wiedzy i doświadczenia, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 09 września 2014 r. w zakresie informacji o wykonawcach, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert,
- 2) dokonania ponownej oceny wniosku Konsorcjum oraz zastosowania się do obowiązku zawartego w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez uzupełnienie aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego lub innego właściwego ze względu na miejsce zamieszkania dokumentu, dla członka zarządu spółki ELECTRA S.A. - Pani A. G. L. oraz na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie przez Konsorcjum warunku wiedzy i doświadczenia,
- 3) dokonania ponownej oceny wniosku Konsorcjum i prawidłowego przeliczenia dodatkowych punktów przyznawanych przez Zamawiającego z pominięciem tych zamówień, którymi wykazało się Konsorcjum, a które nie odpowiadają warunkom postawionym przez Zamawiającego w ogłoszenie o zamówieniu sekcja IV. 1.2).

W dniu 26 września 2014 roku do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. (lider konsorcjum), DRAGADOS S.A. (uczestnik konsorcjum), ELECTREN S.A. (uczestnik konsorcjum), z siedziba dla lidera konsorcjum w Madrycie (Hiszpania). Izba uznała, iż przystąpienie spełnia wymogi formalne i jest skuteczne. Konsorcjum wносиło o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 1 października 2014 roku Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wraz z dowodami, w której wносиł o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, wniosków złożonych w postępowaniu, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny wniosków, w tym nieprawidłowe przyznanie punktacji, a także skierowanie zaproszenia do złożenia oferty do Przystępującego, co oznaczać może potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie uznała je w całości za niezasadne.

W zakresie zarzutu niewykluczenia przez Zamawiającego z postępowania Przystępującego z powodu braku załączenia przez niego do wniosku aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego ani innego właściwego ze względu na miejsce zamieszkania dokumentu dla Pani A. G. L., w pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), jasno i precyzyjnie wskazują jakiego rodzaju dokumenty mogą być składane w postępowaniu.

§ 4 ust. 1 ww. rozporządzenia stanowi, że jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w pkt 5 [aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert]; i 7 [w przypadku zamówień innych niż zamówienia,

o których mowa w art. 131a ust. 1 i art. 132 ust. 1 ustawy, aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert] – składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4–8, 10 i 11 ustawy;

§ 4 ust. 3 przywołanego rozporządzenia stanowi, iż jeżeli w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem. Przepis ust. 2 stosuje się odpowiednio.

W tym miejscu konieczne jest odniesienie się do treści przepisu art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz 10 i 11 ustawy Pzp. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, nakłada bowiem na zamawiającego obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawców (osoby fizyczne, spółki jawne (wspólnika), spółki partnerskie (partnera lub członka zarządu), spółki komandytowe oraz spółki komandytowo-akcyjne (komplementariusza), osoby prawne (urzędującego członka organu zarządzającego), których prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

Natomiast przepis art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy Pzp, nakłada na zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawców: 10) będących osobami fizycznymi, które prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769) – przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku; 11) będących spółką jawną, spółką partnerską, spółką komandytową, spółką komandytowo-akcyjną lub osobą prawną, których odpowiednio wspólnika, partnera, członka zarządu, komplementariusza lub urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy

cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stoi na stanowisku, iż w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawcy zagraniczni, którzy mają swoją siedzibę poza granicami RP, lub szeroko rozumiane osoby zarządzające, które mają miejsce zamieszkania poza granicami RP - mają obowiązek złożyć dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym (wykonawca) ma siedzibę lub (osoba) miejsce zamieszkania lub zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4–8, 10 i 11 ustawy Pzp.

Odnosząc powyższe rozważania natury ogólnej do przedmiotu sporu w niniejszej sprawie, Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, iż Pani A. G. L. pełni funkcje zarządcze w spółce Electren S.A., dlatego też konieczne jest przedłożenie stosownego zaświadczenia z KRK dla tej osoby w zakresie informacji, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10-11.

Izba ustaliła, że z odpisu załączonego do wniosku Przystępującego bezspornie wynika, że Pani A. G. L. co prawda nominalnie wymieniona została jako członek zarządu spółki pełniący funkcję sekretarza. Jednakże w obliczu dowodów przedłożonych na rozprawie (oświadczenie urzędnika Rejestru Handlowego w Madrycie, wypisu z Rejestru z 28.01.2014 r. oraz oświadczenia członka zarządu spółki Electren S.A. złożonego przed notariuszem) za wiarygodne należy uznać wyjaśnienia poczynione przez Przystępującego, że osoba ta nie jest urzędującym członkiem zarządu. W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że takich sytuacjach zawsze liczyć trzeba się z różnicą występującą pomiędzy poszczególnymi porządkami prawnymi obowiązującymi w krajach, z których pochodzą wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia. W stanie faktycznym tej sprawy wykonawca, którego oferta została zakwestionowana, przedłożył zaświadczenia dotyczące niekaralności wyłącznie stałych przedstawicieli (osób) wchodzących w skład jego organu zarządzającego. Wykonawca będący stałym uczestnikiem postępowań o udzielenie zamówień publicznych taką praktykę stosował od lat, natomiast Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdziłyby że takie zachowanie zostało ocenione jako nieprawidłowe. W prawie polskim nie występuje stanowisko sekretarza spółki. Ocenic zatem należało, jakie obowiązki wykonuje sekretarz spółki i czy wykonywanie tych czynności można uznać za działania przynależne członkom zarządu w rozumieniu regulacji prawa polskiego. Skoro zaś obowiązki sekretarza sprowadzają się do czynności organizacyjno-technicznych wspierających zarząd, to uznać należało, iż Pani A. G. L. nie jest urzędującym członkiem organu zarządzającego, o którym stanowi przepis art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp,

w związku z czym dla tej osoby nie musiała być złożona informacja o niekaralności z hiszpańskiego KRK, potwierdzająca stan na dzień składania wniosków o dopuszczenie.

Ocena braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania kończy się na poziomie urzędujących członków organu zarządzającego tej osoby prawnej, która jest wykonawcą w postępowaniu. Przepisu art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie można poddawać takiej wykładni, która prowadziłaby do nałożenia na wykonawców pochodzących spoza terytorium Polski, tylko z racji różnic w porządkach prawnych, dalej idących wymagań niż względem wykonawców krajowych. Takiej wykładni nie dałoby się bowiem pogodzić nie tylko z treścią komentowanego przepisu, ale przede wszystkim z wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadą zachowania uczciwej i równej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o zamówienie publiczne.

W toku rozprawy przed Izbą Odwołujący wycofał zarzut braku wykazania spełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III. 2. 3. Pkt III 1a), tj. wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków (...) budowy lub przebudowy (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w ramach jednego zamówienia łącznie 15 km torów na dwutorowej linii kolejowej obejmującej co najmniej nawierzchnię, podtorze z odwodnieniem i sieć trakcyjną w stosunku do pozycji ujętej przez Przystępującego w wykazie robót pod numerem 1, tj. do zadania „Budowa odgałęzienia Castalbisbal/Papiol-Mollet Santfost”. W związku ze złożeniem oświadczenia przez Odwołującego, zarzut ten w przywołanym powyżej zakresie, nie był przez Izbę rozpoznawany.

Odwołujący podnosił, że Przystępujący nie wykazał również niezbędnej wiedzy i doświadczenia w przypadku warunku określonego w sekcji III. 2. 3. Pkt III 1b), tj. wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków (...) budowy lub przebudowy (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) jednej stacji kolejowej posiadającej co najmniej dwa tory główne zasadnicze oraz jeden tor dodatkowy. Budowa lub przebudowa stacji miała obejmować co najmniej nawierzchnię, podtorze z odwodnieniem i sieć trakcyjną. We wniosku Przystępującego warunek ten wykazany był przy pomocy pozycji ujętej w wykazie robót pod numerem 2: „Linia Północna – pododcinek 2.4. remont torów A i D na stacji Coimbra”. Zdaniem Odwołującego zadanie dotyczyło robót remontowych oraz nie wykonano budowy lub przebudowy peronów oraz sieci trakcyjnej.

Na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego oraz wyjaśnień Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, zarzut ten nie znalazł udowodniony przez Odwołującego.

Przed wszystkim dostrzeżenia wymaga, iż w zakresie postawionego zarzutu nie może mieć decydującego znaczenia nazwa zadania. Jak słusznie zauważył Zamawiający decydujące znaczenie, przy ocenie każdej pozycji ujętej w wykazie robót, winien mieć zakres robót rzeczywiście przez danego wykonawcę wykonanych. Wynikający ze stron 44-56 wniosku Przystępującego zakres robót, niezbieżnie w ocenie składu orzekającego Izby wskazuje, iż wykonywane prace nosiły charakter przebudowy istniejącego obiektu, nastąpiła bowiem zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego. Wykonano bowiem nowe rozjazdy (strona 43 wniosku), ułożono tory na podkładach dwublokowych, dostosowano sieć trakcyjną do nowej sytuacji, w szczególności w obszarze wymienionych rozjazdów, odbudowano, wykonano wykop, roboty ziemne i zabudowano przejście podziemne, ulepszono istniejący system odwodnienia, konkretnie przez zbudowanie nowego odwodnienia wzdłużnego i kolektora poprzecznego. Powyższe potwierdzają także złożone przez Przystępującego na rozprawie: wyciąg z dokumentacji projektowej wraz z tłumaczeniem oraz dokumentacja fotograficzna. Dokumentacja fotograficzna dowodzi, iż na zadaniu nie nastąpiło odtworzenie stanu pierwotnego peronów, jak zarzucał Odwołujący ale miała miejsce całkowita wymiana nawierzchni i jej przebudowa w innej technice, co wynika także ze złożonej dokumentacji projektowej. Po analizie przedstawionych dokumentów oraz materiałów znajdujących się we wniosku o dopuszczenie Przystępującego, Izba uznała, że całość zadania nosi znamiona przebudowy obiektu budowlanego z towarzyszącą infrastrukturą i była wystarczająca do wykazania się niezbędnym doświadczeniem i wiedzą przez wykonawcę składającego wniosek.

W przypadku zarzutu wskazującego na dokonanie przez Zamawiającego nieprawidłowej oceny wniosku Przystępującego w zakresie wykazu dodatkowych robót i przyznaniu konsorcjum zawyżonej punktacji w pozycjach tego wykazu od 1 do 10, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego.

Odwołujący w zdecydowanej większości przypadków zarzucał brak wykonania prac w podtorzu z odwodnieniem i brak robót w zakresie sieci trakcyjnej.

Dostrzeżenia niewątpliwie wymaga, iż kwestionowane zadania wykonywane były w większości na liniach kolejowych projektowanych do prędkości między 160 a 350 km/h. Słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, iż wykonywanie tego typu prac zawsze uwzględnia roboty w podtorzu i odwodnienie. Podobnie sytuacja wygląda w przypadku budowy nowej linii metra czy też terminala portowego. Jeżeli zaś, jak twierdził Odwołujący, konsorcjum wykonywało prace na zastanym podtorzu, to na powyższą

okoliczność winien był przedłożyć jakikolwiek materiał dowodowy, czego nie uczynił. Wszystkie prace ujęte w wykazie Przystępującego realizowane były w ramach kontraktów publicznych, a więc dostęp do informacji na ich temat nie jest wysoce utrudniony. Na wielu z przywołanych w odwołaniu stronach z referencjami znajduje się potwierdzenie, że zadanie zawiera wszystkie niezbędne elementy, aby dany wykonawca mógł uzyskać maksymalną punktację. Jako przykład wybiórczego traktowania zgromadzonych dokumentów przez Odwołującego posłużyć może pozycja 9 wykazu robót dodatkowych, gdzie w ramach kontraktu wykonano: opracowanie projektu, (...), roboty okołotorowe (pozyskanie terenów, roboty ziemne, niwelacja terenu, konstrukcje ceglane, budynki, przezbrojenia); budowę tunelu i podtorza zewnętrznego, na wylotach tunelu; urządzenia kolejowe (elektryfikacja, sygnalizacja, teletransmisja, wyposażenie tunelów). Jasno w referencji wskazano, w opisie wykonanych prac, że tunel posiada system odwodnienia.

Trudno też nie zauważyć, iż zadania dotyczyły budowy nowych odcinków tras kolejowych, nowej linii metra, czy też nowego terminala lotniczego.

Końcowo zauważyć należy, iż wymienione przez Odwołującego w odwołaniu strony 463,483 wniosku Przystępującego nie odnoszą się do pozycji wykazu robót dodatkowych od 1 do 10. Referencje znajdujące się na tych stronach dotyczą pozycji 29 i 32 z wykazu. Odwołujący natomiast, zdaniem Izby, w sposób wyraźny zakwestionował jedynie pozycje 1 do 10 wykazu. Trudno bowiem za zarzut uznać wymienienie stosunkowo dużej liczby stron z wniosku Przystępującego bez bardziej szczegółowego określenia, jakiego rodzaju niedoskonałości dany wniosek na przywołanych stronach posiada, zwłaszcza że uzasadnienie odwołania referuje w większości do braku robót w podtorzu z odwodnieniem, a referencje ze stron 463, 483 dotyczą robót na sieci trakcyjnej. Z tych powodów Izba uznała, iż Odwołujący w danym zakresie nie sformułował zarzutu, który mógłby zostać przez Izbę rozpoznany.

Na marginesie przychylić należy się również do argumentacji Zamawiającego i Przystępującego w zakresie funkcji, jaką pełni wykaz robót oraz referencje. Te ostatnie składane są w celu potwierdzenia, że wymienione w wykazie roboty wykonane zostały w sposób należyty. Właściwe oświadczenie wykonawcy, które podlegać powinno ocenie Zamawiającego w zakresie poziomu spełniania warunku udziału w postępowaniu znajduje się w wykazie robót. Przedkładane przez wykonawców wraz z ofertą referencje w przypadku robót budowlanych stanowią mają dokument potwierdzający, iż wskazane w wykazie roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Treść tychże dokumentów nie musi jednak powielać informacji zawartych w oświadczeniu wykonawcy, jakim jest wykaz. Może być ona jedynie pomocna w ocenie ich

wiarygodności. Jak już zaznaczono, całkowicie bowiem odmienny jest cel i znaczenie powyższych dokumentów, jak również całkowicie odrębne podmioty są ich wystawcą. Nie ulega wątpliwości, iż dokumenty referencyjne składane wraz z wykazem są dokumentami abstrakcyjnymi, będącymi oświadczeniami wiedzy niezwiązanymi z konkretnym postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego. Nie muszą one tym samym wiernie odzwierciedlać wymagań Zamawiającego sformułowanych w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, a mają one jedynie wykazać fakt wykonania danych robót budowlanych w sposób należyty.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła 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 § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 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).

Przewodniczący: