

WYROK

z dnia 4 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 21 września 2017 r. przez **wykonawcę Trakcja PRKiL S. A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy Technitel Polska S. A. z siedzibą w Łodzi** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym wezwaniu wykonawcy Technitel Polska S. A. z siedzibą w Łodzi na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści złożonych dokumentów - potwierdzających spełnienie warunku opisanego w pkt IX pkt 3 ppkt 3 lit. a) SIWZ - co do zakresu i wartości wykonywanego zamówienia przez ww. wykonawcę**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Technitel Polska S. A. z siedzibą w Łodzi i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Trakcja PRKił S. A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **wykonawcy Technitel Polska S. A. z siedzibą w Łodzi** kwotę **18 998 zł 88 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych osiemdziesiąt osiem groszy) na rzecz **wykonawcy Trakcja PRKił S. A. z siedzibą w Warszawie** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu, koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) 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 – PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Usługę monitoringu systemów teletechnicznych w pomieszczeniu Control Room na terenie multimodalnego dworca kolejowego Łódź Fabryczna*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 148-307323.

Wykonawca Trakcja PRkil S. A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 21 września 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy Technitel Polska S. A. z siedzibą w Łodzi, zaniechanie wezwania ww. wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści dokumentów potwierdzających spełnienie warunku określonego w Rozdziale IX pkt 3 ppkt 3 lit. a SIWZ, zaniechanie zwrócenia się do wystawcy referencji o dodatkowe informacje, a w przypadku powzięcia wiedzy o niewykazaniu spełnienia przez wykonawcę warunku udziału wezwania wykonawcy o uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 91 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści dokumentów potwierdzających spełnienie warunku określonego w Rozdziale IX pkt 3 ppkt 3 lit. a) SIWZ, nakazanie Zamawiającemu zwrócenia się do podmiotu Veolia Energia Łódź S. A. o dodatkowe informacje dotyczące treści referencji (poświadczeń), w przypadku powzięcia przez Zamawiającego wiedzy o niewykazaniu spełnienia przez Technitel warunku w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych (wiedzy i doświadczenia) wezwania wykonawcy do uzupełnienia poprawnego wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, nakazanie Zamawiającemu ponownego badania ofert, powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy: Technitel Polska S. A. z siedzibą w Łodzi jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 21 września 2017 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 25 września 2017 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Technitel Polska S. A. z siedzibą w Łodzi.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Technitel Polska S. A. z siedzibą w Łodzi (zwanego dalej: „Przystępującym”).

Pismem z dnia 26 września 2017 r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania.

W dniu 29 września 2017 r. wykonawca Technitel Polska S. A. z siedzibą w Łodzi wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów niniejszego odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Usługę monitoringu systemów teletechnicznych w pomieszczeniu Control Room na terenie multimodalnego dworca kolejowego Łódź Fabryczna*”.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 3/29/

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

- Pkt 3 ppkt 3 lit. a) SIWZ

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

- 3) zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:
 - a) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych uwzględniane są również nadal wykonywane), wykonał co najmniej 1 usługę polegającą na stałej (całodobowej) bezpośredniej obsłudze systemów teletechnicznych i bezpieczeństwa świadczoną przez okres co najmniej 6 miesięcy o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto. Jeżeli Wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia ww. warunek mogą spełnić łącznie.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 4/29/

W niniejszym postępowaniu zostały złożone oferty przez wykonawcę Technitel Polska S. A. z siedzibą w Łodzi oraz wykonawcę Trakcja PRKil S. A. z siedzibą w Warszawie.

/dokumentacja postępowania: Protokół postępowania, pkt 12 Zestawienie ofert, str. 7/.

Zamawiający w dniu 24 sierpnia 2017 r. wezwał wykonawcę Technitel Polska S. A. z siedzibą w Łodzi w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu.

/dokumentacja postępowania: Pismo Zamawiającego z dnia 24 sierpnia 2017 r. /

W dniu 31 sierpnia 2017 r. wykonawca Technitel Polska S. A. z siedzibą w Łodzi złożył Zamawiającemu stosowne dokumenty.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź wykonawcy Technitel Polska S. A. z siedzibą w Łodzi z dnia 31 sierpnia 2017 r./

W dniu 11 września 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Technitel Polska S. A. z siedzibą w Łodzi.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 11 września 2017 r. /

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca Technitel Polska S. A. z siedzibą w Łodzi wniósł odwołanie w dniu 21 września 2017 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy Technitel Polska S. A. z siedzibą w Łodzi z dnia 21 września 2017 r. /.

Pismem z dnia 26 września 2017 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, uwzględniając odwołanie w całości.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z dnia 26 września 2017 r. /.

W dniu 29 września 2017 r. wykonawca Technitel Polska S. A. z siedzibą w Łodzi - w odpowiedzi na uwzględnienie odwołania złożył oświadczenie w przedmiocie sprzeciwu.

/dokumentacja postępowania: Pismo wykonawcy Technitel Polska S. A. z siedzibą w Łodzi z dnia 29 września 2017 r./.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że z treści złożonych dokumentów – w tym w szczególności ze złożonego wykazu – nie wynika zakres usługi oraz jej wartość wykonana przez Przystępującego - występującego jako jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Z obu złożonych referencji – a w szczególności ze złożonego wykazu nie wynika, czy Odwołujący wykonał cały zakres usługi obejmującej obsługę systemów teletechnicznych i bezpieczeństwa, czy też wykonywały je inne firmy (wchodzące w skład konsorcjum) wskazane w wykazie i referencjach. Nie wynika z wykazu również wartość realizowana przez Odwołującego. Powyższe informacje są niezbędne – celem zweryfikowania – zdolności Odwołującego. Niewystarczające jest w ocenie Izby powoływanie się na potencjał całego konsorcjum – bez wyraźnego wskazania jaką część - i o jakiej wartości - realizował Odwołujący (występujący poprzednio w konsorcjum).

Istotne znaczenie – dla oceny niniejszej sprawy ma wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie o sygn. akt C -387/14 (Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu), w którym to Trybunał wyraził pogląd, że „*Tym samym, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego*

wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. (...) Wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału". (wyrok dostępny na stronie internetowej UZP https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0020/34652/Orzeczenie_C-387_14.pdf).

Mając na uwadze treść tego orzeczenia Izba uznała, że zasadnym w tym stanie faktycznym jest wezwanie Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści złożonych dokumentów - potwierdzających spełnienie warunku opisanego w pkt IX pkt 3 ppkt 3 lit. a) SIWZ - co do zakresu i wartości wykonywanego zamówienia przez ww. wykonawcę.

Izba nie zgodziła się z Odwołującym, że z referencji i złożonego wykazu nie wynika spełnienie warunku co do obsługi systemów teletechnicznych i bezpieczeństwa (jego zakresu), niemniej jednak w świetle przywołanego orzeczenia ze złożonych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału powinien wynikać zakres - oraz jej wartość - świadczonej przez Odwołującego usługi.

Wobec powyższego, mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega uwzględnieniu. W konsekwencji Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Technitel Polska S. A. z siedzibą w Łodzi na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści złożonych dokumentów - potwierdzających spełnienie warunku opisanego w pkt IX pkt 3 ppkt 3 lit. a) SIWZ - co do zakresu i wartości wykonywanego zamówienia przez ww. wykonawcę. Zamawiający uprawniony jest również – celem weryfikacji otrzymanych wyjaśnień - do wystąpienia do wystawcy referencji o wyjaśnienia zakresu i wartości realizowanej przez Odwołującego usługi, a w przypadku niepotwierdzenia przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt IX pkt 3 ppkt 3 lit. a) SIWZ, Zamawiający zobowiązany jest do wszczęcia procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się jeszcze do złożonego przez Przystępującego dowodu – w postaci poświadczenia z dnia 27 września 2017 r. – zgodzić należało się z Odwołującym, że Izba oceniając niniejszy stan faktyczny nie może wziąć niniejszego dowodu pod uwagę, gdyż Izba zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązana jest do badania czynności Zamawiającego – a w tym przypadku do zbadania, czy złożone przez Przystępującego dokumenty potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji Izba nie jest uprawniona do badania złożonego przez Przystępującego dokumentu, gdyż w świetle przywołanego przepisu władna jest do badania czynności Zamawiającego, a w tym przypadku złożony na rozprawie dokument nie był przedmiotem oceny Zamawiającego. Izba nie może w takim przypadku – kierując się zasadą ekonomiki procesowej jak wnosi Przystępujący – wyręczać Zamawiającego oraz komisji przetargowej w ocenie złożonych dokumentów. Z tego powodu złożony przez Przystępującego na rozprawie, a nieprzedstawiony Zamawiającemu dowód (referencja z dnia 27 września 2017 r.) nie mógł mieć wpływu na rozstrzygnięcie Izby, którego przedmiotem była ocena zaniechania wezwania o wyjaśnienia przez Zamawiającego w świetle informacji, jakimi dysponował Zamawiający oceniając złożone przez Przystępującego dokumenty.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b) 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 z późn. zm.), Izba wobec wniesionego sprzeciwu - na podstawie § 5 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia - zasądziła od Przystępującego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu, koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty dojazdu na rozprawę w łącznej kwocie 18.998,88 zł.

Przewodniczący:

.....