

Sygn. akt: KIO 943 /12

WYROK
z dnia 22 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Lukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2012 r. przez **odwołującego:** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECM Group Polska S.A. (lider konsorcjum) ul. Emilii Plater 53 00-113 Warszawa i Ingenieria IDOM International S.A. Avenida Monsteido de EL Escorial 4 28049 Madrit (partner konsorcjum)

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul.Targowa 74 03-734 Warszawa

przy udziale:

przystępującego po stronie zamawiającego: wykonawcy Ekocentrum Sp. z o.o. 54-434 Wrocław ul. Budziszewska 35/1

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczenia odwołującego nakazując ponowne badanie oferty odwołującego po uprzednim wezwaniu do uzupełnienia Wykazu osób, którymi dysponuje odwołujący i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, dotyczącego stanowiska Koordynator dostępu do torów w L.p. 6 Wykazu oraz nakazuje ponowną ocenę ofert,
2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego** PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 **zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez **odwołującego** ECM Group Polska S.A. (lider konsorcjum) i Ingenieria IDOM International S.A. (partner konsorcjum) tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **zamawiającego** PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. na rzecz **odwołującego** ECM Group Polska S.A. (lider konsorcjum) i Ingenieria IDOM International S.A. (partner konsorcjum) kwotę 18.600,00 **zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W dniu 7 maja 2012 r. wniesione zostało odwołanie przez Konsorcjum wykonawców: ECM GROUP POLSKA S.A. (lider konsorcjum) z siedzibą w 00-113 Warszawa ul. Emilii Plater 53 i Ingenieria IDOM International S.A. Avenida Monsteido de El Escorial 4 28049 Madrit (partner konsorcjum) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w 03-734 Warszawa ul. Targowa 74.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy przetargu na nadzór nad modernizacją linii kolejowej C-E 30 na odcinku Węglińiec - Bielawa Dolna - Horka km 12,507 - 14,547 w ramach projektu POLiŚ 7.1-13 „Modernizacja linii kolejowej E30, etap II, odcinek Bielawa Dolna - Horka: budowa mostu przez Nysę Łużycką oraz elektryfikacja.”

Odwołanie zostało wniesione na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” i dotyczy zaskarżenia czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty oraz wyboru oferty EKOCENTRUM Sp. z o.o, jako oferty najkorzystniejszej zwanej dalej wykonawcą wybranym.

Odwołujący zarzuca naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 7 i zgłasza żądania unieważnienia dotychczasowych czynności i ich powtórzenia w zakresie badania, oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem w tych czynnościach oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

Odwołujący skarży czynność zamawiającego wykluczenia jego z postępowania w związku z propozycją na stanowisko Koordynatora Dostępu do Torów Pana Marka H

Nie zgadza się z przyjęciem i oceną wyjaśnienia z dnia 13.04 2012 r. Dolnośląskiego Zakładu Przewozów Regionalnych byłego pracodawcy P.Marka H dotyczącego przedstawienia zakresu jego obowiązków.

Według odwołującego z odpowiedzi byłego pracodawcy P.Marka H to jest Dolnośląskich Zakładów Przewozów Regionalnych w żadnym wypadku nie wynika, że informacje które złożył Odwołujący w treści oferty nie są prawdziwe. Przede wszystkim nie pozostają w sprzeczności z informacjami zawartymi w ofercie, które to informacje są bardziej szczegółowe, bardziej precyzyjne, co wydaje się oczywiste biorąc pod uwagę wąski charakter i precyzyjność postawionego warunku posiadania doświadczenia w pracy na stanowisku związanym z procedurami wprowadzania zamknięć torowych.

Odwołujący wskazuje, że prowadzone przez zakład pracy akta osobowe wskazują jedynie bardzo ogólnie zakres obowiązków wykonywanych przez pracownika. Wskazane zostały 3 ogólne zakresy czynności jakie Pan M. H pełnił w ramach obowiązków kontrolera. Wśród nich znalazły się również zagadnienia związane z bezpieczeństwem ruchu kolejowego. I w tym właśnie zakresie mieściły się wskazywane dla Pana M.H obowiązki dotyczące zamknięć torowych. Dalej odwołujący wskazuje, że pracodawca nie jest w stanie precyzyjnie odtworzyć i potwierdzić doświadczenia pracownika wobec enumeratywnie wyliczonych czynności i odcinków torów, dla których pracownik przygotowywał regulamin, szczególnie gdy od czasu wykonywania tych obowiązków upłynęło blisko 10 lat. A jeśli nawet taka weryfikacja byłaby możliwa, to wymagałaby znacznego nakładu sił i środków.

Dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu niezbędne było natomiast właśnie takie precyzyjne wskazanie czynności związanych z wprowadzaniem zamknięć torowych.

Odwołujący zwraca uwagę na niewłaściwą interpretację przez zamawiającego odpowiedzi z dnia 13.04 2012 r. Według jego oceny nie została zanegowana prawdziwość informacji podawanych przez odwołującego w zakresie doświadczenia Pana H oraz w żadnym miejscu złożone oświadczenia nie są sprzeczne czy też wykluczające się.

Pismo to nie może zatem stanowić dowodu na złożenie nieprawdziwych informacji, a tym samym podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Na potwierdzenie, że udzielona odpowiedź przez byłego pracodawcę nie stanowi potwierdzenia złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, wskazał na następujące orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych:

1. Wyrok z dnia 29 marca 2011 r. sygn. akt. KIO 513/11, w którym Izba stwierdza, że: (...) Izba przypomina, że złożenie nieprawdziwych informacji, mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w innych wypadkach wykluczenie wykonawcy z postępowania na tej podstawie może doprowadzić do złamania podstawowych zasad zamówień publicznych; t.j. zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji, wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.
2. Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) wskazujący, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu (aktualnie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało wpływ (aktualnie - także mogło mieć wpływ) na wynik postępowania(...).
3. Podobnie, w wyroku KIO z dnia 19 maja 2009r Sygn. akt: KIO/UZP 583/09, KIO/UZP 604/09., Izba podnosi, iż „(...) skład orzekający uznaje, iż wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie

art. 24 ust.2 pkt, 2 PZP (aktualnie art.24 ust.2 pkt 3) należy bezspornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informację, a ich przedłożenie jest wynikiem zamiaru bezpośredniego (wykonawca wiedząc, że informacje są nieprawdziwe - chciał je przedłożyć) lub na zamiarze ewentualnym (wykonawca wprawdzie nie chciał przedłożyć nieprawdziwych informacji, ale przewidywał realną możliwość, że są one nieprawdziwe i na to się godził), bądź też wykonawca uświadamiał sobie możliwość przedłożenia informacji nieprawdziwych, przy jednoczesnym przypuszczeniu, że nie zostanie to ujawnione, albo wreszcie, wykonawca nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł tę możliwość przewidzieć." W dalszej części wyroku Izba wypowiada się również, iż to Zamawiający, chcąc wykluczyć wykonawcę z postępowania powinien swoje twierdzenia udowodnić, a wszelkie wątpliwości, należy tłumaczyć na korzyść Wykonawcy: „Jednakże -zdaniem składu orzekającego - dokonując ustaleń, co do zastosowania art.24 ust.2 pkt 2 PZP (aktualnie art. 24 ust.2 pkt 3) jako podstawy wykluczenia z postępowania, Zamawiający powinien również mieć na względzie zasadę prawną in dubio pro reo, wywodzącą się z prawa rzymskiego. Zgodnie z tą zasadą, wątpliwości niedających się rozstrzygnąć nie można tłumaczyć na niekorzyść (wg paremii - oskarżonego), odnosząc do postępowania o zamówienie publiczne - wykonawcy, albowiem na gruncie przepisów prawa cywilnego - jak podnosi się w doktrynie i orzecznictwie - ta zasada odpowiada, współczesnej, materialnoprawnej konsekwencji przyjęcia ciężaru rozkładu dowodu dotyczy strony pozwanej ".

Odwołujący zarzuca zamawiającemu, że w uzasadnieniu czynności wykluczenia nie wskazuje również w ogóle, jakie w jego ocenie informacje podane w ofercie nie są zgodne ze stanem rzeczywistym, ponieważ w treści odpowiedzi Dolnośląskiego Zakładu Przewozów Regionalnych nie została zanegowana żadna informacja podana przez Odwołującego, ani też oświadczenia nie wykluczają się wzajemnie.

Odwołujący przywołał wyrok SO w Kielcach z dnia 10 listopada 2009r Sygn. akt: KIO/UZP 1747/09, Sygn. akt: VII Ga 136/09. - „Dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością w sposób niebudzący wątpliwości." Bez wątplenia różnica w obydwu oświadczeniach, wynikająca z konieczności wykazania precyzyjnych informacji, nie stanowi jeszcze o obiektywnej, nie budzącej wątpliwości niezgodności oświadczenia z rzeczywistością.

Podsumowując odwołujący podnosi, że w pełni są zasadne żądania odwołania opisane w jego petitum i dlatego wnosi jak na wstępie.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca wybrany Ekocentrum sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Budziszyńskiej 35/1, który wskazał na interes w uzyskaniu

rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpił to jest zamawiającego, który dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, wnosząc o oddalenie odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wykonawcę wybranego to jest Ekocentrum sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, którego przystąpienie spełniło przesłanki ustawowe z art. 185 ust.2 i 3 ustawy Pzp w zakresie trzydniowego terminu zgłoszenia przystąpienia, wskazania strony do której przystępuje, wniesienia pisma w formie pisemnej, przesłania kopii przystąpień zamawiającemu i odwołującemu oraz co do interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystępuje. Wykonawca wybrany przystępując po stronie zamawiającego, wniósł o oddalenie odwołania w całości, czyli o utrzymanie czynności zamawiającego w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Interes do wniesienia odwołania

W toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożone zostały cztery oferty. Jako kryterium oceny ofert ustalono w 100% najniższą cenę. Odwołujący składając ofertę zaoferował najniższą cenę. Przy czym oferta odwołującego została odrzucona.

W przypadku uwzględnienia odwołania i przywrócenia oferty odwołującego do postępowania będzie mieć szansę uzyskania zamówienia. W związku z powyższym odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w przypadku naruszenia ustawy przez zamawiającego. Stąd odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił co następuje

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest usługa wykonywana przez Inżyniera Kontraktu obejmująca zakres robót (w systemie „projektuj i buduj”), odbiorów, okresu zgłaszania wad i ostatecznego rozliczenia umowy na roboty. Przedmiotem robót jest przebudowa mostu kolejowego nad Nysą Łużycką oraz elektryfikacja linii kolejowej, modernizacja urządzeń automatyki (srk) i telekomunikacji w celu uruchomienia dwutorowego ruchu kolejowego pomiędzy stacjami granicznymi

Węglińcem i Horką.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający w dniu 27.04.2012 r. zawiadomił wykonawców składających oferty o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty odwołującego.

Zgodnie z obowiązującym kryterium najniższej ceny zamawiający dokonał wyboru ważnej oferty spółki Ekocentrum Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zwanej dalej „Wykonawcą wybranym”.

Jednocześnie Zamawiający w zawiadomieniu uzasadnił decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty.

Podstawę prawną czynności zamawiającego wobec odwołującego stanowił art.24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp zgodnie z którym wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z ppkt 8.4.2. SIWZ wykonawca miał wykazać dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w tym dysponowanie osobą na stanowisko Koordynatora Dostępu do Torów z doświadczeniem w pracy na stanowisku związanym z procedurami wprowadzania zamknięć torowych przez okres co najmniej 36 miesięcy w ciągu ostatnich 10 lat. Wobec wskazania na to stanowisko P.Marka H, który pełnił funkcję kontrolera w Dolnośląskim Zakładzie Przewozów Regionalnych i wątpliwościami Komisji Przetargowej co do zajmowania się czynnościami opisanymi w ofercie zamawiający wystąpił do pracodawcy w celu potwierdzenia rzeczowego zakresu czynności. Z uzyskanej odpowiedzi wynikało, że P.Marek H pracował na stanowisku kontrolera ds. pasażerskich, a zakres jego obowiązków nie pokrywał się z zakresem wskazanym w ofercie. Na podstawie udzielonej odpowiedzi przez pracodawcę i porównania z zakresem podanym w ofercie zamawiający stwierdził, że w ofercie podano nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W związku z tym wykluczono odwołującego z postępowania, a w konsekwencji na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp odrzucono jego ofertę.

Izba w tym zakresie ustaliła co następuje

W ofercie odwołującego w Wykazie osób, którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia w poz.6 przedstawiono Pana Marka H legitymującego się doświadczeniem w ramach własnej działalności gospodarczej w okresie 11.2007r. do 06.2008r. jako koordynator dostępu do torów w nadzorze nad modernizacją stacji Gdynia Główna Osobowa, etap 1 – środki unijne Opracowywanie harmonogramów zamknięć pod względem możliwości przewozowych w obrębie węzła Gdańska–Gdynia-Wejherowo oraz Dolnośląski Zakład Przewozów Regionalnych we Wrocławiu w latach 1998-2004 na stanowisku kontroler, który w ramach obowiązków m.in. nadzorował zagadnienia techniczne w ruchu pociągów pasażerskich, koordynacji zamknięć torowych w ramach zakładu, udział w komisjach przygotowujących i opracowujących poszczególne regulaminy zamknięć torowych na E 30 na

odcinkach: Wrocław Główny-Brzeg-Opole i Wrocław Główny-Legnica-Węgliniec. Udział w komisjach ustalających przyczyny wypadków kolejowych nadzór nad ciągłością i regularnością ruchu kolejowego. Współdziałanie z dyspozyturą Zakładu w udzielaniu zamknięć torowych. Nadzorowanie zamknięć torowych na czas remontów, nadzór nad regularnością ruchu pociągów pasażerskich.

Dla wykazania doświadczenia w pracy na stanowisku związanym z procedurami wprowadzania zamknięć torowych przez okres co najmniej 36 miesięcy w ciągu ostatnich 10 lat, nie było wystarczającym wykazanie doświadczenia w okresie 11.2007do 06.2008 w nadzorze nad modernizacją stacji Gdynia Główna Osobowa, etap 1. W związku z tym dla spełnienia wymogu posiadania stosownego doświadczenia znaczenia miała praca w Dolnośląskim Zakładzie Przewozów Regionalnych we Wrocławiu w latach 1998-2004.

Jak wynika z zawiadomienia o wykluczeniu z postępowania, zamawiający powziął wątpliwość czy kontroler rzeczywiście zajmował się wykazanymi w opisie czynnościami i dlatego w dniu 11 kwietnia 2012r. wystąpił do Dolnośląskiego Zakładu Przewozów Regionalnych we Wrocławiu celem potwierdzenia wskazanych w ofercie czynności przez kontrolera przedstawiając w piśmie opisane w ofercie czynności.

W odpowiedzi z dnia 13.04.2012r. Dolnośląski Zakład Przewozów Regionalnych we Wrocławiu potwierdził, że Pan Marek H był pracownikiem zakładu w okresie od 17.06.1995r. do 31.12.2004r. na stanowisku kontrolera ds. pasażerskich i w związku z zajmowanym stanowiskiem przeprowadzał kontrole w zakresie: odprawy i przewozu osób oraz przesyłek konduktorskich i przesyłek wewnętrznych w tym: pracy punktów odprawy podróżnych i stacjonarnych punktów przyjęcia przesyłek konduktorskich oraz pracy kas biletowych placówek niekolejowych upoważnionych do sprzedaży biletów kolejowych, - zagadnień związanych z bezpieczeństwem ruchu kolejowego, jakości usług świadczonych przez Dolnośląski Zakład Przewozów Regionalnych. Ponadto Pan H był członkiem Zakładowej Komisji Powypadkowej.

Jednocześnie w odpowiedzi wskazano, że akta osobowe zostały przekazane do PKP S.A. Archiwum Obszarowe.

Na podstawie udzielonej odpowiedzi zamawiający uznał, że w oświadczeniu dotyczącym Pana Marka H odwołujący podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, co stanowiło podstawę do jego wykluczenia z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba przeprowadziła postępowanie dowodowe z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w tym z oferty odwołującego oraz pism powyżej wskazanych oraz przedłożonych na rozprawie dokumentów przez odwołującego na okoliczność, iż Pan Marek H będąc zatrudnionym w Dolnośląskim Zakładzie Przewozów Regionalnych wykonywał pracę związaną z procedurami wprowadzania zamknięć torowych, co w ocenie odwołującego wynika z poniżej

wymienionych pism i dokumentów:

1. Pismo Pana Marka H z dnia 7 maja 2012r. do Dyrektora Dolnośląskiego Zakładu Przewozów Regionalnych o zmianę informacji dla zamawiającego w sprawie zakresu obowiązków, w celu potwierdzenia zakresu wymienionego w piśmie zamawiającego z dnia 11.04.2012r. opisanego powyżej. Przy czym w scanie pisma wymienia się szereg pism jako załączników, które mają potwierdzić funkcje P. Marka H przedstawione w ofercie, ale nie zostały one przedłożone.
2. Sprawozdanie z kontroli szczegółowej z m-ca lutego 2003r. w PRSW Wrocław Główny w zakresie dokumentacji jednostki oraz dokonywanych wpisów czynności z wnioskami z kontroli. Kontrola obejmowała dokumentację w PRDR Głogów, Oleśnica, Wrocław Główny – peron I, III, IV, Piloci, Posterunek manewrowych – przetok I i II. Opis dokonywanych czynności przez Kontrolera Handlowego ds. Pasażerskich P. Marka H jest lakoniczny i potwierdza braki w bieżącym dokonywaniu wpisów lub brak takich dokumentów jak blok rozkazów dziennych, książki ostrzeżeń, braki wpisów o przebiegu załatwiania skarg, regulaminy tymczasowe luźne, teczki antyawaryjne nie uaktualnione, instrukcje nieuaktualnione albo ich brak, rozkazy pisemne bez wpisów kontroli, brak instrukcji np.:R-34, E-1, brak teczek antyawaryjnych, brak opisanie posterunku. Z powyższych adnotacji wynika, że przedmiotem kontroli było prowadzenie dokumentacji jednostek organizacyjnych ruchu kolei.
3. Protokół z kontroli szczegółowej z zakresu techniczno-ruchowego w PRST Wrocław z dnia 29.12.2003r. w sprawie prowadzonej dokumentacji jednostki w tym Biura Sekcji, Nastawni manewrowej WG-29, W-30 wraz wnioskami z kontroli. Uwagi dotyczą np.: braków w dokumentacji, nieprawidłowych wpisów, braku przesnurowania książki kontroli, braku instrukcji R-18, braku analizy dokonywanych wpisów w prowadzonej dokumentacji techniczno-ruchowej i nieprawidłowości w prowadzonej dokumentacji. Protokół sporządzony przez Kontrolera Handlowego ds. Pasażerskich P. Marka H
4. Pismo do Dyrektora z dnia 27.10.2004r. uwagi z prowadzonej kontroli obejmujący m. braku regulaminu prac techniczno-ruchowych, brak badań lekarskich, egzaminów kwalifikacyjnych personelu; podpis nieczytelny.
5. Powołania z dnia 11 stycznia 2000r. i 29 listopada 2001r. Pana Marka H zatrudnionego na stanowisku Kontrolera handlowego ds. pasażerskich na przewodniczącego Komisji Egzaminacyjnej w zakresie stanowisk: dyżurny ruchu, kierownik pociągu, ustawiacz, manewrowy, zwrotniczy.
6. Strona tytułowa Instrukcja o sporządzaniu regulaminów technicznych Warszawa 2005r. z pieczęcią P. Marka H jako rzeczoznawcy i biegłego sądowego z zakresu kolejnictwa i jedna strona regulaminu - str.15 regulaminu.
7. Zarządzenie nr 10 Zarządu PKP PLK S.A. z dnia 30 marca 2005r. w sprawie wprowadzenia „Instrukcji o sporządzaniu regulaminów technicznych”

8. Oświadczenie zgodnie z art.22 ust.1 Prawo Zamówień Publicznych wystawione przez P. Marka H o zobowiązaniu się do pełnienia funkcji na stanowisku Koordynatora dostępu do torów w celu realizacji przedmiotowego zamówienia z dnia 06.03.2012r. Powyższe stanowiło dla odwołującego podstawę do uwzględnienia Pana Marka H w Wykazie osób przy pomocy, których będzie wykonywał zamówienie.

Zamawiający na dowód, iż funkcje związane z wykonywaniem procedur zamykania dostępu do torów mogą wykonywać tylko osoby zatrudnione przez PKP PLK S.A. jako zarządcy infrastruktury kolejowej przedłożył Regulamin zasad organizacji i udzielania zamknięć torowych Ir-19 załącznik do zarządzenia Nr 26/2010 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 22 Listopada 2010r. Z przedłożonego Regulaminu wynika, że jednostkami organizacyjnymi odpowiedzialnymi za planowanie, organizację, przygotowanie, wprowadzanie zamknięcia torów kolejowych są jednostki zamawiającego takie jak Centrum Realizacji Inwestycji, Zakład Linii Kolejowych, Ekspozytura Zarządzania Ruchem Kolejowym, Wydział Rozkładów Jazdy, Koordynacji Robót i Zamknięć Torowych. Jednostki te zajmują się w szczególności planowaniem zamknięć torowych w tym długoterminowych, okresowych oraz koncentracją i koordynacją robót wymagających zamknięć torowych, technicznym i organizacyjnym przygotowaniem odcinka linii do zamknięć torowych, organizacją prowadzenia ruchu pociągów w czasie zamknięcia toru, warunkami udzielania zamknięć torowych, opracowywaniem i wdrażaniem zastępczego rozkładu jazdy. Efektem tych prac są harmonogramy zamknięć torowych, ich aktualizacja oraz opublikowanie.

Izba zważyła co następuje

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem sporu jest czy Pan mgr Marek H może w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego objąć funkcję Koordynator Dostępu do Torów z uwagi na wymóg posiadania kwalifikacji (doświadczenia) w pracy na stanowisku związanym z procedurami wprowadzania zamknięć torowych przez okres co najmniej 36 miesięcy w ciągu ostatnich 10 lat (pkt 8.4.2.6 SIWZ str.10).

Podstawę wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia stanowiła odpowiedź Dolnośląskiego Zakładu Przewozów Regionalnych we Wrocławiu z dnia 13.04.2012r. na pytanie zamawiającego z dnia 11.04.2012r. czy Pan Marek H będąc kontrolerem w latach 1998-2004r. wykonywał czynności związane z zamknięciem dostępu do torów. W pytaniu zamawiający przedstawił czynności, które odwołujący podał w ofercie w części dotyczącej doświadczenia wymaganego od osoby mającej pełnić obowiązki Koordynatora dostępu do torów. Przy czym w SIWZ osoba przedstawiana na to stanowisko miała mieć doświadczenie w procedurach zamykania torów w okresie co najmniej 36 miesięcy w ostatnich dziesięciu latach. Odpowiadający na zadane pytanie potwierdził okres zatrudnienia oraz

funkcje kontrolera. Jeżeli chodzi o czynności to wymienił inne niż podane w zapytaniu. Niemniej odpowiadający nie zaprzeczył ani nie potwierdził faktu wykonywania czynności opisanych w zadanym pytaniu. Odwołujący odnosząc się do udzielonej odpowiedzi podnosił, iż czynności wyspecyfikowane w wykazie osób przy pomocy których będzie wykonywał zadania, mieszczą się w jednym ze sformułowań zawartych w odpowiedzi, a mianowicie kontrolował zagadnienia związane z bezpieczeństwem ruchu kolejowego. Natomiast według zamawiającego okoliczność nie potwierdzenia w odpowiedzi wyspecyfikowanych w pytaniu czynności stanowi dowód na to, że w ofercie odwołujący podał nieprawdziwe informacje. W trakcie rozprawy na zadane pytanie zamawiającemu dotyczące dodatkowych ustaleń w związku z uzyskaną odpowiedzią, zamawiający oświadczył, że nie dokonywał w związku z uzyskaną odpowiedzią żadnych dodatkowych ustaleń czy wyjaśnień.

W ocenie Izby taka sytuacja nie uprawniała zamawiającego do stwierdzenia, iż odwołujący w ofercie podał nieprawdziwe informacje. Podstawą takiej oceny przez Izbę jest treść udzielonej odpowiedzi na zadane pytanie. Skoro zamawiający w piśmie do Dolnośląskiego Zakładu Przewozów Regionalnych (D.Z.P.R.) oczekuje potwierdzenia czy były wykonywane określone czynności to odpowiedź, która została udzielona nie może stanowić podstawy do stwierdzenia nieprawdziwych informacji w ofercie odwołującego. Przede wszystkim dlatego, że odpowiadający w ogóle nie odniósł się do zadanego pytania w istotnym zakresie. Mianowicie potwierdził okres zatrudnienia nawet wydłużając czas zatrudnienia (zamawiający lata 1998-2004 a odpowiadający lata 1995-2004) i potwierdził również funkcję to jest stanowisko kontrolera. Nie odniósł się w ogóle do czynności wskazanych w pytaniu. Wymienił natomiast inne czynności. W ocenie Izby użycie w odpowiedzi sformułowania przeprowadzał kontrole w zakresie zagadnień związanych z bezpieczeństwem ruchu powinno co najmniej wzbudzić wątpliwości czy również nie zajmował się procedurami związanymi z zamykaniem dostępu do torów przynajmniej na etapie kontrolowania tych zagadnień. Wobec nie udzielenia odpowiedzi na zadane pytanie przynajmniej w części dotyczącej rodzaju czynności zamawiający nie miał podstawy do stwierdzenia wystąpienia po stronie odwołującego podania nieprawdziwych informacji. W ocenie Izby nawet gdyby przyjąć, że odpowiadający wprost by zaprzeczył na zadane pytanie to jest oświadczył, że Pan Marek H nie wykonywał czynności wymienionych w pytaniu to i tak zamawiający powinien tak uzyskaną odpowiedź skonfrontować np. z odwołującym. Powyższe stanowisko Izby wynika z faktu, iż nie ma podstaw dania wiary dokumentowi wystawionemu przez Dolnośląski Zakład Przewozów Regionalnych a nie dania wiary oświadczeniu odwołującego w ofercie. Chociażby ze względów formalnych zarówno po stronie odwołującego jak i odpowiadającego oświadczyły się osoby upoważnione do reprezentacji czyli składania oświadczeń. W obydwu wypadkach są to dokumenty prywatne mające taką samą moc dowodową. Nie ma podstaw to stwierdzenia, że odpowiedź z dnia 13.04.2012 r. ma ważniejszą moc dowodową niż oświadczenie odwołującego sformułowane w Wykazie osób przy pomocy, których będzie wykonywane przedmiotowe zamówienie. Reasumując udzielona odpowiedź nie niweczy prawdziwości oświadczenia odwołującego, nie jest pod względem prawnym ważniejszą niż oświadczenie reprezentanta wykonawcy. Można wręcz stwierdzić, że ma tę samą moc dowodową. W zaistniałej sytuacji w ocenie Izby zamawiający uzyskując wspomnianą

odpowiedź miał jedynie prawo do stwierdzenia, iż wątpliwe jest czy oświadczenie odwołującego w ofercie co do osoby Pana Marka H jest prawdziwe. Tym bardziej w sytuacji braku odpowiedzi wprost na zadane pytanie. Izba nie znalazła podstaw to zaakceptowania czynności zamawiającego wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu podania informacji nieprawdziwych, ponieważ zamawiający takiego dowodu nie posiada, a posiada tylko dwa stwierdzenia i to wcale się nie wykluczające. Stąd słusznie odwołujący podniósł w odwołaniu brak spełnienia się przesłanki z art.24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający wyklucza wykonawcę z postępowania za podanie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Niemniej w ocenie Izby przeprowadzone postępowanie dowodowe w toku postępowania odwoławczego wykazało, iż Pan Marek H nie posiada doświadczenia jako osoba stosująca procedury związane z zamknięciem torów.

Natomiast zamawiający na etapie podejmowania czynności wykluczenia na podstawie art.24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp takiej wiedzy obiektywnie nie posiadał to jest nie posiadał na podstawie dokonanych ustaleń w tym kierunku, nie wykazał słuszności i zasadności swojej decyzji wobec odwołującego.

Postępowanie dowodowe wykazało, że dokumenty przedłożone przez odwołującego w żadnym miejscu nie wskazują na czynności związane z procedurami zamknięć torowych. Można z całą pewnością stwierdzić, że Pan Marek H na pewno był kontrolerem sprawdzającym prawidłowość wykonywania statutowych obowiązków przez pracowników przewoźnika regionalnego jakim jest D.Z.P.R we Wrocławiu w tym związanych z bezpieczeństwem ruchu, na co wskazuje powyżej opisana tematyka przeprowadzonych kontroli. Niemniej w żadnym z nich nie wspomina się o objęciu przedmiotem kontroli zagadnień zamknięcia torów.

Nie stanowi również dowodu na posiadanie kwalifikacji (doświadczenia) – doświadczenie w pracy na stanowisku związanym z procedurami wprowadzania zamknięć torowych przez okres co najmniej 36 miesięcy w ciągu ostatnich 10 lat okoliczność podnoszona przez odwołującego, że Pan Marek H posługuje się pieczętkami Rzecznawca S.I.T.M. w zakresie kolejnictwa specjalność inżynieria ruchu kolejowego, biegły sądowy w zakresie kolejnictwa specjalność: organizacja ruchu, bezpieczeństwo ruchu, wypadki, ponieważ przedstawione na rozprawie dowody na okoliczność doświadczenia w pracy w ogóle nie wskazują na czynności kontrolerskie Pana mgr Marka Hanaczyńskiego związane z procedurami wprowadzania zamknięć torowych.

Dodatkową argumentacją za taką oceną wiedzy i doświadczenia przemawiają wyjaśnienia na rozprawie i dowód w postaci Regulaminu – zasad organizacji i udzielania zamknięć torowych, z których wynika, że zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. jest zarządcą infrastruktury kolejowej a D.Z.P.R. we

Wrocławiu będąc przewoźnikiem jest użytkownikiem torów kolejowych, który swoją działalnością musi dostosować się do porządku ruchu kolejowego ustalonego przez zarządcę. Zamawiający na powyższą okoliczność przywołał następujące regulacje prawne:

1. art.4 pkt 7 i 9 ustawy z dnia 28.03.2003r. o transporcie kolejowym (Dz.U. 2007r. Nr 16 poz.94) definiujące pojęcie zarządcy infrastruktury (podmiot wykonujący działalność polegającą na zarządzaniu infrastrukturą kolejową, na zasadach określonych w ustawie funkcje zarządcy infrastruktury kolejowej lub jej części mogą wykonywać różne podmioty), przewoźnik kolejowy (przedsiębiorca, który na podstawie licencji wykonuje przewozy kolejowe lub świadczy usługę trakcyjną)
2. § 41- 45 a w szczególności §41 ust.2,4,8 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18.07.2005r. w sprawie ogólnych warunków prowadzenia ruchu kolejowego i sygnalizacji (Dz. U. 2005 nr 172, poz. 1444) ust.2 (Tor szlakowy zamyka dyżurny ruchu posterunku zapowiadawczego w szczególności wyznaczony w zarządzeniu o zamknięciu toru), ust.4(zamknięcie toru zarządza się, nadając do sąsiedniego posterunku zapowiadawczego i do pośrednich posterunków ruchu telefonogram według wzoru określonego przez zarządcę infrastruktury), ust.8 (tor otwiera dyżurny ruchu).

Z powyższych regulacji wynika, że co do zasady doświadczenie związane z procedurami zamknięć torów może mieć osoba wykonująca pracę u zarządcy infrastruktury kolejowej (PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. – zamawiający), a nie u przewoźnika (np.: Dolnośląski Zakład Przewozów Regionalnych we Wrocławiu), który nie zajmuje się udostępnianiem torów tylko z nich korzysta.

Podsumowując odwołujący nie udowodnił, że Pan mgr Marek H posiada wymagane kwalifikacje do objęcia funkcji Koordynatora Dostępu do Torów, w związku z pracą w Dolnośląskim Zakładzie Przewozów Regionalnych we Wrocławiu w latach 1995-2004 roku.

Niemniej na rozprawie zamawiający potwierdził, że wobec odwołującego w związku z nieodpowiednią kandydaturą Pana Marka H nie wzywano odwołującego do uzupełnienia dokumentów. W związku z powyższym oraz na obligatoryjność stosowania art. 26 ust.3 ustawy Pzp, Izba nakazała zamawiającemu wezwanie do uzupełnienia dokumentów orzekając jak w sentencji wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty uiszczanego wpisu od odwołania w kwocie 15.000,00zł. i wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedstawionej faktury w kwocie 3.600,00zł.

Przewodniczący: