

Sygn. akt: KIO 2464/13

**WYROK**

**z dnia 30 października 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Katarzyna Brzeska

Przemysław Dzierzędzki

Dagmara Gałczewska-Romek

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 21 października 2013 r. przez **LOTOS Kolej Sp. z o.o. z Gdańska** w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwa S. A. z Warszawy**

przy udziale **wykonawcy Euronaft Trzebinia Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebinii** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CTL Logistics Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz CTL Kargo Sp. z o.o. z siedzibą w Policach** zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie**

2. Kosztami postępowania obciąża **LOTOS Kolej Sp. z o.o. z Gdańska** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **LOTOS Kolej Sp. z o.o. z Gdańska** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza od **LOTOS Kolej Sp. z o.o. z Gdańska** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa S. A. z Warszawy** z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Transport kolejowy ropy naftowej, siarki płynnej i węgla kamiennego” - część 1 zamówienia na Usługi transportu kolejowego ropy naftowej i siarki płynnej dla Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa S.A., znak sprawy: ZP/2013/CS/207/CS/HA. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod numerem 2013/S 157-274950 z dnia 14.08.2013 r.

W dniu 21 października 2013 roku w prowadzonym postępowaniu, w oparciu o art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej zwanej „ustawą Pzp”) odwołanie złożył wykonawca LOTOS Kolej Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku. Odwołanie dotyczy niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na zakwalifikowaniu i zaproszeniu wykonawców: Euronaft Trzebinia Sp. z o.o. oraz konsorcjum: CTL Logistics Sp. z o.o. oraz CTL Kargo Sp. z o.o. do udziału w aukcji elektronicznej przeprowadzanej w celu wyboru najkorzystniejszej oferty w w/w postępowaniu, wyznaczonej na dzień 22 października 2013 r., godz. 10.00.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1/ art. 91 a ust. 1 oraz art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp polegające na zakwalifikowaniu i zaproszeniu wykonawców: Euronaft Trzebinia Sp. z o.o. oraz konsorcjum: CTL Logistics Sp. z o.o. oraz CTL Kargo Sp. z o.o., do udziału w aukcji elektronicznej przeprowadzanej w celu wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie w/w zamówienia publicznego, której termin otwarcia został wyznaczony na dzień 22 października 2013 r. godz. 10.00 podczas, gdy oferty wskazanych wykonawców powinny zostać uznane przez Zamawiającego za podlegające odrzuceniu;

2/ z ostrożności - w przypadku, gdyby aukcja elektroniczna została przeprowadzona w dniu 22 października 2013 r. - zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 91 a ust. 1 ustawy Pzp polegające na przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w celu wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu podczas, gdy w postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty niepodlegające odrzuceniu tj. oferta Odwołującego oraz PKP Cargo S.A.;

3/ art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez uznanie, że wykonawca Euronaft Trzebinia Sp. z o.o. wykazał, iż dysponuje zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w wykonywaniu usługi polegającej na przewozie koleją siarki płynnej (pkt 5.2.2. ppkt 1 b SIWZ);

4/ art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie za dopuszczalne w świetle ustawy działania wykonawcy Euraft Trzebinia S.A. polegającego na zmianie treści złożonej przez wykonawcę oferty w ten sposób, że wykonawca podał podwykonawcę do realizacji części zamówienia w sytuacji, gdy taki podwykonawca nie był wskazany w ofercie;

5/ art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że wykonawca konsorcjum: CTL Logistics Sp. z o.o. oraz CTL Kargo Sp. z o.o. spełnia warunek posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności w zakresie wskazanym w pkt 5.2.1.ppkt 1 b) SIWZ;

6/ art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na niewykluczeniu z postępowania wykonawcy Euraft Trzebinia Sp. z o.o. jako wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia koniecznych do ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia;

7/ art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp polegające na niewykluczeniu z postępowania wykonawcy konsorcjum: CTL Logistics Sp. z o.o. oraz CTL Kargo Sp. z o.o. jako wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności koniecznych do ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia;

8/ art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp polegające na nieuznaniu oferty Euraft Trzebinia Sp. z o.o., jako wykonawcy który podlegał wykluczeniu na podstawie wskazanej powyżej, za odrzuconą;

9/ art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp polegające na nieuznaniu oferty konsorcjum: CTL Logistics Sp. z o.o. oraz CTL Kargo Sp. z o.o., jako wykonawcy który podlegał wykluczeniu na podstawie wskazanej powyżej, za odrzuconą;

10/ art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp polegające na prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1/ unieważnienie zaproszenia wykonawców: Euraft Trzebinia Sp. z o.o. oraz konsorcjum: CTL Logistics Sp. z o.o. oraz CTL Kargo Sp. z o.o. do udziału w aukcji elektronicznej przeprowadzanej w celu wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, wyznaczonej na dzień 22 października 2013 r. godz. 10.00, a z ostrożności o unieważnienie aukcji elektronicznej gdyby została ona przeprowadzona w dniu 22 października 2013 r.

2/ ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert wykonawców Euraft Trzebinia Sp. z o.o. oraz konsorcjum: CTL Logistics Sp. z o.o. oraz CTL Kargo Sp. z o.o.,

3/ wykluczenia z postępowania wykonawcy Euraft Trzebinia Sp. z o.o.,

4/ wykluczenia z postępowania wykonawcy konsorcjum: CTL Logistics Sp. z o.o. oraz CTL Kargo Sp. z o.o.,

5/ uznania oferty wykonawcy Euraft Trzebinia Sp. z o.o., za odrzuconą,

61 uznania oferty wykonawcy konsorcjum: CTL Logistics Sp. z o.o. oraz CTL Kargo Sp. z o.o. za odrzuconą,

7/ dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

8/ zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wniesionego wpisu i uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu wskazano, że pismem z dnia 10.10.2013 r. Zamawiający skierował do Odwołującego zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej przeprowadzanej w celu wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu. Pismo zostało wysłane do Odwołującego w dniu 11 października 2013 r. na adres poczty elektronicznej Odwołującego. W treści powołanego pisma Zamawiający wskazał, że po dokonaniu oceny złożonych ofert, oferta Odwołującego otrzymała 81,65 pkt, jednocześnie zajmując 3 pozycję. Załącznik do wskazanego pisma Zamawiającego stanowił Ranking Wykonawców zaproszonych do aukcji elektronicznej. Termin otwarcia aukcji elektronicznej został wyznaczony na dzień 22.10.2013 r. na godz. 10.00. W piśmie wskazano ponadto jakie stawki będą licytowane w toku aukcji elektronicznej oraz zasady przeprowadzenia aukcji. Z treści załącznika do pisma Zamawiającego wynika, że zaproszonych do aukcji elektronicznej zostało 4 oferentów tj.: Euronafit Trzebinia Sp. z o.o. (pozycja 1 w rankingu, łączna punktacja 99,17), konsorcjum: CTL Logistics Sp. z o.o. oraz CTL Kargo Sp. z o.o. (pozycja 2 w rankingu, łączna punktacja 88,88), Odwołujący LOTOS Kolej Sp. z o.o. (pozycja 3 w rankingu, łączna punktacja 81,64), PKP Cargo S.A. (pozycja 4 w rankingu, łączna punktacja 81,44).

Z treści powyższego pisma Zamawiającego wynika zatem, że do aukcji elektronicznej zostali zakwalifikowani i zaproszeni wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia, również ci oferenci, których oferty powinny zostać uznane przez Zamawiającego za podlegające odrzuceniu tj. oferty Euronafit Trzebinia Sp. z o.o. i konsorcjum: CTL Logistics Sp. z o.o. oraz CTL Kargo Sp. z o.o.

#### Oferta złożona przez wykonawcę Euronafit Trzebinia Sp. z o.o.

Zgodnie z treścią pkt 5 ppkt 5.2.2. lit. b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w postępowaniu - część 1 zamówienia Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, w szczególności wykonywali w ciągu ostatnich 3 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w okresie prowadzenia działalności) usługę polegającą na przewozie kolejną co najmniej 20.000 ton siarki płynnej. Zgodnie z pkt 6.1.14 SIWZ wykonawca był zobowiązany załączyć do oferty wykaz wykonanych usług w powyższym zakresie zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 4b do SIWZ. Do wskazanego wykazu wykonawca był zobowiązany dołączyć dowody potwierdzające należyte

wykonanie usług, którymi mogły być: poświadczenie (np. referencje) lub oświadczenie wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie był w stanie uzyskać poświadczenia.

W postępowaniu o zamówienie Zamawiający wskazał 2 relacje przewozu siarki płynnej: Grupa Azoty Zakłady Chemiczne „Police” S.A. jako kierunek podstawowy, oraz Grupa Azoty Zakłady Azotowe w Tarnowie-Mościcach S.A. jako trasę alternatywną.

W złożonej ofercie (Formularz ofertowy) Wykonawca wskazał, że przy udziale podwykonawców wykona zakres następujących prac: przewóz siarki płynnej na relacji Trzebinia - Tarnów Mościce (str. 2 oferty wykonawcy). Do złożonej oferty wykonawca załączył Wykaz wykonanych usług przewozu siarki płynnej (str. 45 oferty wykonawcy) zawierający oświadczenie Grupy Azoty „KOLTAR” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie o przewiezieniu w ostatnich 3 latach przed dniem 02.09.2013 r. zamówień polegających na transporcie kolejowym siarki płynnej w ilości 119.191 ton w okresie od 01.01.2012r. do 23.08.2013 r. na rzecz odbiorcy Grupy Azoty S.A. Do Wykazu wykonawca załączył oświadczenie Grupy Azoty „KOLTAR” Sp. z o.o. (str. 46 oferty wykonawcy) zawierające ogólne zobowiązanie tej spółki do udostępnienia wykonawcy swojej wiedzy i doświadczenia przy wykonywaniu zamówienia tj. zadania polegającego na wykonywaniu przewozów kolejną siarki płynnej, na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Do oferty wykonawcy załączony również został list referencyjny Grupy Azoty S.A. z dnia 23.08.2013r. (str. 47 oferty wykonawcy) informujący o realizacji przez Grupę Azoty „KOLTAR” Sp. z o.o. na potrzeby Grupy Azoty S.A. wskazanej tam ilości siarki oraz świadczeniu przez tą spółkę na rzecz Grupy Azoty S.A. kompleksowych usług z zakresu obsługi bocznicy kolejowej Mościce Azoty.

Pismem z dnia 13.09.2013 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia i uzupełnienia treści oferty w zakresie pkt 5.2.2. ppkt 1 lit b) SIWZ tj. do wyjaśnienia treści zobowiązania Grupy Azoty „KOLTAR” Sp. z o.o. co do zakresu i sposobu udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez ten podmiot. Zamawiający podkreślił, że w przypadku, gdyby wyjaśnienia wykonawcy nie wskazywały na realną możliwość posługiwania się wiedzą i doświadczeniem osoby trzeciej, wykonawca powinien przedstawić dokumenty poświadczające, że spełnia on warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia w przewozie siarki płynnej. Ponadto Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w postępowaniu wykonawca posłużył się doświadczeniem Grupy Azoty „KOLTAR” Sp. z o.o., tymczasem z treści formularza oferty wynika, że wykonawca będzie świadczyć usługę za pomocą podwykonawcy wyłącznie na odcinku Trzebinia - Tarnów Mościce. W związku, z czym Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia w jaki sposób, nie mając wymaganego doświadczenia w przewozie siarki płynnej, wykonawca

zamierza świadczyć usługę w pełnym zakresie bez udziału podwykonawców lub wykorzystania potencjału podmiotów trzecich.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego wykonawca wyjaśnił, że w celu spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w przewozie siarki płynnej pozyskał on zobowiązanie od spółki Grupy Azoty „KOLTAR” przedstawione w ofercie, a ponadto przedłożył pismo od tej spółki z dnia 23.09.2013 r. uzupełniające poprzednie oświadczenie Grupy Azoty „KOLTAR” Sp. z o.o. Zdaniem wykonawcy wskazane zobowiązania podmiotu trzeciego określają zakres i sposób udostępnienia wiedzy i doświadczenia w przewozie siarki płynnej. Jednocześnie wykonawca wskazał, że zamierza realizować transporty siarki płynnej z ekspedytów Zamawiającego do Zakładów Chemicznych „Police” korzystając z doświadczenia wymienionego w uzupełniającym piśmie spółki Grupy Azoty „KOLTAR”.

Zdaniem Odwołującego przedstawione przez wykonawcę dokumenty zawierające oświadczenia podmiotu trzeciego spółki Grupy Azoty „KOLTAR” nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia w wykonywaniu przewozów koleją siarki płynnej. Pismem z dnia 23.09.2013 r. Grupa Azoty „KOLTAR” zobowiązała się na rzecz wykonawcy: „świadczyć następujące usługi:

1) wykonanie przewozu siarki płynnej w relacji Trzebinia - Mościce Azoty, [...]

7) wykonanie przewozu w innej relacji niż wskazana w pkt. a) na podstawie odrębnych uzgodnień.”

Jednocześnie w piśmie tym Grupa Azoty „KOLTAR” wskazała, że: „szczegółowy zakres, termin oraz wynagrodzenie za świadczone usługi, określone zostanie pomiędzy Stronami odrębna umowa”.

Z treści powyższego pisma wynika zatem jedynie, że Grupa Azoty „KOLTAR” zadeklarowała wykonywanie na rzecz wykonawcy usług przewozu siarki płynnej jako podwykonawca w relacji Trzebinia - Mościce Azoty. Ze wskazanego dokumentu, jak i wcześniejszego oświadczenia tej spółki, nie wynika jednak, że warunki wykonywania tej usługi na rzecz wykonawcy zostały przez te podmioty uzgodnione do dnia upływu terminu składania ofert. Podmioty te nie ustaliły bowiem nie tylko wynagrodzenia, ale nawet szczegółowego zakresu usług, które mają być świadczone na rzecz wykonawcy przez podwykonawcę. Nie jest pewnym, że umowa podwykonawcza zostanie przez wykonawcę i Grupę Azoty „KOLTAR” Sp. z o.o. podpisana, a tym samym czy Grupa Azoty „KOLTAR” w ogóle przystąpi do wykonywania jakichkolwiek usług przewozowych na rzecz wykonawcy w przypadku, gdy podmioty te nie ustalą warunków umowy.

Z pisma Grupy Azoty „KOLTAR” nie wynika ponadto jednoznacznie jaki jest dokładnie zakres zobowiązania podmiotu trzeciego. W oświadczeniu z 23.09.2013 r. spółka ta

wskazała na świadczenie usługi w postaci przewozu siarki płynnej w relacji Trzebinia - Mościce Azoty (trasa alternatywna). Tymczasem zgodnie z SWIZ przewozy mają być wykonywane w dwóch relacjach. Oświadczenie Grupy Azoty „KOLTAR” nie potwierdza, że spółka ta wykonywać będzie przewozy w relacji podstawowej Zakłady Chemiczne „Police”. Nie można bowiem uznać za jednoznaczne potwierdzenie zobowiązania przez tą spółkę do wykonania przewozów w relacji podstawowej Zakłady Chemiczne „Police” w przypadku, gdy jedynie stwierdza ona w swoim oświadczeniu ogólnikowo, iż zobowiązuje się do wykonywania przewozów w innej relacji na podstawie odrębnych uzgodnień. Uznanie, że wykonawca wykazał realną możliwość wykonania przewozów na relacji podstawowej możliwe byłoby jedynie w sytuacji, gdyby spółka Grupa Azoty „KOLTAR” wymieniła jednoznacznie powyższą relację w swoim oświadczeniu. Nawet, gdyby uznać, że w ramach wskazanych w oświadczeniu tej spółki „innych relacjach niż wskazane w pkt a)” mogła mieścić się również relacja podstawowa - czemu Odwołujący wyraźnie zaprzecza - to i tak zobowiązanie podmiotu trzeciego do wykonania tych „innych” relacji nie jest wyraźne i bezwarunkowe. Jak wskazała bowiem Grupa Azoty „KOLTAR”: „wykonanie przewozu w innej relacji [...] na podstawie odrębnych uzgodnień”, uzgodnienia wykonawcy i podmiotu trzeciego, musiałyby dotyczyć także szczegółowego zakresu świadczonych usług, a zatem również trasy przewozu. W omawianej sprawie nie jest w ogóle pewnym, czy Grupa Azoty „KOLTAR” jest w stanie świadczyć usługi przewozowe na trasie podstawowej. Ponadto, gdyby spółka ta miała zamiar świadczenia usług na trasie podstawowej, wprost wskazałaby tą relację w swoim oświadczeniu.

Na marginesie jedynie wskazano, że obydwa oświadczenia Grupy Azoty „KOLTAR” nie zawierają również wskazania jakiego okresu miałyby dotyczyć zobowiązanie tej spółki do świadczenia usług na rzecz wykonawcy.

Zgodnie z jednolitym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, potwierdzonym w opiniach Urzędu Zamówień Publicznych, treść zobowiązania podmiotu trzeciego powinna określać: kto jest podmiotem przyjmującym zasoby, zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy. Podobnie wskazała KIO w wyroku z dnia 27 grudnia 2012 r. (sygn. akt KIO 2678/12, LexisNexis nr 4968502).

W świetle powyższego i treści oświadczeń Grupy Azoty „KOLTAR” nie można uznać, że wyjaśnienia wykonawcy zawarte w piśmie z 27.09.2013 r. i oświadczenia spółki Grupy Azoty „KOLTAR” wskazują na realną możliwość posługiwania się przez wykonawcę wiedzą i doświadczeniem tej spółki w zakresie obydwu relacji wskazanych przez Zamawiającego. Jeżeli wykonawca nie dysponuje potencjałem niezbędnym do realizacji zamówienia może skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego. Jednakże przyjęcie takiego rozwiązania nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania (udowodnienia) istnienia zobowiązania, będącego



podstawą do żądania określonego świadczenia. Źródłem tego zobowiązania co do zasady jest umowa, kreująca zobowiązanie, którego wykonanie zapewni wykonawcy dysponowanie potrzebnym potencjałem w zakresie wiedzy i doświadczenia (tak również KIO w wyroku z dnia 8 maja 2013 r., KIO 952/13, LexisNexis nr 6792949).

Euronaft Trzebinia Sp. z o.o. nie wykazał tymczasem, że spełnia warunki do udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia w przewozie siarki płynnej zarówno w zakresie relacji uznanej przez Zamawiającego za podstawową, jak i trasy alternatywnej. Wykonawca nie zawarł bowiem z Grupą Azoty „KOLTAR” Sp. z o.o. umowy podwykonawczej. Co więcej podmioty te nie uzgodniły nawet warunków tej umowy. Ponadto Grupa Azoty „KOLTAR” Sp. z o.o. nie wskazała jednoznacznie na zamiar wykonywania przewozów w relacji wskazanej przez Zamawiającego jako podstawowa.

Z ostrożności wskazano, iż nawet jeżeli uznać, że relacja podstawowa miałyby być wykonywana przez podmiot trzeci, to złożenie przez wykonawcę oświadczenia Grupy Azoty „KOLTAR” należy uznać za niedopuszczalną w świetle ustawy Pzp zmianę oferty. W formularzu ofertowym złożonym przez wykonawcę wskazał on na zamiar korzystania z podwykonawców w zakresie relacji alternatywnej, a tym samym faktycznie deklarując realizację relacji podstawowej własnymi siłami, nie posiadając przy tym jednak wymaganego doświadczenia w przewozie siarki płynnej. Wskazać tutaj należy na art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący i zamawiający nie ma możliwości jego zmiany czy pominięcia w regulacji SIWZ. Takie oświadczenie wykonawcy ma znaczenie co do postanowień zawartej umowy wskutek udzielenia zamówienia. W przypadku braku określenia w ofercie części zamówienia, która będzie powierzana podwykonawcy, zamawiający nie ma prawa regulować podwykonawstwa w przyszłej umowie (tak również KIO w wyroku z dnia 31 stycznia 2013 r., KIO 98/13, LexisNexis nr 5145513). W wyjaśnieniach do oferty wykonawca wskazał, że jako jego podwykonawca w zakresie jednej z tras przewozów występować będzie Grupa Azoty „KOLTAR” Sp. z o.o. W zakresie drugiej z tras wykonawca nie wskazał w Formularzu ofertowym, że korzystać będzie z podwykonawstwa podmiotu trzeciego, a tym samym zadeklarował samodzielną realizację nie posiadając przy tym jednocześnie wymaganej wiedzy i doświadczenia. Zdaniem Odwołującego, składając oświadczenie Grupy Azoty „KOLTAR” Sp. z o.o. do wykonywania na jego rzecz usług podwykonawstwa przez tą spółkę, wykonawca miał zamiar odwołać swoje pierwotne oświadczenie dotyczące samodzielnego wykonania przewozu siarki płynnej zawarte w Formularzu ofertowym w zakresie relacji podstawowej i zastąpić je oświadczeniem o wykonaniu zamówienia z udziałem podwykonawcy. Wykonawca wprowadzając podwykonawcę w miejsce samodzielnego wykonania zamówienia zadeklarował zmianę sposobu wykonania zamówienia co jest

niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp. Takie działanie należy uznać za działanie niezgodne z ustawą Pzp, zmierzające do istotnej zmiany treści oferty po jej złożeniu. Wykonawca dopuścił się zatem istotnej zmiany treści oferty po jej złożeniu, a co powinno powodować konieczność jej odrzucenia (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp).

Reasumując, poprzez oświadczenia Grupy Azoty „KOLTAR” Sp. z o.o. Zamawiający nie uzyskuje żadnego zobowiązania podmiotu trzeciego w obszarze sposobu postępowania się przez Euronafit Trzebinia Sp. z o.o. zasobami podmiotu trzeciego. Uznanie dokumentów przedstawionych przez wykonawcę tj. oświadczeń Grupy Azoty „KOLTAR” Sp. z o.o. może natomiast doprowadzić do realizacji zamówienia przez wykonawcę nie posiadającego do tego kwalifikacji. Nie można uznać, że wykonawca Euronafit Trzebinia Sp. z o.o. wykazał, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w wykonywaniu usługi polegającej na przewozie koleją siarki płynnej tj. pkt 5.2.2. ppkt 1 b) SIWZ, a tym samym należy stwierdzić naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zamawiający powinien zatem podjąć działania polegające na wykluczeniu wykonawcy z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W konsekwencji zaś zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający powinien uznać ofertę Euronafit Trzebinia Sp. z o.o., jako wykonawcy który podlegał wykluczeniu na podstawie wskazanej powyżej, za odrzuconą i nie kwalifikować wskazanej oferty do aukcji elektronicznej oraz nie zapraszać wskazanego wykonawcy do tej aukcji. Zgodnie bowiem z ust. 1 art. 91 b ustawy Pzp, zamawiający zaprasza do aukcji jedynie oferentów, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

Oferta złożona przez wykonawcę konsorcjum: CTL Logistics Sp. z o.o. oraz CTL Kargo Sp. z o.o.

W pkt 5.2,1 ppkt lb) SIWZ Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp spełniają warunki posiadania uprawnień do wykonywania działalności tj. posiadają ważny certyfikat bezpieczeństwa, o którym mowa w art. 19 ust. 2 ustawy z 28.03.2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. nr 86, poz. 789 ze zm.; dalej zwana „Ustawą o transporcie kolejowym”). Do oferty wykonawca załączył jedynie Certyfikat bezpieczeństwa - część A i Certyfikat bezpieczeństwa - część B, oba udzielone CTL Logistics Sp. z o.o. Nie załączył Certyfikatów bezpieczeństwa zarówno części A i B udzielonych drugiemu z członków konsorcjum spółce CTL Kargo. Z powyższego wynika zatem, że wskazany konsorcjant takiego certyfikatu nie posiada.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 pkt 2 Ustawy o transporcie kolejowym, dokumentem uprawniającym przewoźnika kolejowego do: a) uzyskania dostępu do infrastruktury kolejowej, b) świadczenia usług trakcyjnych - jest certyfikat bezpieczeństwa. Brak

wskazanego certyfikatu oznacza, że przewoźnik nie może faktycznie wykonywać przewozów kolejowych oraz świadczyć usług trakcyjnych.

Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W niniejszej sprawie nie można jednak uznać zdaniem Odwołującego, że jedynie jeden z członków konsorcjum powinien legitymować się uprawnieniami do wykonywania określonej działalności lub podejmowania określonych czynności. W omawianej sytuacji tylko jeden z konsorcjantów tj. spółka CTL Logistics byłby w stanie wykonywać zamówienie tj. świadczyć usługi transportu kolejowego ropy naftowej i siarki płynnej. Z uwagi, że wykonanie wszystkich usług wskazanych w części 1 zamówienia wymaga posiadania wskazanych powyżej uprawnień, drugi z konsorcjantów CTL Kargo Sp. z o.o. nie mógłby faktycznie wykonywać jakiegokolwiek części przedmiotu zamówienia.

Jak wskazuje stanowisko doktryny, do podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne stosuje się te same przepisy co do pojedynczego wykonawcy. Odpowiednie ich stosowanie oznacza, że każdy uczestnik wspólnej oferty musi udokumentować, iż posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności i nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Z treści złożonej przez konsorcjum oferty wynika, że cały potencjał techniczny w postaci lokomotyw znajduje się w gestii spółki CTL Logistics - zgodnie z Wykazem pojazdów trakcyjnych (str. 67-68 oferty wykonawcy). Lokomotywy udostępniane przez podmioty trzecie będą udostępnione również tylko tej spółce - zgodnie z oświadczeniami Unikor Railway Workshop s.c. (str. 69 oferty wykonawcy) i F.H.U. Ewimex (str. 70 oferty wykonawcy). Podobnie wagony przeznaczone do wykonania zamówienia są własnością tylko tej spółki - zgodnie z Wykazem wagonów przedstawionym przez oferenta. Wagony udostępniane przez podmioty trzecie będą udostępnione również tylko CTL Logistics Sp. z o.o. - zgodnie z oświadczeniami Transchem Sp. z o.o. (str. 82-83 oferty wykonawcy) i ZTK Siarkopol Sp. z o.o. (str. 85 oferty wykonawcy).

W omawianej sytuacji i w świetle oferty złożonej przez konsorcjum, wspólne występowanie wskazanych podmiotów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym deklaracja o możliwości wykonania przez CTL Kargo Sp. z o.o. zamówienia ma charakter jedynie iluzoryczny. Podkreślenia wymaga, że wprawdzie celem art. 23 ustawy Pzp jest umożliwienie wspólnego występowania wykonawców, które jednak nie może prowadzić do obchodzenia prawa. Obejściem prawa byłoby zaś, gdyby wymóg posiadania uprawnień był traktowany czysto formalnie, bez związku z faktycznie wykonywaną działalnością.

Reasumując, odwołujący podkreślił, że niezłożenie przez CTL Kargo Sp. z o.o. wymaganego certyfikatu powinno skutkować działaniami zamawiającego polegającymi na

wykluczeniu konsorcjum z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W konsekwencji zaś zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający powinien uznać ofertę konsorcjum, jako wykonawcy który podlegał wykluczeniu na podstawie wskazanej powyżej, za odrzuconą i nie kwalifikować wskazanej oferty do aukcji elektronicznej oraz nie zapraszać wskazanego wykonawcy do tej aukcji.

Zaproszenie wskazanych powyżej wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej oznacza, że zamawiający ustalił, że oferty wybranych wykonawców nie podlegają odrzuceniu. Wystosowanie takiego zaproszenia jest równoznaczne z zakończeniem badania ofert (tak postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 czerwca 2012 r., KIO 1136/12). Tym samym informacja z dnia 11 października 2013 r. była jednocześnie informacją dla odwołującego o tym, że zamawiający zakończył proces badania i oceny ofert i że pozytywnie zweryfikował oferty wykonawców wskazanych powyżej.

Podjęte przez zamawiającego czynności polegających na zakwalifikowaniu i zaproszeniu do aukcji elektronicznej wykonawców Euraft Trzebinia Sp. z o.o. i konsorcjum spółek CTL Logistics Sp. z o.o. i CTL Kargo Sp. z o.o., których oferty powinny zostać uznane za podlegające odrzuceniu, stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp, które ma istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Biorąc pod uwagę fakt, że w postępowaniu pozostały wyłącznie dwie oferty niepodlegające odrzuceniu tj. oferta odwołującego oraz PKP Cargo S.A., zamawiający zobowiązany jest do wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli oferty odwołującego, bez przeprowadzania aukcji elektronicznej wobec niezłożenia w toku postępowania co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu.

Podjęcie przez zamawiającego czynności zakwalifikowania i zaproszenia do aukcji elektronicznej wykonawców Euraft Trzebinia Sp. z o.o. i konsorcjum spółek CTL Logistics Sp. z o.o. i CTL Kargo Sp. z o.o. stanowi również naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp polegające na prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W przypadku wyboru oferty jednego z wymienionych oferentów mogłoby bowiem dojść do sytuacji, w której zamówienie udzielone zostałoby wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że ma interes w uzyskaniu danego zamówienia, ponieważ podjęcie przez zamawiającego działań zgodnych z ustawą Pzp tj. odrzucenie ofert wykonawców Euraft Trzebinia Sp. z o.o. oraz konsorcjum spółek CTL Logistics Sp. z o.o. i CTL Kargo Sp. z o.o. oznaczać będzie wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Niepodjęcie przez zamawiającego wskazanych czynności może ponadto oznaczać powstanie szkody po stronie odwołującego wskutek nieuzyskania kontraktu zamówienia, a tym samym nieotrzymania realnych korzyści finansowych i dochodów płynących z podpisania umowy z zamawiającym.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Euronaft Trzebinia Sp. z o.o. Wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia CTL Logistics Sp. z o.o. i CTL Kargo Sp. z o.o. Wnieśli o oddalenie odwołania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę przystępującego Euronaft Trzebinia Sp. z o.o., ofertę przystępującego CTL Logistics Sp. z o.o. i CTL Kargo Sp. z o.o., wezwanie zamawiającego z 13 września 2013 r. skierowane do przystępującego Euronaft Trzebinia sp. z o.o., pismo przystępującego Euronaft Trzebinia sp. z o.o. z 27 września 2013 r. wraz z załącznikami, zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej, odwołanie, zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe przystępującego CTL Logistics Sp. z o.o. i CTL Kargo Sp. z o.o., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron i uczestników postępowania oraz dokumenty złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Rozpoznając odwołanie stwierdzono, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Izba stwierdziła, że w świetle kryteriów oceny ofert oferta odwołującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu. Zarzucił on zamawiającemu, że zaniechał wykluczenia z postępowania dwóch wykonawców, sklasyfikowanych na miejscach 1 i 2. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp zaniechał wykluczenia tych wykonawców, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania tych czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Natomiast szkoda, jaką wykonawca ponosi wyraża się w utracie korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

**1. Zarzut dotyczący niewykazania przez przystępującego Euronaft Trzebinia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 5.2.2. ppkt 1 b SIWZ**

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Ustalono, że zamawiający, w pkt 5.2.2. ppkt 1b SIWZ, opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jakim musieli się legitymować wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w części 1. Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, w szczególności wykonywali w ciągu ostatnich 3 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w okresie prowadzenia działalności) usługę polegającą na przewozie koleją co najmniej 20.000 ton siarki płynnej.

Celem wykazania tak opisanego warunku udziału w postępowaniu wykonawcy, w myśl pkt 6.1.14 SIWZ, obowiązani byli złożyć wykaz wykonanych usług w ciągu ostatnich 3 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w okresie prowadzenia działalności) usług przewozu koleją co najmniej 20 000 ton siarki płynnej w całym tym okresie (wzór – załącznik nr 4b do SIWZ). Do wykazu wykonawca był zobowiązany dołączyć dowody potwierdzające należyte wykonanie usług.

Zamawiający wskazał także w pkt 6.1.22 SIWZ, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Wykonawca w tej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie. Zamawiający w dalszej części powołanego postanowienia wskazał również, że w celu oceny czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda przedstawienia:

- a) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- b) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem.

Jednocześnie w pkt I opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 11 do SIWZ) wskazano, że wykonawca siarkę płynną dostarczać będzie do Grupy Azoty Zakłady Chemiczne „Police” (kierunek podstawowy) oraz do Grupy Azoty Zakłady Azotowe w Tarnowie-Mościcach (kierunek alternatywny).

Przystępujący Euronafit Trzebinia złożył ofertę, w której w formularzu ofertowym oświadczył, że przy udziale podwykonawcy zamierza wykonać przewóz siarki płynnej na relacji Trzebinia – Tarnów Mościce.

Złożył wraz z ofertą wykaz wykonanych usług transportu siarki płynnej, w którym wykazano wykonanie usługi w zakresie transportu kolejowego siarki płynnej w ilości 119.191 t na rzecz Grupy Azoty S.A. w Tarnowie. Do wykazu dołączono referencje z 23 sierpnia 2013 r. wystawione przez Grupę Azoty S.A. w Tarnowie potwierdzające należyte wykonanie ww. usługi przez Grupę Azoty Koltar sp. z o.o. Złożono zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia wystawione przez Grupę Azoty Koltar sp. z o. o. Jak wynika z ww. oświadczenia, Grupa Azoty Koltar zobowiązuje się udostępnić przystępującemu Euronafit Trzebinia – z chwilą uzyskania analizowanego zamówienia - wiedzę i doświadczenie uzyskane przy realizacji zadania polegającego na wykonaniu przewozów koleją siarki płynnej. Wskazano, że udostępnienie zasobów następuje na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Pismem z dnia 13.09.2013 r. zamawiający wezwał przystępującego Euronaf Trzebinia do wyjaśnienia lub wyjaśnienia i uzupełnienia treści oferty. W zakresie warunku opisanego w pkt 5.2.2. ppkt 1 lit b) SIWZ zamawiający wskazał, że z zobowiązania podmiotu trzeciego, tj. Grupy Azoty Koltar nie wynika, w jaki sposób zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia podmiotu udostępniającego będą przekazane wykonawcy na okres wykonywania zamówienia. Wezwał do wyjaśnienia treści zobowiązania co do zakresu i sposobu udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez ten podmiot. Zamawiający wywiódł również, że w przypadku, gdyby wyjaśnienia wykonawcy nie wskazywały na realną możliwość posługiwania się wiedzą i doświadczeniem osoby trzeciej, wzywa do uzupełnienia dokumentów poświadczających, że przystępujący Euronaf spełnia warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Ponadto zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w postępowaniu przystępujący Euronaf Trzebinia posłużył się doświadczeniem Grupy Azoty „KOLTAR” Sp. z o.o., tymczasem z treści formularza oferty, jak również z dokumentów dołączonych do oferty wynika, że Grupa Azoty Koltar będzie świadczyć usługę wyłącznie na odcinku Trzebinia - Tarnów Mościce. W związku z powyższym zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia w jaki sposób, nie posiadając wymaganego doświadczenia w przewozie siarki płynnej, wykonawca zamierza świadczyć usługę w pełnym zakresie bez udziału podwykonawców lub wykorzystania potencjału podmiotów trzecich.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący Euronaf, w piśmie z 27 września 2013 r. wyjaśnił, że w celu spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w przewozie siarki płynnej pozyskał on zobowiązanie od Grupy Azoty Koltar sp. z o.o. przedstawione w ofercie. W celu wyjaśnienia przekazania zasobów wiedzy i doświadczenia złożył uzupełniające zobowiązanie Grupy Koltar sp. z o.o., z dnia 23.09.2013 r. Jednocześnie przystępujący wskazał, że zamierza realizować transporty siarki płynnej z ekspedytów Zamawiającego do Zakładów Chemicznych „Police” korzystając z doświadczenia wymienionego w uzupełniającym zobowiązaniu Grupy Azoty „Koltar”.

W uzupełniającym zobowiązaniu z dnia 23.09.2013 r. Grupa Azoty „Koltar” zobowiązała się na rzecz przystępującego, w oparciu o dokument „zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu”, świadczyć następujące usługi:

- 1) wykonanie przewozu siarki płynnej w relacji Trzebinia - Mościce Azoty,
- 2) szkolenie pracowników wykonawcy oraz innych osób wskazanych przez wykonawcę.
- 3) bieżące porady dotyczące organizacji przewozów po stornie wykonawcy,
- 4) konsultacje na temat organizacji procesu transportu siarki koleją,
- 5) doradztwo na temat koordynacji logistycznej transportu siarki koleją,
- 6) udzielania innych porad związanych z realizacją zamówienia,



7) wykonanie przewozu w innej relacji niż wskazana w pkt a) na podstawie odrębnych uzgodnień. ”

Jednocześnie w piśmie tym Grupa Azoty „KOLTAR” wskazała, że: „szczegółowy zakres, termin oraz wynagrodzenie za świadczone usługi, określone zostanie pomiędzy Stronami odrębną umową”.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo ocenił, że wykonawca Euronafit Trzebinia sp. z o. o. wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 5 ppkt 5.2.2. lit. b SIWZ w sposób określony w pkt 6.1.14 i 6.1.22 SIWZ. W ocenie Izby całość dokumentów, jakie wykonawca złożył wraz ofertą, jak również w odpowiedzi na wezwanie z 13 września 2013 r., prowadzi do wniosku, że wykazał on spełnianie spornego warunku udziału w postępowaniu.

Istotnie, jak wskazywał odwołujący, z opisu przedmiotu zamówienia wynikało, że zamawiający przewidział dwie trasy transportu koleją siarki – trasę podstawową w relacji do Polic i trasę alternatywną - do Tarnowa - Mościc.

Jednakże z treści warunku udziału w postępowaniu (pkt 5.2.2. lit. b SIWZ) wynikało jedynie, że należało wykazać się doświadczeniem w wykonaniu jednej usługi polegającej na przewozie koleją co najmniej 20.000 ton siarki płynnej. Z treści warunku nie wynikało natomiast, aby należało legitymować się doświadczeniem w przewozie koleją siarki płynnej na trasach określonych w opisie przedmiotu zamówienia, a w szczególności na trasie do Polic. Zatem okoliczność na jakiej relacji zdobyto doświadczenie w przewozie siarki pozostawała obojętna z punktu widzenia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający, stosownie do art. 26 ust. 2a ustawy Pzp opisał również, w jaki sposób opisany warunek powinien zostać wykazany, tj., wykazem usług, referencjami i – w przypadku wykazania warunku przy pomocy zasobów podmiotu trzeciego - zobowiązaniem podmiotu trzeciego, o treści i zakresie wynikającym z pkt 6.1.22 SIWZ.

Przystępujący złożył wykaz usług i korespondujące z nimi referencje, którymi udokumentował doświadczenie podmiotu trzeciego, tj. Grupy Azoty Koltar sp. z o.o. w transporcie koleją ponad 119 tys. ton siarki płynnej.

W ocenie Izby przystępujący udowodnił również, że zasoby podmiotu trzeciego (tj. w omawianym przypadku jego wiedza i doświadczenie wynikające z uprzedniego wykonania dostawy koleją siarki płynnej) – stosownie do art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - rzeczywiście zostaną wykorzystane do realizacji zamówienia. Zgodzić należało się z odwołującym, że pierwotne zobowiązanie podmiotu trzeciego, załączone do oferty, było nazbyt ogólne, nadzwyczaj lakoniczne i nie stanowiło dowodu możliwości polegania za zasobach podmiotu

trzeciego. Stanowiło jedynie powielenie ogólnych sformułowań z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, co – jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby – nie stanowi dowodu że wykonawca będzie dysponował zasobem cudzej wiedzy i doświadczenia przy realizacji zamówienia. Zamawiający bowiem na tej podstawie nie mógł w jakikolwiek sposób stwierdzić – w jaki sposób tak specyficzny zasób jakim jest wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego, który jest nierozzerwalnie związany z tym podmiotem, zostanie wykorzystany przy realizacji zamówienia. Ponadto, z dokumentów złożonych wraz z ofertą nie wynikały także wymagane przez zamawiającego informacje odnośnie sposobu wykorzystania zasobu podmiotu trzeciego, ani tego jaki stosunek łączyć będzie podmiot trzeci z wykonawcą. A zatem zamawiający słusznie i zasadnie w dniu 13 września 2013 r. wezwał wykonawcę do wyjaśnienia i ewentualnego uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, jak również do wyjaśnienia sposobu wykorzystania cudzego zasobu wiedzy i doświadczenia przy realizacji zamówienia na trasie podstawowej.

W wyniku wezwania zamawiającego wykonawca uzupełnił treść zobowiązania o brakujące elementy w taki sposób, że dowodziły one iż zasób wiedzy i doświadczenia zostanie rzeczywiście wykorzystany przy realizacji zamówienia. Z uzupełnionego zobowiązania wynikało bowiem, że wykorzystanie tego zasobu polegać będzie na tym, że podmiot posiadający wiedzę i doświadczenia wykona - jako podwykonawca – przewóz siarki płynnej w relacji Trzebinia – Tarnów Mościce. Natomiast w pozostałym zakresie – to jest na trasie podstawowej - zasób wiedzy i doświadczenia zostanie wykorzystany przy realizacji zamówienia w formach wymienionych w treści uzupełnionego zobowiązania – tj. m.in. szkolenia przez podmiot trzeci pracowników wykonawcy, bieżących porad odnośnie organizacji przewozów, doradztwa w zakresie koordynacji logicznej transportu siarki.

W ocenie Izby powyższe okoliczności faktyczne świadczą o tym, że zasób wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego zostanie realnie wykorzystany przez wykonawcę, co przybierze formę podwykonawstwa oraz doradztwa konsultacji i szkoleń. Okoliczność, iż podwykonawstwo dotyczyć będzie jednej z dwóch tras wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia pozostawała zaś obojętną z punktu widzenia warunku udziału w postępowaniu, w takim brzmieniu, w jakim ujęto to w SIWZ. Zamawiający – jak wyjaśniono wcześniej - nie wymagał bowiem posiadania wiedzy i doświadczenia w wykonaniu usługi transportu kolejną siarki na określonych trasach.

Nie można było się zgodzić z odwołującym, jakoby z zobowiązania nie wynikał okres udostępniania zasobów wiedzy i doświadczenia. Już z zobowiązania podmiotu trzeciego, załączonego do oferty wynikało bowiem, że udostępnienie zasobów nastąpi „na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”. Reasumując zatem, zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Euronaftr Trzebinia

z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia należało uznać za niezasadny.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że uzupełnione zobowiązanie nie świadczyło o dokonaniu przez przystępującego jakiegokolwiek zmiany treści oferty, która miałaby polegać na zmianie zakresu podwykonawstwa. Z żadnego fragmentu uzupełnionego zobowiązania nie wynikało bowiem, aby Azoty Koltar – wbrew wcześniejszemu oświadczeniu przystępującego umieszczonemu w formularzu - miały wykonywać również część przedmiotu zamówienia polegającą na przewozie siarki w relacji podstawowej czyli do Polic. Za takim rozumieniem nie przemawia fragment pisma przystępującego Euronaf z 27 września 2013 r., w którym oświadczył on, że „zamierza realizować transporty siarki do Zakładów Chemicznych Police korzystając z doświadczenia wymienionego w uzupełniającym zobowiązaniu”. Analiza tego fragmentu pisma, z uwzględnieniem treści uzupełnionego zobowiązania z 23 września 2013 r., do którego do pismo odsyłało, prowadziła do wniosku, że intencją wykonawcy i podmiotu trzeciego nie było wykonywanie przez podmiot trzeci – jako podwykonawcy – również transportu siarki koleją na trasie do Polic. Z uzupełnionego zobowiązania wynika, że podwykonawstwo dotyczyć będzie przewozu koleją siarki do Mościc. Natomiast „korzystanie z doświadczenia wymienionego w uzupełniającym zobowiązaniu” odnośnie transportu koleją siarki do Polic przybierze postać szkoleń pracowników wykonawcy, porad dotyczących organizacji przewozów, konsultacji na temat organizacji procesu transportu siarki koleją czy doradztwa na temat koordynacji logistycznej transportu siarki koleją. Reasumując należało stwierdzić, że przystępujący Euronaf Trzebinia nie zmienił zakresu przewidywanego podwykonawstwa, albowiem w dalszym ciągu siłami własnymi wykona część zamówienia polegającą na transporcie siarki do Polic.

## **2. Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CTL Logistics i CTL Cargo z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania certyfikatu bezpieczeństwa, o którym mowa w art. 19 ust. 2 ustawy o transporcie kolejowym.**

Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się w ustalonym stanie faktycznym.

Ustalono, że zamawiający w pkt 5.2.1 ppkt 1b SIWZ opisał warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania działalności tj. posiadają ważny certyfikat bezpieczeństwa, o którym mowa w art. 19 ust. 2 ustawy z 28.03.2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. nr 86, poz. 789 ze zm.).

Celem wykazania tak opisanego warunku udziału w postępowaniu wykonawcy obowiązani byli złożyć ważny certyfikat bezpieczeństwa, o którym mowa w art. 19 ust. 2 ustawy o transporcie kolejowym (pkt 6.1.9. SIWZ).

Zamawiający przesądził również w pkt 6.1.21 SIWZ, że w przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia każdy z tych wykonawców zobowiązany jest złożyć odrębnie dokumenty, o których mowa w pkt 6.1.2 – 6.1.7. SIWZ.

W postępowaniu ofertę wspólną złożyli wykonawcy CTL Logistics sp. z o.o. w Warszawie i CTL Kargo sp. z o.o. w Policach. Złożyli certyfikat bezpieczeństwa - część A i certyfikat bezpieczeństwa - część B, oba udzielone dla CTL Logistics sp. z o.o. Dokumentów takich nie złożono dla CTL Kargo sp. z o.o.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Istotnie, w pkt 5.2.1 ppkt 1 b) SIWZ zamawiający wymagał, aby o udzielenie zamówienia ubiegali się wyłącznie wykonawcy posiadający ważny certyfikat bezpieczeństwa, o którym mowa w ww. przepisach o transporcie kolejowym. Uszło jednak uwadze odwołującego, że zamawiający, stosownie do art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, dokładnie opisał w jaki sposób należy wykazać spełnienie tego warunku. Dostrzeżenia wymaga, że w myśl ww. przepisu wykonawca wykazuje warunek udziału w postępowaniu „na żądanie zamawiającego” i „w zakresie przez niego wskazanym”. Rzeczywiście, w myśl art. 6.1.9 wykonawcy obowiązani byli złożyć wraz z ofertą ww. certyfikat. Jednakże w pkt 6.1.21 SIWZ sprecyzowano, że w przypadku gdy ofertę złożą wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (art. 23 ustawy Pzp), to każdy z tych wykonawców musi złożyć odrębnie wyłącznie dokumenty, o których mowa w pkt 6.1.2 – 6.1.7. SIWZ. Jak zatem wynika z literalnego brzmienia pkt 6.1.21 SIWZ, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie musieli składać odrębnie wszystkich dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Obowiązek ten dotyczył wyłącznie dokumentów wymienionych w pkt 6.1.2 do 6.1.7 SIWZ. Tymczasem spornego certyfikatu wymagano w postanowieniu pkt 6.1.9. SIWZ. A zatem, czytając postanowienia pkt 6.1.21 SIWZ a contrario należało dojść do wniosku, że wystarczającym dla wykazania warunku udziału w postępowaniu z pkt 5.2.1. ppkt 1b SIWZ było złożenie stosownego certyfikatu przez jednego z konsorcjantów.

Jak przyznał odwołujący, przystępujący załączył do oferty certyfikat bezpieczeństwa - część A i certyfikat bezpieczeństwa - część B udzielone dla CTL Logistics Sp. z o.o., których ważności nie kwestionował. Zamawiający zatem słusznie ocenił, że w ten sposób przystępujący wykazał warunek udziału w postępowaniu w sposób wymagany w SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego okazał się zatem niezasadny.

W konsekwencji należało stwierdzić, że zamawiający zasadnie zakwalifikował i zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcę Euronaft Trzebinia Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CTL Logistics Sp. z o.o. oraz CTL Kargo Sp. z o.o., gdyż wykonawcy ci nie podlegali wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Nie potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 91 a ust. 1 oraz art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....