

Sygn. akt: KIO 1430/13

WYROK
z dnia 2 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2013 r. przez Odwołującego – Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03 - 734 Warszawa, przy udziale Wykonawcy - OHL ŽS, a.s., OHL ZS Polska Sp. z o.o., Buresova 938/17, 602 00 Brno Veveri, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie, 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 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

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie w imieniu, którego działa: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Lublinie, ul. Okopowa 5, 20 - 022 Lublin wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie robót budowlanych na odcinku Zalesie Gorzyckie - Sobów linii kolejowej nr 25”, realizowanych ramach zadania pn. modernizacja linii kolejowej nr 25 na odcinku Skarżysko Kamienna - Ocice, nr post. 9090/IR02ZA/000053/13/P.

Ogłoszenie o zamówieniu nr 2013/S 064-106997 zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 marca 2013 oraz zostało umieszczone na stronie internetowej Zamawiającego.

Jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu była cena, a termin składania ofert w tym postępowaniu upłynął w dniu 9 maja 2013 r.

Nadto oferty w powyższym postępowaniu złożyli następujący wykonawcy:

1. Konsorcjum OHL ŽS, a.s. oraz OHL ZS Polska sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum OHL”) OHL - cena oferty brutto w wysokości 53 866 685,19 zł;
2. Odwołujący: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie - cena oferty brutto w wysokości 55 350 782,80 zł;
3. Konsorcjum wykonawców: (1) Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego „Transkol” Sp. z o.o., (2) Eiffage Polska Koleje sp. z o.o. oraz (3) INTOP Tarnobrzeg sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum Transkol”) - cena oferty brutto w wysokości 55 481 152,98 zł.

Informację o czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Konsorcjum OHL, jako najkorzystniejszej Odwołujący: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie otrzymał w dniu 5 czerwca 2013 r.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 14 czerwca 2013r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od:

- 1) zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum OHL oraz odrzucenia oferty Konsorcjum OHL na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29

stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” z uwagi na to, że Konsorcjum OHL złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

2) ewentualnie zaniechania czynności wezwania Konsorcjum OHL na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

3) czynności wyboru oferty Konsorcjum OHL, jako najkorzystniejszej, mimo iż Zamawiający winien był wykluczyć z postępowania Konsorcjum OHL oraz odrzucić jego ofertę.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum OHL oraz odrzucenia jego oferty z uwagi na to, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

2) ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum OHL do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i bezprawny wybór oferty Konsorcjum OHL jako najkorzystniejszej, mimo iż Zamawiający winien był wykluczyć z postępowania Konsorcjum OHL oraz odrzucić jego ofertę.

W związku z powyższym wnosił o uwzględnienie odwołania w całości poprzez nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum OHL, jako najkorzystniejszej;

2) wykluczenia Konsorcjum OHL oraz odrzucenia oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp;

3) ewentualnie wezwania Konsorcjum OHL na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

4) nakazanie powtórzenia czynności ponownego badania i oceny ofert z pominięciem oferty Konsorcjum OHL.

Ponadto, Odwołujący wnosił o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Według Odwołującego Zamawiający zaniechał wykluczenia Konsorcjum OHL oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, mimo iż Konsorcjum OHL złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego Postępowania.

Pierwszy zarzut dotyczył złożenia przez Konsorcjum OHL na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w punkcie 8.3.1 ppkt bd) SIWZ nieprawdziwych – zdaniem Odwołującego - informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wskazał, że w punkcie 8.3.1 ppkt bd) SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał wiedzę i doświadczenie w zakresie budowy lub przebudowy (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.) co najmniej 2 przepustów i co najmniej 1 mostu w rozumieniu Części II, Dział 1 ust. 1 pkt 1 i 4 Warunków Technicznych dla kolejowych obiektów inżynierskich Id-2 (D2) obowiązujących w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Konstrukcja przęseł lub przęsa mostu powinna być kratownicowa nitowana.

Zarzucił Konsorcjum OHL w:

(a) Wykazie osób sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 3A do SIWZ na str. 9 oferty wskazanie dla p. P..... K..... doświadczenia obejmującego w rozumieniu ustawy Prawo budowlane remont mostu na szlaku Rumburk-Sebnitz (Vilemov), a nie budowę czy przebudowę, bowiem wykonawca konkurencyjny wpisał: Doświadczenie dla kierownika budowy lub przebudowy albo kierownika robót na budowie lub przebudowie w specjalności kolejowej i mostowej w zakresie określonym w pkt. 8.3.2 – „07.2009 - 11.2009 Sprawowanie funkcji Kierownika robót w specjalności mostowej] na zadaniu pn.. „Naprawa mostu w km 21 ,502 szlaku Rumburk - Specyfika obiektu: most kolejowy, jednotorowy, kratownicowy, o siedmiu otworach r rozpiętości 273 m. nitowany.

Zakres robót;

- przebudowa konstrukcji stalowej, głównie pasów dolnych głównych dźwigarów kratownicowych,
- wymiana skorodowanych nitów na całej konstrukcji,
- wzmocnienie osłabionego pasa głównych dźwigarów,
- wymiana skorodowanych elementów blach przyłączeniowych i elementów usztywnienia.
- wzmocnienie wzdłużnie,
- wymiana 235 szt. mostownic

- ochrona antykorozyjna — ok. 6 500 m²”

oraz w

(b) Wykazie wykonanych zamówień na roboty budowlane sporządzonym zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ na str. 24 oferty, wskazanie identycznego opisu dotyczącego doświadczenia w zakresie remontu mostu na szlaku Rumburk-Sebnitz (Vilemov).

W kontekście powyższego zarzutu zauważył, że zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane budową jest wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego, zaś przebudową jest 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 (por. art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane).

Argumentował, że pojęcie budowy czy przebudowy należy odróżnić od remontu, a zgodnie z art. 3 pkt 8 ustawy Prawo budowlane, remontem jest wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.

Zauważył, że na stronie 9 jak i 24 oferty Konsorcjum OHL wskazało zakres czynności remontu mostu na szlaku Rumburk-Sebnitz (Vilemov), obejmujący odtworzenie stanu pierwotnego ww. mostu poprzez wymianę lub wzmocnienie istniejących uprzednio skorodowanych elementów konstrukcyjnych.

Zdaniem Odwołującego zarówno tytuł („Naprawa mostu w km 21,502 szlaku Rumburk - Sebnitz (Vilemov)”), jak treść tłumaczenia referencji znajdującego się na str. 39 oferty wskazują na okoliczność czynności wykonania remontu, a nie innych budowy czy przebudowy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nabrał uzasadnionych wątpliwości, co do charakteru wskazanych przez Konsorcjum OHL robót budowlanych i wezwał ww. wykonawcę w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp pismem z dnia 28 maja 2013 r. o nr. IR02ZAb-216-04/13 do wyjaśnienia, czy ww. roboty były przebudową czy remontem (punkt 5 pisma z z dnia 28 maja 2013 r.).

Zauważył przy tym, że w odpowiedzi na wezwanie pismem z dnia 29 maja 2013 r. nr 1147/RV/2013 Konsorcjum OHL na str. 5 wspomnianego pisma wyjaśniło, że w świetle opisu zakresu zrealizowanych robót, roboty te były przebudową mostu, w wyniku, której nastąpiła zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu.

Wskazał, że dokładna treść wyjaśnienia Konsorcjum OHL była następująca:

„Wobec powyższego żądania, Wykonawca wyjaśnia, iż wskazanie w tabeli na „naprawę mostu” wynikało z tłumaczenia nagłówka załączonych do oferty referencji. W świetle jednak opisu zakresu zrealizowanych robót - roboty te były przebudową mostu w rozumieniu art. 3 pkt. 7a ustawy Prawo budowlane - w wyniku, której nastąpiła zmiana parametrów użytkowych i technicznych istniejącego obiektu”.

Zaznaczył, że w załączeniu do ww. pisma z dnia 29 maja 2013 r. Konsorcjum OHL przedłożyło raz jeszcze wykaz wykonanych zamówień na roboty budowlane zgodny z załącznikiem nr 5 do SIWZ, który zawierał opis dotyczący doświadczenia w zakresie remontu mostu na szlaku Rumburk - Sebnitz (Vilemov).

Z powyższego wnioskował, że powyższe wyjaśnienia Konsorcjum OHL nie miały charakteru błędu lub omyłki - a więc działania nieumyślnego, lecz w pełni świadomego.

Według Odwołującego wyjaśnienie te stoją w sprzeczności z literalną treścią referencji przedłożonej na str. 39 oferty Konsorcjum OHL, która stanowi bardzo szczegółowy opis prac remontowych, i z której nie wynika jakakolwiek zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego (mostu).

Zachowanie Konsorcjum OHL (udzielone wyjaśnienia oraz treść na nowo przedłożonego wykazu wykonanych zamówień) wskazuje – w ocenie Odwołującego, że wykonawca ten umyślnie przekazał Zamawiającemu w postępowaniu nieprawdziwe informacje dotyczące posiadanego przezeń doświadczenia, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając (w celu doprowadzenia do wyboru oferty OHL jako najkorzystniejszej), a zatem wykonawca ten powinien być wykluczony, a jego oferta odrzucona na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Drugi zarzut dotyczył zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum OHL z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu z powodu braku wykazania doświadczenia p. O..... Z..... - Kierownika robót branży kolejowej.

W zakresie tego zarzutu wskazał, że w punkcie 8.3.2 b) cz. I SIWZ (s. 10) Zamawiający wymagał, aby osoba wskazana do kierowania robotami budowlami w specjalności kolejowej wykazała się doświadczeniem zdobytym w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania w kierowaniu budową lub przebudową albo kierowania robotami na budowie lub przebudowie (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane - Dz. U. z 2010 r. nr 243 poz. 1623 z późn. zm.) zelektryfikowanej linii kolejowej obejmującej, co najmniej 1 szlak i co najmniej 1 stację kolejową.

Zaznaczył przy tym, że Zamawiający wymagał, aby zelektryfikowana linia kolejowa obejmowała łącznie zarówno, co najmniej 1 szlak i co najmniej 1 stację kolejową, o czym świadczy spójnik „i”, oznaczający według powszechnie obowiązujących reguł językowych i logicznych tzw. koniunkcję.

Wywodził, że zdania wchodzące w skład koniunkcji są ze sobą nierozzerwalnie związane i jedno nie może zajść bez drugiego. W logice jest to zdanie złożone ze zdań połączonych spójnikiem „i” prawdziwe wtedy, gdy każde ze zdań składowych jest prawdziwe, co daje łączna prawdziwość zdania złożonego.

Podkreślił, że Zamawiający nie użył tutaj innych konstrukcji logicznych oznaczających alternatywą łączną („lub”) czy alternatywę rozłączną („albo”), a zatem koniunkcja oznacza w tym przypadku konieczność wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem przy wykonaniu takiego projektu, który obejmowałby, co najmniej 1 szlak i co najmniej 1 stację kolejową jednocześnie.

Zauważył, że Konsorcjum OHL wskazało w Wykazie osób na stronie 8 złożonej przez siebie oferty 3 różne projekty wykonywane w różnym czasie na różnych odcinkach torów, z których żaden nie obejmuje łącznie 1 szlaku i 1 stacji kolejowej.

Zaznaczył, że wykonawca konkurencyjny w rubryce Doświadczenie dla kierownika budowy lub przebudowy albo kierownika robót na budowie lub przebudowie w specjalności kolejowej i mostowej w zakresie określonym w pkt, 8.3:2 wpisał, co następuje:

„05.2009-03.2012 Sprawowanie funkcji Kierownika Budowy na zadaniu:

Optymalizacja szlaku kolejowego na odcinku Bystrice nad Olsi - Česky Tešín na linii zelektryfikowanej, dwutorowej. Zakres robót: przebudowa szlaku kolejowego.

01.2008 - 11.2009

Sprawowanie funkcji Kierownika Budowy na zadaniu Rekonstrukcja szlaku

kolejowego na odcinku Mezotur – Gyoma. Zakres robót: przebudowa szlaku kolejowego

01.2006 - 12.2008

Sprawowanie funkcji Kierownika Budowy na zadaniu: Przebudowa stacji kolejowej Cegled. Zakres robót: przebudowa stacji kolejowej”.

Zdaniem Odwołującego, gdyby intencją Zamawiającego było wymaganie od wykonawcy dysponowania Kierownikiem robót branży kolejowej, który posiada oddzielnie doświadczenie w zakresie kierowania budową lub przebudową albo kierowania robotami na budowie lub przebudowie, co najmniej 1 szlaku oraz co najmniej 1 stacji w celu ich późniejszego zsumowania, wówczas Zamawiający użyłby spójnika „lub”.

Podkreślił przy tym, że Zamawiający świadomie odróżnia w treści SIWZ różne konstrukcje logiczne poprzez różny sposób sformułowania warunków udziału w postępowaniu dla różnych osób wchodzących w skład personelu wykonawcy.

Tytułem przykładu wskazał, że w stosunku do osoby wskazanej do kierowania robotami budowlanymi w specjalności mostowej Zamawiający wymagał, aby jej doświadczenie obejmowało, co najmniej 1 most lub 1 wiadukt (por. w punkcie 8.3.2 b) cz. I SIWZ (str. 10):

- „osoba wskazana do kierowania robotami budowlanymi w specjalności mostowej wykazała się doświadczeniem zdobytym w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania w kierowaniu budową lub przebudową albo kierowania robotami na budowie lub przebudowie (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane - Dz. U. z 2010 r. nr 243 poz. 1623 z późn. zm.) co najmniej 1 mostu lub 1 wiadukt w rozumieniu Części II, Dział 1 ust. 1 pkt 1 lub 2 Warunków Technicznych dla kolejowych obiektów inżynierskich Id-2 (D2) obowiązujących w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. o konstrukcji kratownicowej nitowanej przęsła lub przęsła.”

W ocenie Odwołującego spójnik „lub” oznacza według ogólnie przyjętych kryteriów logicznych i językowych tzw. alternatywę łączną, która odmiennie niż koniunkcja zachodzi wówczas, gdy jeden z jej elementów jest zaprzeczeniem pozostałego lub oba elementy są prawdziwe. Inaczej mówiąc: alternatywa dwóch zdań jest prawdziwa, jeśli co najmniej jedno z nich jest prawdziwe. Oznacza to, że Kierownik robót branży mostowej może wykazać się albo projektem obejmującym 1 most albo 1 wiadukt. Może też wykazać się doświadczeniem obejmującym 1 most i 1 wiadukt łącznie.

Z powyższego wywodził, że Konsorcjum OHL nie wykazało spełnienia warunków

udziału w postępowaniu tj. nie wykazało się dysponowaniem osobą z wymaganym w SIWZ doświadczeniem na stanowisku kierownika robót budowlanych w specjalności kolejowej i winno być w tym zakresie wezwane przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia w zakresie doświadczenia p. Z..... albo wskazania innej osoby spełniającej wymogi określone w punkcie 8.3.2 b) cz. I SIWZ (str. 10), a w przypadku braku uzupełnienia aktualnego na dzień składania ofert, Zamawiający winien wykluczyć Konsorcjum OHL z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp.

Podniósł, że zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wskazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku braku wykazania spełniania tych warunków oraz braku podstaw do wykluczenia, podlega on wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Jednak z uwagi na to, że Konsorcjum OHL złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, to – w ocenie Odwołującego - brak jest podstaw do wzywania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Trzeci zarzut odnosił się do braku poświadczenia przez podmioty trzecie, na których zasobach polega Konsorcjum OHL za zgodność z oryginałem dokumentów przedłożonych przez te podmioty.

Wskazał, że zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków.

Natomiast zgodnie z § 7 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej „Rozporządzenie”) dokumenty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów, na których zasobach polega wykonawca, kopie

dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty (por. § 7. ust. 2 Rozporządzenia).

Wskazał, że w Rozporządzeniu ustawodawca wyraźnie rozdzielił możliwość poświadczania „za zgodność z oryginałem” dokumentów składanych odpowiednio przez wykonawców od dokumentów składanych przez podmioty trzecie, a kopie dokumentów dotyczących podmiotów trzecich mogą być poświadczane wyłącznie przez te osoby trzecie, o czym świadczy użycie przez ustawodawcę sformułowania „odpowiednio”, co wskazuje na to, że poświadczanie dokumentów przez wykonawcę lub przez podmiot trzeci uzależnione jest od tego, czy dokument dotyczy wykonawcy czy tego podmiotu.

Stwierdził przy tym, że kopie dokumentów dotyczących podmiotów trzecich mogą być poświadczane wyłącznie przez te podmioty, albo przez samego wykonawcę posiadającego stosowne umocowanie do działania w imieniu podmiotu trzeciego, na którego zasoby się powołuje (w tym także posiadającego upoważnienie do uwierzytelniania składanych w jego imieniu dokumentów).

Przyznał, że istnieje możliwość poświadczania dokumentów dotyczących podmiotów trzecich przez samego wykonawcę, ale wyłącznie, jeśli posiada on stosowne umocowanie do działania oraz do uwierzytelniania dokumentów w imieniu podmiotu trzeciego, na którego zasoby się powołuje.

Zarzucił, że Konsorcjum OHL potwierdziło za zgodność z oryginałem, nie mając do tego stosownego umocowania referencje pochodzące od podmiotów trzecich i przedłożyło te dokumenty na następujących stronach oferty: 16 - 19, 38 - 39, 41 – 44, co oznacza to, że w istocie Konsorcjum OHL nie wykazało w sposób prawidłowy spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. nie wykazało się dysponowaniem wymaganego w SIWZ wiedzy i doświadczenia z zakresie wykonanych usług i robót budowlanych, do których odnoszą się referencje przedłożone na stronach 16-19, 38-39, 41-44 oferty.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum OHL winno być w tym zakresie wezwane przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów ww. zakresie, a w przypadku braku uzupełnienia aktualnego na dzień składania ofert, Zamawiający winien wykluczyć Konsorcjum OHL z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp.

Jednak z uwagi na to, że Konsorcjum OHL złożyło – w ocenie Odwołującego -

nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, to zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO brak jest podstaw do wzywania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Czwarty zarzut związany był z brakiem wykazania, że zobowiązania podmiotów trzecich zostały podpisane zgodnie z reprezentacją tych podmiotów.

Powołał się na przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zgodnie, z którym wykonawca, który polega na wiedzy i doświadczeniu, czy osobach zdolnych do wykonania zamówienia zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Argumentował, że zobowiązania podmiotów trzecich, jako oświadczenia woli, aby były ważne winny być podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji tych podmiotów.

Według Odwołującego Konsorcjum OHL za wyjątkiem jednego podmiotu trzeciego (tj. KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą w Lublinie) nie przedłożyło wraz z ofertą jakichkolwiek dokumentów (np. odpisy z odpowiednich rejestrów), które pozwalałyby w sposób jednoznaczny, zidentyfikować osoby upoważnione do reprezentacji tych podmiotów.

Zdaniem Odwołującego brak tego rodzaju dokumentów nie pozwala na ocenę, czy w istocie zobowiązania podmiotów trzecich złożone na stronach: 11, 12, 15 oraz 40 oferty zostały podpisane przez osoby prawidłowo do tego umocowane, a tym samym Konsorcjum OHL nie wykazało, że dysponuje niezbędnymi zasobami do wykonania zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący stanął na stanowisku, że Konsorcjum OHL winno być wezwane przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów (np. odpisy z odpowiednich rejestrów), które pozwalałyby w sposób jednoznaczny, zidentyfikować osoby upoważnione do reprezentacji podmiotów trzecich, a w przypadku braku uzupełnienia aktualnego na dzień składania ofert, Zamawiający winien wykluczyć Konsorcjum OHL z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp.

Jednak z uwagi na to, że Konsorcjum OHL złożyło – w ocenie Odwołującego - nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, to zgodnie z utrwalonym

orzecznictwem KIO brak jest podstaw do wzywania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 20 czerwca 2013r. Konsorcjum OHL zgłosiło swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Przystępującego, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 5 lipca 2013 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednym z istotnych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie były kwestie czy Przystępujący złożył ofertę zawierającą nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania oraz czy nie zachodziły przesłanki uzasadniające wykluczenie go z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Analizując materiał dokumentacyjny przedmiotowej sprawy Izba doszła do przekonania, że złożona przez Przystępującego oferta nie posiadała nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, a także uznała, że brak było podstaw do wykluczenia Przystępującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do zarzutu podania nieprawdziwych informacji na stronie 9 i 24 oferty Przystępującego Izba nie stwierdziła wystąpienia takich okoliczności.

Izba ustaliła, że na stronie 9 oferty Przystępujący w wykazie osób, którymi będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w zamówieniu w rubryce doświadczenie dla kierownika budowy lub przebudowy albo kierownika robót na budowie lub przebudowie w specjalności kolejowej i mostowej w zakresie określonym w pkt.8.3.2 odnoszącej się do l.p.1 – P..... K..... wpisał nazwę zadania: „Naprawa mostu w km 21,502 szlaku Rumburk – Sebnitz (Vilemov)”, a także wpisał w zakresie robót między innymi przebudowę konstrukcji stalowej, głównie pasów dolnych głównych dźwigarów kratownicowych.

Powyższe zadanie wraz z zakresem robót obejmującym przebudowę zostało również wskazane w ofercie Przystępującego w poz.7 załącznika nr 5 do SIWZ – wzór wykazu wykonanych przez wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat zamówień na roboty budowlane.

Do oferty na stronie 38 Przystępującego została również załączona referencja wystawiona przez innego wykonawcę Stamakocel (w odpisie oryginału) wraz z tłumaczeniem tej referencji (strona 39) zawierająca informację o przebudowie konstrukcji stalowej z powodu osłabienia konstrukcji.

Istota sporu pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym i Przystępującym sprowadzała się do odmiennej oceny treści informacji zawartych w powołanych wyżej dokumentach.

Zadanie Izby na tle tych rozbieżnych stanowisk sprowadzało się do konieczności rozstrzygnięcia zagadnienia czy we wskazanym przez Przystępującego zamówieniu wykonany został remont czy przebudowa mostu, które to pojęcia na gruncie ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane mają inne znaczenia prawne, a zważywszy na postawiony przez Zamawiającego wymóg przebudowy, ich ocena wpływa na wynik przedmiotowego przetargu.

Należy wskazać, że zgodnie z art.3 pkt. 7a) cyt. wyżej ustawy Prawo budowlane, jako przebudowę - 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.

Pojęcie remontu zaś zostało opisane w art.3 pkt. 7a) powołanej wyżej ustawy Prawo budowlane, gdzie zostało ono zdefiniowane, jako wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a

niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.

W ocenie Izby dowody przedstawione przez Odwołującego nie stanowią wystarczającej podstawy do przyjęcia, że Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Dowody przedłożone przez Przystępującego wymagają omówienia, jednak nie zmienia to oceny Izby, że zgodnie z regułą dowodową wynikającą z art.6 kodeksu cywilnego dowód musi skutecznie przeprowadzić ten podmiot, który wywodzi określone skutki prawne.

Zdaniem Izby zarówno przedłożone tłumaczenie z dnia 17 czerwca 2013r. spornej referencji wraz z oświadczeniem tłumacza przysięgłego, jak i dokumentacja fotograficzna nie podważają zakwestionowanych przez Odwołującego oświadczeń wiedzy Przystępującego.

Przed wszystkim z faktu odmienności tłumaczenia czeskiego słowa: „rekonstrukce” (vide: strona 38 oferty) poprzez nadanie mu znaczenia w języku polskim, jako wyrazu: „rekonstrukcja”(vide: tłumaczenie referencji z dnia 17 czerwca 2013r.) wobec tłumaczenia Przystępującego posługującego się słowem „przebudowa” (vide: strona 39 oferty), nie może przesądzać o tym, że podana informacja jest nieprawdziwa.

W kontekście powyższego należy zauważyć, że polskie słowo rekonstrukcja nie ma swojego znaczenia w polskim Prawie budowlanym, a zatem zapewne może być ono rozumiane zarówno, jako remont, jak i przebudowa w rozumieniu powołanych wyżej przepisów.

Wystawca referencji prawdopodobnie nie legitymował się wiedzą, co do obowiązującego polskiego porządku prawnego, a zatem przy sporządzaniu dokumentów mógł się posłużyć formułą stosowaną w czeskim Prawie budowlanym, która nie koniecznie musi odpowiadać krajowej regulacji.

Przedstawiona przez Odwołującego dokumentacja fotograficzna, jedynie pobieżnie daje obraz wykonywanych prac, jednak na jej podstawie nie sposób przesądzić czy w wyniku wykonywanych robót budowlanych nastąpiła zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego.

Reasumując Izba doszła do przekonania, że przedstawione przez Odwołującego dowody nie obalają treści oświadczeń wiedzy Przystępującego zawartych w spornym

wykazie i referencji, zatem Izba nie mogła potraktować tych dokumentów, jako nieprawdziwych.

Rozpatrując drugi ze zgłoszonych zarzutów odwołania dotyczący braku wykazania doświadczenia O..... Z....., jako kierownika robót branży kolejowej Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego przedstawionej w zakresie tego zarzutu.

Przede wszystkim Izba uznała, że proponowana przez Odwołującego interpretacja postanowień pkt. 8.3.2 b) w związku z pkt. 8.3.1 lit b) ppkt ba części I SIWZ była zbyt daleko idąca.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt.8.3.2 b) rozdział I SIWZ żądał od wykonawców, aby osoba wskazana do kierowania robotami budowlami w specjalności kolejowej wykazała się doświadczeniem zdobytym w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania w kierowaniu budową lub przebudową albo kierowania robotami na budowie lub przebudowie (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane - Dz. U. z 2010 r. nr 243 poz. 1623 z późn. zm.) zelektryfikowanej linii kolejowej obejmującej, co najmniej 1 szlak i co najmniej 1 stację kolejową.

Przystępujący w swojej ofercie wskazał zarówno udział w wykonywaniu, co najmniej 1 szlaku kolejowego, jak i co najmniej 1 stacji kolejowej, przy czym odbywało się to przy realizacji różnych zadań.

Izba stoi na stanowisku, że powyższe postanowienie SIWZ nie zawierało jakiegokolwiek zastrzeżenia obligującego wykonawców do wykazania się posiadaniem personelu doświadczonego w kierowaniu budową lub przebudową albo kierowania robotami na budowie lub przebudowie zelektryfikowanej linii kolejowej obejmującej, co najmniej 1 szlak i co najmniej 1 stację kolejową, w ramach tego samego zadania.

Wystarczającym wykonaniem tego warunku – w ocenie Izby – było wykazanie się doświadczeniem w kierowaniu powyższym zadaniem, w trakcie wykonywania, co najmniej 1 szlaku i co najmniej 1 stacji kolejowej, bez względu na okoliczność czy było to jedno zamówienie czy też realizacja następowała w innych kontraktach.

Poza tym należy zauważyć, iż posłużenie się przez Zamawiającego spójnikiem „lub” przy powyższej konstrukcji semantycznej powodowałoby ograniczenie podmiotowego wymagania, bowiem wtedy wystarczające byłoby wykazanie doświadczenia w kierowaniu

budową, co najmniej 1 szlaku lub 1 stacji kolejowej, a wymaganie miało dotyczyć tych dwóch sytuacji.

Jeżeli Odwołujący miał wątpliwości w zakresie wykładni SIWZ w spornym zakresie, to powinien je zgłaszać w stosownym czasie, a w chwili obecnej proponowana przez niego wykładnia nie może przemawiać na niekorzyść Przystępującego z racji powołanych wyżej argumentów.

Rozpatrując zarzut braku poświadczenia przez podmioty trzecie, na których zasobach polega konsorcjum OHL za zgodność z oryginałem dokumentów przedłożonych przez te podmioty Izba uznała go za bezzasadny.

Należy zauważyć, że zgodnie z § 7 ust.1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.) dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Natomiast stosownie do § 7 ust.2 cyt. wyżej rozporządzenia w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów, na zasobach, których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty.

Z zestawienia powyższych przepisów wynika jednoznacznie, że regułą podstawową jest składanie w przetargach dokumentów oryginalnych lub w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, zaś odstępstwem od tej formuły w przypadku innych podmiotów, na zasobach, których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust.2b ustawy jest składanie kopii dokumentów dotyczących wykonawcy odpowiednio przez tego wykonawcę.

Wymaga jednak wskazania, że ta druga sytuacja dotyczy dokumentów innych podmiotów, na zasobach, których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust.2b ustawy, które stanowią dowody składane w ramach postępowania opisanego w tym przepisie.

W ocenie Izby listy referencyjne i wykaz złożone na stronach 16-19, 38-39 i 41-43 nie mieszczą się w kategorii dokumentów objętych dyspozycją przepisu § 7 ust.2 cyt. wyżej rozporządzenia.

Jednocześnie na marginesie należy dodać, że Przystępujący wykazał, że w dacie składania ofert wystawione były dokumenty upoważniające go do poświadczania za zgodność z oryginałem spornych referencji, a także były potwierdzone za zgodność z oryginałem przedmiotowe referencje (vide: załączniki nr 1-6 Przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 20 czerwca 2013r.).

Odnosząc się do ostatniego ze zgłoszonych zarzutów dotyczącego braku wykazania przez Przystępującego, że zobowiązania podmiotów trzecich zostały podpisane zgodnie z reprezentacją tych podmiotów Izba uznała je za chybione.

Należy zauważyć, że zgodnie z przepisem §3 ust.4 powołanego wyżej rozporządzenia, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1-3.

Izba stwierdziła, że Zamawiający w SIWZ nie żądał od wykonawców dokumentów potwierdzających prawo do reprezentacji wystawców zobowiązań podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów.

Sytuacja taka mogłaby mieć miejsce jedynie w warunkach opisanych w § 7 ust. 3 cyt. wyżej rozporządzenia, który stanowi, iż zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości, co do jej prawdziwości.

Nadto według Izby uprawnienie Zamawiającego żądania dokumentu potwierdzającego umocowanie podpisującego zobowiązanie do udostępnienia zasobów nie mieści się automatycznie w dyspozycji przepisu art.26 ust.2b ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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: