



**WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 13 września 2017 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Wiktor Piber

Sędziowie: SO Renata Puchalska
SO Paweł Kieta (spr.)

Protokolant: prot. sąd. Arkadiusz Bogusz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2017 r. w Warszawie
sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego
z udziałem:

zamawiającego: PKP Intercity spółki akcyjnej w Warszawie

uczestnika przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego: Olkol spółki z
ograniczoną odpowiedzialnością w Oleśnicy

odwołującego: Newag spółki akcyjnej w Nowym Sączu

na skutek skargi: odwołującego

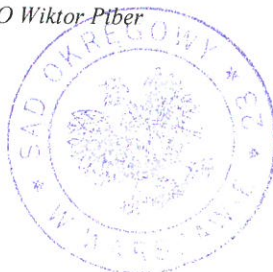
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie z dnia 28 kwietnia 2017 r., sygn. akt
KIO 738/17

- I. oddala skargę,
- II. zasądza od Newag spółki akcyjnej w Nowym Sączu na rzecz PKP Intercity spółki akcyjnej w Warszawie 12.517 zł (dwanaście tysięcy pięćset siedemnaście złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

SSO Renata Puchalska

SSO Wiktor Piber

SSO Paweł Kieta



Na oryginalne właściwe podpisy
za zgodność

Sekretarz

Pietmelche

Uzasadnienie

Zamawiający „PKP Intercity” S.A. prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „naprawa okresowa na 4-tym poziomie utrzymania 18 lokomotyw elektrycznych serii EP09”, nr postępowania: 17/11/TUT/2016.

NEWAG S.A. wniosła odwołanie wobec czynności Zamawiającego i zarzuciła mu naruszenie:

- art. 91 ust. 1 pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Olkol sp. z o.o. jako najkorzystniejszej pomimo, że wskazany wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd zamawiającego co do niepodlegania wykluczeniu z postępowania i zataił informacje dotyczące wykluczenia wykonawcy z postępowania poprzez złożenie oświadczenia o niepodleganiu wykluczenia z postępowania, przy jednoczesnym złożeniu wprowadzającego w błąd oświadczenia o zamiarze samodzielnego wykonania przedmiotu zamówienia w całości bez udziału podwykonawców oraz posiadania samodzielnie niezbędnych zdolności technicznych i zawodowych oraz złożeniu oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;

- art. 91 ust. 1 pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 17) pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Olkol sp. z o.o. jako najkorzystniejszej pomimo, że wskazany wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w postaci złożenia wprowadzającego w błąd oświadczenia o zamiarze samodzielnego wykonania przedmiotu zamówienia w całości bez udziału podwykonawców oraz dysponowania zdolnościami technicznymi i zawodowymi w celu samodzielnego wykonania zamówienia,

- art. 91 ust. 1 pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3) pzp w związku z art. 7 ust 1 pzp oraz art. 3 ust. 1, art. 14 i art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez wybór oferty wykonawcy Olkol sp. z o.o. jako najkorzystniejszej pomimo, że złożona oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;

- art. 91 ust. 1 pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12) pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Olkol sp. z o.o. jako najkorzystniejszej pomimo, że wskazany wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 i 3 przedmiotu zamówienia i powtórzenie czynności badania i oceny ofert w ww. zakresie, a w jej ramach wykluczenie wykonawcy Olkol sp. z o.o. i uznania jego oferty za odrzuconą, względnie odrzucenie oferty Olkol sp. z o.o. oraz dokonanie wyboru oferty NEWAG S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę NEWAG S.A (dalej: Newag) z udziałem zamawiającego PKP Intercity S.A. (dalej: PKP) i wykonawcy OLKOL Sp. z o.o. (dalej: Olkol) Krajowa Izba Odwoławcza (dalej także: KIO) wyrokiem z dn. 28 kwietnia 2017r. oddaliła je i rozstrzygnęła odpowiednio o kosztach postępowania.

Izba ustaliła, że Newag legitymował się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazała także, iż w treści SIWZ PKP postawił warunki odnoszące się do potencjału finansowego -

„Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia w/w warunek, jeżeli wykaze się posiadaniem środków finansowych lub zdolnością kredytową, w wysokości nie mniejszej:

- dla części 1 przedmiotu zamówienia - 1 494 000,00 PLN;
- dla części 3 przedmiotu zamówienia - 1 494 000,00 PLN.

W przypadku wykonawcy składającego ofertę w zakresie więcej niż jednej części, wykonawca może wykazać na potwierdzenie spełnienia warunku te same środki finansowe lub zdolność kredytową dla większej liczby części, z zastrzeżeniem, iż wartość przedstawionych środków finansowych lub zdolności kredytowej nie może być niższa niż ich minima/na. wymagana wartość dla danej części".

Dalej w zakresie zdolności technicznej w postaci wiedzy i doświadczenia Zamawiający zapisał w SIWZ, że:

„Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia w/w warunek, jeżeli wykaze, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał dostawę (dostawy) fabrycznie nowych lub naprawę (naprawy) nie mniej niż:

- dla części 1 przedmiotu zamówienia - 3 lokomotyw elektrycznych,
- dla części 3 przedmiotu zamówienia - 3 lokomotyw elektrycznych.

Za naprawy, spełniające wymogi niniejszego warunku, uznane zostaną usługi utrzymaniowe na Poziomie nie niższym niż P4 w rozumieniu załącznika nr 3 do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.10.2015 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 226).

W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, Wykonawca może wykazać się usługą (dostawą) wykonywaną (niezakończoną), jeżeli liczba naprawionych (dostarczonych) lokomotyw jest nie mniejsza niż odpowiednio wskazana powyżej.

W przypadku wykonawców przystępujących do więcej niż jednej części, wykonawca może wykazać na potwierdzenie spełnienia warunku to samo zamówienie dla większej liczby części, z zastrzeżeniem, iż liczba lokomotyw nie może być niższa niż minimalna, wymagana liczba dla danej części.

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doświadczeniem określonym powyżej wykazać się może jeden, kilku lub łącznie wszyscy Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie".

KIO ustaliła, że w celu wstępnego potwierdzenia spełniania przez wykonawcę ww. warunków udziału w postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli złożyć Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, dalej „JEDZ”, w którym - zgodnie z zapisami SIWZ - wykonawcy złożyli m.in. oświadczenia:

- w przedmiocie posiadania zdolności finansowej w postaci środków na koncie lub zdolności kredytowej na poziomie określonym w warunku i
- w zakresie wykazu wykonanych usług odpowiadających treści warunku odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia.

Nadto Zamawiający zastosował także fakultatywną przesłankę wykluczenia mówiącą, iż:

„O udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który wykaże, że nie podlega wykluczeniu w zakresie następujących przesłanek do wykluczenia określonych w art. 24 ust. 5 Ustawy PZP, zgodnie z którym z postępowania wyklucza się Wykonawcę: 4.1., w stosunku do którego otwarto likwidację w zatwierdzonym przez sąd układzie w postępowaniu restrukturyzacyjnym jeśli przewidziane zaspokojenie wierzycieli przez likwidację jego majątku lub sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 332 ust. 1 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. - Prawo restrukturyzacyjne (Dz. U. poz. 978, z późn. zm.) lub którego upadłość ogłoszono, z wyjątkiem Wykonawcy, który po ogłoszeniu upadłości zawarł układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego, chyba że sąd zarządził likwidację jego

majątku w trybie art. 366 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe (Dz. U. z 2015 r. poz. 233, z późn. zm.) (art. 24 ust. 5 pkt 1 Ustawy PZP)",

Izba podniosła, że wstępna weryfikacja przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 12-23 (obligatoryjnych) i zastosowanej w niniejszym postępowaniu przesłanki fakultatywnej wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez PKP nastąpiła w oparciu o oświadczenia złożone w dokumencie JEDZ, który zobowiązany był złożyć każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia. Stosownie do postanowień SIWZ, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokument JEDZ zobowiązany był złożyć wykonawca i podmioty trzecie, które użyczają swój potencjał wykonawcy.

Zamawiający nie skorzystał z przewidzianej ustawą Prawo zamówień publicznych możliwości żądania od wykonawcy złożenia jednolitych europejskich dokumentów zamówienia podwykonawców (art. 25a ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych). W Rozdz. VII. SIWZ „Podwykonawcy” Zamawiający wskazał, że „Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy (podmiotowi, z którym zawarł umowę o podwykonawstwo, zdefiniowaną w art. 2 pkt 9b ustawy Pzp). W przypadku powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcy Wykonawca ponosi odpowiedzialność za działania i zaniechania takiego podmiotu, jak za własne. Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę części zamówienia, w których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez Wykonawców firm podwykonawców, zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SIWZ w Części II Sekcji D”.

KIO ustaliło dalej, iż wykonawca Olkol sp. z o.o. złożył ofertę na część nr 1 i część nr 3 zamówienia. W treści oferty przedstawił oświadczenie, zgodnie z którym zamówienie nie zostanie powierzone podwykonawcy. W złożonym wraz z ofertą formularzu JEDZ Olkol oświadczył, że nie polega na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji jak też, że nie zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia. Wykonawca oświadczył, że dysponuje środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości nie mniejszej niż 1 494 000 zł, zgodnie z wymogami Zamawiającego zawartymi w Sekcji III. 1.2. ogłoszenia, jak również, że wykonał m. in. naprawy na 5-tym poziomie utrzymania lokomotyw elektrycznych serii EU/EP07 zgodnie z umową nr UM-BPT-16-900-0022 zawartą 01.06.2016 r. pomiędzy Olkol Sp. z o.o., a PKP Intercity S.A.

Na wezwanie PKP Olkol złożył dokumenty, tj. informację Alior Bank Spółki Akcyjnej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych oraz dokument potwierdzający, że naprawy wymienione w części IV Sekcja C pkt 1 lit. b) JEDZ zostały wykonane należycie. Przedstawił także informacje z KRK wystawione dla Prezesa Zarządu; prokurenta samoistnego Olkol sp. z o.o., zaświadczenie właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego potwierdzające, że Olkol sp. z o.o. nie zalega z opłacaniem podatków, zaświadczenie właściwej terenowej jednostki ZUS potwierdzające, że Olkol sp. z o.o. nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, odpis z KRS.

Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Olkol sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w części nr 1 i części nr 3 niniejszego postępowania.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Izba doszła do przekonania, że niezasadny był zarzut Newag, dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy Olkol sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych za niespełnienie warunków udziału w postępowaniu lub zaistnienie w stosunku do niego podstaw do wykluczenia.

KIO podniosło, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertę złożyła spółka pod firmą Olkol sp. z o.o. i to właśnie ten podmiot był badany pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Z dokumentu JEDZ z oraz z przedłożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dokumentów wynikało, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu (zarówno w zakresie potencjału finansowego jak i potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia) i nie podlegał wykluczeniu.

Skoro zatem wykonawca Olkol sp. z o.o. spełniał warunki udziału w postępowaniu, to nie podlegał wykluczeniu w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Przesłanek do wykluczenia wykonawcy nie można bowiem interpretować rozszerzająco.

Rozszerzając swoją argumentację Izba zauważyła, że Olkol posiadało doświadczenie w zakresie realizacji wskazanych w wykazie prac. Nie miało znaczenia, czy i w jakim stopniu prace realizowane były przez podwykonawców. Okoliczność, że sporne zamówienie zostało zrealizowane przez podwykonawcę (ZNTK S.A. w Oleśnicy), nie oznaczało braku nabycia doświadczenia przez spornego Wykonawcę. W przypadku realizacji zamówienia z pomocą podwykonawców, stroną umowy, która jest zobowiązana do realizacji obowiązków umownych nie są podwykonawcy. Stroną umowy pozostawał w takim przypadku wykonawca i to wykonawca w całości odpowiadał za działania podwykonawców.

Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalniało wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie zamówienia. W konsekwencji, podkreśliła Izba, należało uznać, że brak było podstaw do kwestionowania dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań dotyczących doświadczenia przedłożonych przez wykonawcę Olkol sp. z o.o., skoro stroną umowy, realizowanej z udziałem ZNTK w Oleśnicy S.A. jako podwykonawcą, była Olkol sp. z o.o.

KIO uznało także za nieuzasadniony zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co do zrealizowania usługi przez , Olkol. Usługa została objęta umową, zawartą pomiędzy Olkol sp. z o.o. oraz tym samym Zamawiającym. PKP Intercity był odbiorcą usługi i wystawcą referencji. Oznacza to, że Zamawiającemu znane były okoliczności co do realizowania umowy w uprzednim postępowaniu, wobec czego nie można mówić o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd

Dlatego też Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł także zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Prawo zamówień publicznych, z uwagi na zatajenie przez Olkol istotnych informacji dotyczących niedysponowania samodzielnie zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia i niemożności jego wykonania bez udziału ZNTK w Oleśnicy S.A. oraz wprowadzenia w błąd Zamawiającego co do faktycznego zamiaru powierzenia przedmiotu zamówienia do wykonania ZNTK w Oleśnicy S.A. jako podwykonawcy.

W ocenie Izby zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie, ponieważ Zamawiający nie postawił w treści SIWZ warunku, aby wykonawcy oświadczali, że dysponują samodzielnie potencjałem technicznym (w postaci np. zaplecza). Skoro tak, to Wykonawca Olkol sp. z o.o. nie mógł wprowadzić w błąd Zamawiającego co do informacji, która nie była wymagana i oceniana przez Zamawiającego. Zamawiający nie wymagał podania szczególnych informacji o dysponowaniu potencjałem technicznym. Tym samym fakt, że Olkol, jeśli nawet będzie korzystał z potencjału technicznego innego podmiotu, nie wprowadził Zamawiającego w błąd co do tej okoliczności, gdyż informacja dotycząca korzystania (lub niekorzystania) z potencjału podmiotu trzeciego nie była wymagana i w tym zakresie wykonawcy nie byli zobowiązani do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w

postępowaniu. W związku z tym fakt, że Olkol sp. z o.o. nie wskazał tego w ofercie, nie oznacza wprowadzenia w błąd Zamawiającego.

W rozważaniach Izba wskazała nadto, że w trakcie rozprawy Odwołujący przedstawił umowę zawartą 11 kwietnia 2017 roku w Oleśnicy pomiędzy ZNTK w Oleśnicy S.A. (jako Wyzdierżawiającym), a Olkol sp. z o.o. (jako Dzierżawcą).

Z treści tej umowy wynikało, że Wykonawca Olkol sp. z o.o. wydierżawi zaplecze w postaci miejsca i narzędzi będących w dyspozycji ZNTK w Oleśnicy S.A. KIO zauważyło, że nawet gdyby uznać, że ww. umowa została sporządzona na potrzeby postępowania odwoławczego i Wykonawca Olkol sp. z o.o. będzie korzystał z potencjału ZNTK w Oleśnicy S.A., to Izba miała na uwadze okoliczność, że postanowienia SIWZ nie wprowadzały warunku w postaci samodzielnego dysponowania potencjałem technicznym. Tym samym spełnienie wymagań w tym zakresie przez wykonawców nie podlegało ocenie Zamawiającego. Postanowienia SIWZ nie zabraniały korzystania w dowolny sposób z udogodnień w postaci potencjału technicznego. Tym samym, organizacja pracy w tym zakresie przez wykonawcę, czy ewentualne korzystanie z potencjału innych podmiotów na rynku w pozostałym, nie wymaganym do wykazania zakresie, nie było zakazane.

W ocenie Izby nie było także możliwe wykluczenie Wykonawcy z uwagi na powiązanie osobowe spółki ZNTK w Oleśnicy S.A. i spółki Olkol sp. o.o. (w osobie prezesa zarządu). Podkreśliła, że spełnienie warunków udziału w postępowaniu i ocena braku podstaw do wykluczenia badana jest wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy Olkol sp. z o.o.

W treści swojej oferty Wykonawca Olkol sp. z o.o. wskazał, że zamówienie zrealizuje bez udziału podwykonawców. W ocenie Izby brak jest podstaw do zakwestionowania tego twierdzenia. Nie ma także podstaw do twierdzenia, że w przedmiotowym zakresie Wykonawca Olkol sp. z o.o. złożył nieprawdziwe informacje. Zamówienie bowiem dopiero będzie realizowane. Okoliczności tej nie potwierdza fakt, że we wcześniejszych postępowaniach Olkol polegał na zasobach podmiotu trzeciego, tj. ZNTK w Oleśnicy S.A.

Izba miała także na uwadze fakt, że w okolicznościach niniejszej sprawy PKP nie zawarł w SIWZ żądania, co do weryfikacji w trakcie postępowania podwykonawców nie będących podmiotami trzecimi, co dodatkowo powoduje, że argumentacja Newag, co do złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie niewskazania ZNTK w Oleśnicy S.A. jako podwykonawcy Olkol Sp. z o.o. (z uwagi na sytuację ZNTK w Oleśnicy S.A.) nie znajdowało oparcia w faktach. Izba podzieliła stanowisko PKP, zgodnie z którym nawet w sytuacji, gdyby żądanie takie znalazło się w SIWZ, skutkiem zaistnienia wobec podwykonawcy podstawy do wykluczenia nie byłby obowiązek wykluczenia z postępowania Olkol sp. z o.o.,

tylko sytuacja taka powodowałaby, że podwykonawca taki nie mógłby być dalej akceptowany jako potencjalny podwykonawca określonej części zamówienia. Zgodnie z art. 36ba ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych „Jeżeli zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca obowiązany jest zastąpić tego podwykonawcę lub zrezygnować z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy”.

Na koniec Izba uznała za bezpodstawny zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3) w związku z art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 3 ust. 1, art. 14 i art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez wybór oferty Olkol jako najkorzystniejszej, pomimo że złożona oferta powinna zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący oparł twierdzenia dotyczące popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji na okoliczności wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co jednak nie miało miejsca. Olkol spełniał warunki udziału w postępowaniu - zgodnie z SIWZ, posiadał doświadczenie, jak również nie wprowadził w błąd Zamawiającego, wobec czego nie można było uznać, że złożenie przez niego oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Olkol wskazał, że nie będzie realizował zamówienia przy udziale podwykonawców. Mając na uwadze powyższe okoliczności oraz w związku z tym, że Zamawiający nie został wprowadzony w błąd, a na tym twierdzeniu opierał swoje odwołanie i zarzuty Odwołujący nie stwierdzono popełnienia przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji.

Nie można było także uznać, aby Odwołujący miał utrudniony dostęp do rynku z uwagi na złożenie oferty przez Wykonawcę Olkol sp. z o.o. Odwołujący miał możliwość oferty na tych samych zasadach.

Dlatego też KIO oddaliło odwołanie w całości.

Od powyższego orzeczenia skargę złożył Newag S.A.

Zaskarżonemu wyrokowi skarżąca spółka zarzuciła:

1. naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, to jest:
 - 1.1. art. 196 ust. 4 stawy prawo zamówień publicznych („Pzp”) poprzez zaniechanie wskazania w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, jak i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, w szczególności zaniechanie odniesienia się do dokumentów przedłożonych przez Skarżącą, dotyczących braku posiadania przez Olkol sp. z o.o. zdolności technicznych oraz okoliczności związanych z

wprowadzeniem w błąd Zamawiającego, co do zamiaru samodzielnego wykonania zamówienia, co uniemożliwia Skarżącej zapoznanie się z motywami rozstrzygnięcia;

1.2. art. 190 ust 7 Pzp poprzez zaniechanie wszechstronnej oceny materiału dowodowego, przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów polegające na dowolnej ocenie dowodów w sposób sprzeczny z doświadczeniem życiowym i zasadami logicznego rozumowania oraz pominięcie w ramach oceny dowodów istotnej części materiału dowodowego w postaci dowodów z dokumentów dotyczących braku posiadania przez Olkol sp. z o.o. zdolności technicznych oraz okoliczności związanych z wprowadzeniem w błąd Zamawiającego co do zamiaru samodzielnego wykonania zamówienia, przedłożonych przez Skarżącą na rozprawie,

1.3. art. 190 ust. 6 w związku z 190 ust. 1 Pzp poprzez pominięcie wniosku dowodowego Skarżącego o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia dokumentów dotyczących wykonania przedmiotów umów zawartych przez przystępującego Olkol sp. z o.o. z Zamawiającym oraz przeprowadzenia dowodów z tych dokumentów na okoliczność udziału Olkol sp. z o.o. w wykonaniu przedmiotów wskazanych umów, co doprowadziło do błędu w ustaleniach faktycznych polegającego na przyjęciu, iż Olkol sp. z o.o. nie wprowadziła w błąd zamawiającego co do zamiaru i możliwości samodzielnego wykonania zamówienia, spełnia warunek zdolności technicznych, jak również błędnego ustalenia, że złożenie oferty w okolicznościach faktycznych sprawy nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji;

1.4. art. 191 ust. 2 i ust.3 pkt 1) Pzp w związku z art. art. 91 ust. 1 pzp, art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3) pzp, art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp poprzez zaniechanie stwierdzenia naruszenia wskazanych przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i w konsekwencji oddalenie odwołania i zaniechanie uwzględnienia odwołania.

2. naruszenie prawa materialnego mające istotne wpływ na treść rozstrzygnięcia, to jest:

2.1. art. 91 ust. 1 pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp poprzez uznanie, iż wykonawca Olkol sp. z o.o. wykazał spełnienie warunku posiadania zdolności technicznych;

2.2. art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp poprzez uznanie, iż wykonawca Olkol sp. z o.o. w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa:

a) nie wprowadził w błąd zamawiającego co do niepodlegania wykluczeniu z postępowania,

b) nie zataił informacji dotyczących wykluczenia wykonawcy z postępowania poprzez złożenie oświadczenia o niepodleganiu wykluczenia z postępowania,

c) nie złożył wprowadzającego w błąd oświadczenia o zamiarze i możliwości samodzielnego wykonania przedmiotu zamówienia w całości bez udziału podwykonawców oraz posiadania samodzielnie niezbędnych zdolności technicznych i zawodowych oraz złożeniu oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;

2.3. art. 91 ust. 1 pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp poprzez uznanie, iż wykonawca Olkol sp. z o.o. w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w postaci złożenia wprowadzającego w błąd oświadczenia o zamiarze samodzielnego wykonania przedmiotu zamówienia w całości bez udziału podwykonawców oraz dysponowania zdolnościami technicznymi i zawodowymi w celu samodzielnego wykonania zamówienia.

2.4. art. 91 ust. 1 pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3) pzp w związku z art. 7 ust 1 pzp oraz art. 3 ust. 1, art. 14 i art. 15 *Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* poprzez uznanie, iż złożona przez Olkol sp. z o.o. oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Newag wniosła o:

1. uwzględnienie odwołania i zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 i 3 przedmiotu zamówienia i powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części 1 i 3 przedmiotu zamówienia, a w jej ramach wykluczenie wykonawcy Olkol sp. z o.o. i uznania oferty Olkol sp. z o.o. za odrzuconą, względnie odrzucenie oferty Olkol sp. z o.o., oraz dokonanie wyboru oferty NEWAG S.A. jako oferty najkorzystniejszej, względnie dokonanie rzetelnej weryfikacji spełnienia przez Olkol sp. z o.o. spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
2. na wypadek zawarcia przez Zamawiającego i Olkol sp. o.o. umowy w sprawie wykonania zamówienia publicznego przed wydaniem wyroku w niniejszej sprawie - uwzględnienie odwołania i unieważnienie umowy, względnie stwierdzenia naruszenia prawa;
3. przeprowadzenie dowodów z dokumentów przedstawionych przez Skarżącą w postępowaniu przez KIO na okoliczności wskazane w postępowaniu odwoławczym i uzasadnieniu niniejszej skargi oraz zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia znajdujących się w jego posiadaniu dokumentów dotyczących wykonania przez Olkol sp. z o.o. zamówień wskazanych na stronie 13 złożonego przez Olkol sp. z o.o. z ofertą formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia oraz przeprowadzenie dowodów z tych

dokumentów na okoliczność wykonania przedmiotowych zamówień w całości przez podwykonawcę, bez jakiegokolwiek istotnego udziału Olkol sp. z o.o.

PKP Intercity S.A. wniosła o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów postępowania skargowego.

Olkol sp. z o.o. przystąpiła do postępowania skargowego po stronie zamawiającego i wniosła o oddalenie skargi oraz zasądzenie kosztów postępowania skargowego.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Sąd Okręgowy w pełni podziela ustalenia faktyczne i ocenę prawną Krajowej Izby Odwoławczej i przyjmuje je za własne.

Należy zauważyć, że pierwsze zarzuty dotyczące sposobu sporządzenia uzasadnienia orzeczenia KIO, charakterystyczne dla zarzutów naruszenia postępowania procesowego w postępowaniach przed sądami powszechnymi I i II instancji, nie mogą zostać uwzględnione z uwagi na przepisy szczególne Prawa zamówień publicznych.

Oczywiście, Izba powinna wskazywać jakie dowody przemawiały za ustaleniami faktycznymi przez nią poczynionymi i jakie są konsekwencje prawne takich ustaleń (art.196 ust. 4 Pzp), jednakże naruszenie tych zasad nie wpływa w żaden sposób na treść rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego. Sąd odwoławczy w przypadku uchybień procesowych nie jest bowiem władny do stwierdzenia, że wyrok z uzasadnieniem nie poddaje się kontroli instancyjnej z uwagi na nie rozpoznanie istoty sprawy (art. 386§4 kpc) i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Takie bowiem uprawnienie zostało wyłączone przez przepisy Pzp (art. 198f ust.2 Pzp). Przepisy ustawy prawo zamówień publicznych zakazują zatem uchylania orzeczeń KIO do ponownego rozpoznania. W postępowaniach ze skargi na orzeczenia KIO, w sytuacji nawet gdy KIO nie wyjaśni w sposób wystarczający swoich motywów, Sąd Okręgowy ma obowiązek, samodzielnego, merytorycznego rozpoznania sprawy i odniesienia się do zarzutów.

Zarzuty procesowe w kształcie podniesionym w skardze w tej sytuacji nie mają wpływu na treść orzeczenia Sądu Okręgowego, niezależnie od tego, że KIO zawarło w uzasadnieniu ustalenia faktyczne stanowiące podstawę do prawnych konkluzji. Izba przedstawiła również pogląd prawny na podstawie, którego wywiodła rozstrzygnięcie z dnia 28 kwietnia 2017 r. co oznacza, że zarzuty w tym zakresie były chybione.

Należy podkreślić, że KIO w uzasadnieniu wskazało także, iż swoje rozstrzygnięcie oparło uwzględniając całą dokumentację z postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego oraz oświadczenia stron i dowody złożone na rozprawie (k.8 uzasadnienia). Dokumentacja nie była podważana przez strony pod względem jej prawdziwości, natomiast odrębną kwestią jest jakie Izba wyciągnęła z niej wnioski zawarte w części związanej z oceną prawną spornej sytuacji.

Kolejny zarzut był związany z pominięciem wniosku dowodowego skarżącego o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia dokumentów dotyczących wykonania przedmiotu umów zawartych przez przystępującego OLKOL sp. z o.o. oraz przeprowadzenie dowodów z tych dokumentów na okoliczność udziału OLKOL sp. z o.o. w wykonaniu przedmiotu wskazanych umów. Zdaniem Sądu Okręgowego KIO słusznie nie przeprowadziło ww. dowodu, ponieważ zarówno OLKOL sp. z o.o. jak również Zamawiający nie zaprzeczali, że prace były wykonywane za pośrednictwem podwykonawcy ZNTK Oleśnica, a Izba w uzasadnieniu okoliczność tę uwzględniła wskazując, że umowy Olkol zrealizowała przez podwykonawcę (k.12 uzasadnienia). Natomiast, ponownie należy podkreślić, że ocena tych faktów pod względem prawnym była już zupełnie inną kwestią.

W tej sytuacji chybione są zarzuty związane z naruszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 196 ust. 4 Pzp i art. 190 ust. 6 w związku z 190 ust. 1 Pzp.

Za niezasadny należy uznać również zarzut naruszenia art. 190 ust. 7 ustawy Pzp. Zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów wyrażoną w powyższym przepisie KIO ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie "wszechstronnego rozważenia zebranego materiału", analogicznie do regulacji zawartej w art. 233 § 1 k.p.c, z uwzględnieniem wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, jak również wszelkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych dowodów i mających znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności (tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 1966 r., II CR 423/66, OSNPG 1967/5-6/21; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 1999 r., I PKN 632/98, OSNAPiUS 2000, Nr 10, poz. 382; uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z 11 lipca 2002 r., IV CKN 1218/00, Lex, nr 80266; uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2002 r., IV CKN 1256/00, Lex, nr 80267). Moc dowodowa oznacza siłę przekonania uzyskaną przez sąd wskutek przeprowadzenia określonych środków dowodowych na potwierdzenie prawdziwości lub nieprawdziwości twierdzeń na temat okoliczności faktycznych istotnych dla

rozstrzygnięcia sprawy, zaś wiarygodność decyduje o tym, czy określony środek dowodowy, ze względu na jego indywidualne cechy i obiektywne okoliczności, zasługuje na wiarę. Przyjmuje się jednocześnie, że ramy swobodnej oceny dowodów muszą być zakreślone wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego, regułami logicznego myślenia oraz pewnego poziomu świadomości prawnej, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i wążąc ich moc oraz wiarygodność odnosi je do pozostałego materiału dowodowego (vide: uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1980 r., II URN 175/79, OSNC 1980/ 10/200; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 czerwca 1999 r., II UKN 685/98, OSNAPiUS 2000/17/655; uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2000 r., III CKN 1049/99, Lex nr 51627; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2000 r., IV CKN 1097/00, Lex nr 52624; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2000 r., V CKN 94/00, Lex nr 52589; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2000 r., IV CKN 1383/00, Lex nr 52544; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 2001 r., II UKN 423/00, OSNP 2003, Nr 5, poz. 137; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2002 r., IV CKN 859/00, Lex nr 53923; uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2002 r., IV CKN 1050/00, Lex nr 55499; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2002 r., II CKN 817/00, Lex nr 56906; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2002 r., IV CKN 1316/00, Lex nr 80273). Jak słusznie zauważył Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r. (I ACa 180/08, LEX nr 468598), jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. Dla skuteczności zarzutu naruszenia wyżej wymienionego przepisu nie wystarcza zatem stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu Skarżącego odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest tu wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu w tym zakresie. W szczególności skarżący powinien wskazać, jakie kryteria oceny naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłuszne im je przyznając. Zwalczanie swobodnej oceny dowodów nie może więc polegać tylko na przedstawieniu własnej, korzystnej dla skarżącego wersji zdarzeń, czy oceny zaistniałych okoliczności faktycznych, lecz konieczne jest - za pomocą wyłącznie argumentów jurydycznych - wykazanie, że wskazane w art. 233 §

1 k.p.c. kryteria oceny wiarygodności i mocy dowodów zostały naruszone, co miało wpływ na wyrok sprawy (analogicznie Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 lipca 2008 r., VI ACa 306/08).

W świetle zarzutów sformułowanych w skardze, Skarżący nie wykazał jakie kryteria naruszyła Izba przy ocenie dowodów. Krajowa Izba Odwoławcza dokonując oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego nie naruszyła przepisu art. 190 ust. 7 ustawy Pzp., albowiem poddała zgromadzone dowody ocenie mieszczącej w ramach wyznaczonych przez ten przepis. Należy zwrócić uwagę, że KIO oparło swoje szczegółowe i kompletne ustalenia faktyczne wyłącznie na dowodach z dokumentów wytworzonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub przedłożonych przez strony i uczestnika postępowania. Skarżący nie wskazał żadnych argumentów, które mogłyby podważyć autentyczność lub wiarygodność powyższych dokumentów, czy też dokonany przez Izbę sposób oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego. Wbrew postawionemu zarzutowi, Krajowa Izba Odwoławcza z tak zgromadzonego i ocenionego materiału dowodowego wyprowadziła także prawidłowe ustalenia faktyczne.

Wykonawca Olkol złożył w ramach niniejszego postępowania ofertę na część nr 1 i część nr 3 na 33 stronach. W ramach ww. oferty oświadczył, że zamówienie nie zostanie powierzone podwykonawcy/podwykonawcom (vide: pkt 11 formularza ofertowego na str. 3 oferty). W złożonym wraz z ofertą formularzu JEDZ wykonawca oświadczył, że nie polega na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji (warunków udziału w postępowaniu) określonych poniżej w cz. IV (vide: str. 15 oferty). Wykonawca oświadczył również w JEDZ, że nie zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia (vide: s. 15 oferty Przystępującego Olkol).

Wykonawca Olkol oświadczył w JEDZ, że:

- dysponuje środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości nie mniejszej niż 1.494.000,00, zgodnie z wymogami Zamawiającego zawartymi w Sekcji III.1.2. ogłoszenia (vide: str. 22 oferty OLKOL), jak również, że:

- wykonał m.in. naprawy na 5-tym poziomie utrzymania (napraw głównych wraz z modernizacją 3 szt. lokomotyw elektrycznych serii EU/EP07 zgodnie z umową nr UM-BPT-16-900-0022 zawartą 01.06.2016 r. pomiędzy OLKOL Sp. z o.o., a PKP Intercity SA. (vide: s. 23 oferty Olkol).

Przy piśmie z dnia 9 lutego 2017 r. wykonawca Olkol, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia, złożył m.in. następujące dokumenty tj.

- informację banku Alior Bank Spółki Akcyjnej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych wystawioną w dniu 02.01.2017 r.;
- dokument potwierdzający, że naprawy wymienione w części IV Sekcja C pkt 1 b JEDZ zostały wykonane należycie - pismo nr BPT5a-073-006/17 wystawiony w dniu 03.01.2017 r. przez PKP Intercity SA.

Ocena zdolności podmiotowej wykonawcy do wykonania zamówienia następuje w oparciu o postawione przez Zamawiającego w SIWZ warunki udziału w postępowaniu, ustawowe przesłanki do wykluczenia i wskazane w SIWZ tzw. fakultatywne podstawy do wykluczenia. Zamawiający może zatem wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jedynie wykonawcę, który nie spełnia ww. warunków lub też podlega wykluczeniu w oparciu o co najmniej jedną z podstaw do wykluczenia. Zamawiający nie jest przy tym uprawniony do wykluczenia z postępowania wykonawcy ze względu na inne okoliczności faktyczne lub prawne, niewymienione w ustawie Pzp i w SIWZ. Katalog podstaw do wykluczenia z postępowania ma charakter zamknięty i nie powinien być interpretowany rozszerzająco, a zamawiający nie jest uprawniony do samodzielnego kreowania nowych przesłanek do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W ocenie Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie Newag wnosił o uznanie, że dokonano błędnej oceny zachowania się PKP Intercity i przyjęcia jako podstawę do wykluczenia wykonawcy Olkol, okoliczności, które nie odnoszą się do sytuacji podmiotowej tego Wykonawcy, ale ZNTK Oleśnica, który według oświadczeń Olkol nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia. Należy podkreślić, że Zamawiający jest zobowiązany do działania na podstawie i w granicach prawa i nie jest uprawniony do eliminowania wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o podstawy niewynikające z przepisów prawa.

Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo uznała, że z przedłożone wraz z ofertą JEDZ stanowiącą wstępne potwierdzenie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne i nie podlega wykluczeniu, jak również z przedłożonych na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp dokumentów nie wynika, by co do spółki Olkol zachodziła

którakolwiek z podstaw do wykluczenia lub by spółka ta nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych przez PKP Intercity. Podkreślić należy, że w wykazie usług na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia spółka Olkol Sp. z o.o. wskazała dwie usługi wykonane przez Olkol Sp. o.o. na rzecz PKP Intercity S.A. Tym samym PKP Intercity S.A. ma pełną wiedzę co prawidłowości wykonania ww. usług, co zresztą znalazło potwierdzenie w dokumentach referencyjnych.

Zasadnie Izba uznała Olkol za posiadającego doświadczenie przy realizacji umów, jakie wykonał na rzecz PKP, bez względu na to, czy i w jakim stopniu przy ich wykonaniu wykorzystywał podwykonawców. Również przepisy ustawy Pzp, doktryna i orzecznictwo jako typową i dopuszczalną z prawnego punktu widzenia traktują sytuację, w której wykonawca wykonuje zamówienie przy udziale podwykonawców, a następnie legitymuje się zdobytym w ten sposób doświadczeniem jako własnym. Stroną umowy, która jest zobowiązana do realizacji obowiązków umownych, nie są bowiem w takim przypadku podwykonawcy, ale wykonawca, który w pełni odpowiada za działania i zaniechania podwykonawców i organizuje proces wykonywania zamówienia. Z przepisów ustawy nie wynika by zamawiający był zobligowany, ani nawet uprawniony, do badania w jakim stopniu w realizacji zamówienia brał udział podwykonawca.

Należy podkreślić, że pogląd Newag prowadziłby do samowoli zamawiających w zakresie oceny doświadczenia oferentów. Trudno bowiem byłoby określić kryterium ustalające w jakiej części muszą oni wykonać umowę bez pomocy podwykonawcy, aby można byłoby ich uznać za posiadających odpowiednie doświadczenie.

Trudno byłoby również uznać argumenty Newag za zgodne z art. 36ba ust. 4 ustawy Pzp, z którego wynika wprost, że powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie zamówienia. Z jednej bowiem strony wykonawca ponosi odpowiedzialność za każde działanie i zaniechanie podwykonawcy ale z drugiej strony nie zyskuje żadnych z tego tytułu profitów np. właśnie w postaci uznania jego doświadczenia pomimo, że musiał wykonywać szereg czynności nadzorczych, kontrolnych itp.

Bezpodstawny jest również zarzut, jakoby w ramach postępowania o zamówienie publiczne PKP Intercity naruszyło przepis art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Olkol z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji.

Wskazać należy, że przepis ten stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Jak wynika z dokumentów złożonych w aktach postępowania, Olkol samodzielnie, w sposób prawidłowy, wykazał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia, a Krajowa Izba Odwoławcza w sposób jak najbardziej słuszny okoliczność powyższą uwzględniła.

Należy podkreślić, że dla udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne w niniejszej sprawie postawiono tylko dwa warunki odnoszące się do możliwości finansowych oraz wiedzy i doświadczenia. Zamawiający nie postawił natomiast warunków odnoszących się do zaplecza technicznego, czy potencjału osobowego. W toku rozprawy przed KIO Olkol przedstawił umowę dzierżawy zaplecza technicznego, oświadczył również, że będzie dysponował zespołem ludzkim, umożliwiającym realizację zamówienia. W tej sytuacji nie można mówić o wprowadzeniu PKP w błąd w zakresie, który nie był przedmiotem SIWZ. PKP nie miało żadnych podstaw, by kwestionować możliwość realizacji zamówienia przez Wykonawcę Olkol.

W konsekwencji Krajowa Izba Odwoławcza zasadnie zatem uznała za chybione zarzuty dotyczące naruszenia art. 91 ust. 1 pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12), 16), 17) Pzp.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3) pzp w związku z art. 7 ust. 1 pzp oraz art. 3 ust. 1, art. 14 i art. 15 *Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* poprzez uznanie, iż złożona przez Olkol sp. z o.o. oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji również należało uznać za bezpodstawny. Skoro bowiem w zebranych materiałach dowodowych sprawy zarzuty dotyczące wprowadzenia PKP w błąd nie znalazły potwierdzenia, wobec tego nie można było uznać złożenia oferty Olkol za czyn nieuczciwej konkurencji. Ocena Izby w powyższym zakresie jest prawidłowa i w pełni akceptowana przez Sąd Okręgowy.

Mając powyższe na uwadze na podstawie art. 198f ust. 2 ustawy Pzp skarga podlegała oddaleniu.

Orzeczenie o kosztach postępowania między stronami tj. skarżącym i zamawiającym oparto na treści art. 198f ust. 5 ustawy o Pzp w związku z rozporządzeniem Ministra

Sprawiedliwości z dn. 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych w stawkach obowiązujących od dnia 27 października 2017r.

Sąd nie uwzględnił wniosku pełnomocnika Olkol sp. z o.o. o zasądzenie od skarżącego na jego rzecz kosztów postępowania, albowiem, w ocenie Sądu Okręgowego, nie istniały podstawy prawne dla takiego rozstrzygnięcia.

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 198a ust.2 Pzp w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej.

W przedmiocie kosztów postępowania art. 198 f ust. 5 Pzp stanowi, iż strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku; określając wysokość kosztów w treści orzeczenia, sąd uwzględnia także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania.

Z kolei art. 198a ust. 1 Pzp wskazuje, że na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu.

Po pierwsze, ustawodawca odróżnia w postępowaniu skargowym strony oraz innych uczestników (np. podmioty przystępujące do postępowania – wykonawcy).

Po drugie, w ustawie Pzp ustawodawca uregulował w sposób wyczerpujący kwestię kosztów postępowania skargowego odnosząc się tylko do kosztów między stronami zdefiniowanym w art. 198a ust. 1 Pzp.

Skutkiem powyższego jest uznanie, iż Sąd Okręgowy ma obowiązek rozstrzygnąć o kosztach między skarżącym i zamawiającym (przeciwnikiem skargi), natomiast nie ma żadnych podstaw do orzekania o kosztach na rzecz wykonawcy przystępującego po stronie zamawiającego, do którego nota bene w sprawie stosuje się tylko analogicznie przepisy o interweniencji ubocznym (nie mającym statusu strony postępowania).

Dlatego też w orzeczeniu o kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy nie zawarł rozstrzygnięcia o kosztach wnioskowanych przez Olkol sp. z o.o.

SSO Renata Puchalska

SSO Wiktor Piber

SSO Paweł Kieta



Na oryginale właściwe podpisy
za zgodność

Sekretarz

Pietucha

