Sygn. akt: KIO 2039/18

WYROK

z dnia 25 października 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Członkowie: Ewa Sikorska

Robert Skrzeszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 22 października 2018 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2018 roku przez wykonawcę Bombardier Transportation (ZWUS) Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy AŻD Praha s.r.o.z siedzibą w Pradze, Republika Czeska zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2039/18 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Bombardier Transportation (ZWUS) Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Bombardier Transportation (ZWUS) Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy Bombardier Transportation (ZWUS) Polska spółkaz ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem 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 Warszawa - Praga.

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..

Sygn. akt: KIO 2039/18

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Projekt i zabudowa urządzeń sterowania ruchem i sygnalizacji oraz urządzeń kolejowej sieci telekomunikacyjnej na odcinku Słonice - Szczecin Dąbie (LCS Stargard) w ramach projektu CEF „Prace na linii kolejowej E 59 na odcinku Poznań Główny - Szczecin Dąbie”*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowanie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 czerwca 2018 roku pod numerem 2018/S 106-242565.

5 października 2018 roku Odwołujący działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu: nieuzasadnionego dokonania wyboru oferty złożonej przez AŻD Praha s.r.o. z siedzibą w Pradze (dalej jako „AŻD”) jako najkorzystniejszejw postępowaniu, zaniechania wykluczenia AŻD z postępowania, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu ewentualnie, zaniechania wezwania AŻD do złożenia wyjaśnień dotyczących

dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez uznanie, że wykonawca AŻD wykazał spełnienie warunków określonych w:

- pkt. 8.6.1 lit. a) Instrukcji Dla Wykonawców1 (dalej jako „IDW"), zgodnie z którym wykonawca miał wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał budowę lub przebudowę obejmującą wykonanie co najmniej 4 komputerowych systemów stacyjnych urządzeń srk (sterowania ruchem kolejowym), na stacjach liczących co najmniej 16 zwrotnic każda, wykonane w ramach jednej umowy, gdy tymczasem AŻD w ramach inwestycji: „Modernizacja systemu sygnalizacyjnego / wyposażenia energetycznego stacji Kowno (Litwa), wraz z łącznicą pomiędzy liniami kolejowymi Palemonas - Rokai - Jiesia i Kaunas - Kybertai (Litwa)" oraz „Zarządzanie robotami budowlanymi w zakresie sterowania ruchem kolejowym i zabudowy systemu ECTS na linii kolejowej Kolin - Breclav - granica państwa Austria – Słowacja nie wykonał ani budowy ani przebudowy 4 komputerowych systemów stacyjnych urządzeń srk,
- pkt. 8.6.1 lit. b) IDW, zgodnie z którym wykonawca miał wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał budowę lub przebudowę obejmującą wykonanie co najmniej jednego lokalnego centrum sterowania dla (LCS) dla minimum 3 stacji lub posterunków odgałęźnych, wykonane w ramach jednej umowy, gdy tymczasem AŻD w ramach inwestycji „Modernizacja systemu sygnalizacyjnego i wyposażenia energetycznego stacji
  Kowno (Litwa), wraz z łącznicą pomiędzy liniami kolejowymi Palemonas - Rokai - Jiesia i Kaunas - Kyberta i (Litwa)" i „Zarządzanie robotami budowlanymi w zakresie sterowania ruchem kolejowym i zabudowy systemu
  ECTS na linii kolejowej Kolin - Breclav- granica państwa Austria – Słowacja nie wykonał ani budowy ani przebudowy lokalnego centrum sterowania,
- pkt. 8.6.1 lit. c) IDW, zgodnie z którym wykonawca miał wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał budowę lub przebudowę wieloodstępowej (samoczynnej) blokady liniowej w technice komputerowej na dwutorowych szlakach o łącznej długości co najmniej 20 km, wykonane w ramach jednej lub dwóch umów, gdy tymczasem AŻD w ramach inwestycji: „Modernizacja systemu sygnalizacyjnego i wyposażenia energetycznego stacji Kowno (Litwa), wraz z łącznicą pomiędzy liniami kolejowymi Palemonas - Rokai - Jiesia i Kaunas - Kybertai (Litwa)" i
  „Zarządzanie robotami budowlanymi w zakresie sterowania ruchem kolejowym i zabudowy systemu ECTS na linii kolejowej Kolin - Breclav - granica państwa Austria - Słowacja"] nie wykonał przebudowy wskazanej powyżej blokady liniowej,
- pkt. 8.6.1 lit. e) IDW, zgodnie z którym wykonawca miał wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał budowę lub przebudowę sieci kabli optotelekomunikacyjnych i miedzianych zabudowanych na długości co najmniej 20 km dla każdego rodzaju wyżej wymienionych kabli (wykonane w ramach jednej lub dwóch umów), gdy tymczasem AŻD w ramach inwestycji „Przebudowa linii kolejowej Praha
  Smichov (na zewnątrz) - Rudna -Beroun (na zewnątrz)" nie wykonał ani budowy ani przebudowy sieci kabli,
- pkt. 8.6.1 lit. f) IDW zgodnie z którym wykonawca miał wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał budowę lub przebudowę urządzeń telewizji przemysłowej obejmującej budowę 20 punktów kamerowych i 2 stanowisk nadzoru wyposażonych w rejestratory w ramach jednej lub dwóch umów, gdy tymczasem AŻD w ramach inwestycji pn. „Przebudowa linii kolejowej Praha Smichov (na zewnątrz) - Rudna -
  Beroun (na zewnątrz)" nie wykonał budowy lub przebudowy urządzeń telewizji przemysłowej w zakresie jak wskazano w wymaganiu,
- pkt 8.6.2 IDW, zgodnie z którym wobec członków kadry kierowniczej (Kierownik Budowy, Kierownik robót telekomunikacyjnych, Kierownik robót sterowania ruchem kolejowym, Główny projektant branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, Projektant branży telekomunikacyjnej), będących obywatelami państw członkowskich Unii Europejskiej, nieposiadających decyzji o uznaniu kwalifikacji zawodowych, żądano, aby spełnione zostały wymagania, o których mowa w art. 20a ust. 2-6 ustawy z dnia

15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa dotyczące usług transgranicznych, co oznacza, że osoby te powinny: (-) na moment składania ofert legitymować się wpisem na odpowiednią, prowadzoną przez właściwą okręgową izbę inżynierów budownictwa, listę wskazującą osoby uprawnione do świadczenia usług transgranicznych; oraz (-) wpis ten powinien w sposób jednoznaczny wskazywać inwestycję stanowiącą przedmiot postępowania, gdy tymczasem członkowie kadry AŻD wymogu tego nie spełniają;

2)art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy przez zaniechanie uznania, że w niniejszej sprawie zmaterializowały się przesłanki, o których mowa w tych przepisach, gdy tymczasem AŻD przedstawił nieprawdziwe, wprowadzające w błąd informacje odnośnie doświadczenia oraz uprawnień kadry kierowniczej, które pozwoliły temu wykonawcy spełnić warunki udziału w postępowaniu;

3)art. 7 ust. 1 ustawy przez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości;

4)Ewentualnie Odwołujący zarzucił (w przypadku, gdyby Izba uznała, że nie są zasadne powyższe zarzuty skutkujące wykluczeniem AŻD z postępowania): naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy przez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej (a jeśli w jej wyniku okaże się, że AŻD nie posiada deklarowanego doświadczenia to również uzupełniającej) zmierzającej do ustalenia, jaki był faktycznie udział AŻD w realizacji inwestycji, o których mowa w pozycjach 3, 4 i 5 Wykazu robót (a więc tych, gdzie inwestycje te były realizowane przez konsorcjum), która to procedura obligatoryjnie powinna zostać przeprowadzona w przypadku, gdy z dokumentów przedstawianych przez wykonawcę nie wynika, że posiada on doświadczenie zgodne z warunkami określonymi w IDW.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, unieważnienia czynności wyboru oferty AŻD, przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, wykluczenie AŻD z postępowania, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu; ewentualnie, nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia procedury wyjaśniającej obejmującej określenie zakresu faktycznych prac wykonanych przez tego wykonawcę w odniesieniu do wykazywanych inwestycji, które realizowane były wspólnie z innymi podmiotami.
Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania - wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Gdyby Zamawiający przeprowadził czynności zgodnie z wymogami określonymi w ustawie, oferta
Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty.

Odwołujący podał, że: wśród warunków udziału w postępowaniu (Rozdział 8 IDW) Zamawiający postawił wymogi odnoszące się do doświadczenia wykonawcy (pkt 8.6.1 IDW):
„8.6. Zamawiający ustala następujące szczegółowe warunki udziału w Postępowaniu:

8.6 1. W zakresie warunku określonego w punkcie 8 2.3 IDW Wykonawcy wykażą, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali;

a)Budowa lub Przebudowa obejmująca wykonanie co najmniej 4 komputerowych systemów stacyjnych urządzeń srtc (sterowania mchem kolejowym), na stacjach liczących co najmniej 16 zwrotnic każda, wykonana w ramach jednej umowy,
b)Budowa lub Przebudowa obejmująca wykonanie co najmniej jednego lokalnego centrum sterowania (LCS) dla minimum 3 stacji lub posterunków odgałęźnych, wykonana w ramach jednej umowy,
c)Budowa lub Przebudowa wieloodstępowej (samoczynnej) blokady liniowej w technice komputerowej na dwutorowych szlakach o łącznej długości, co najmniej 20 km, wykonana w ramach jednej umowy lub maksymalnie dwóch umów,
d)Budowa lub Przebudowa co najmniej 5 przejazdów kolejowych w zakresie urządzeń sterowania mchem, wykonanych w technice komputerowej, wykonana w ramach jednej umowy lub więcej umów,

e)Budowa lub Przebudowa sieci kabli optotelekomunikacyjnych i miedzianych zabudowanych na długości co najmniej 20 km dla każdego rodzaju wyżej wymienionych kabli, wykonana w ramach jednej umowy lub maksymalnie dwóch umów,

f)Budowa lub Przebudowa urządzeń telewizji przemysłowej obejmującej minimum 20 punktów kamerowych i 2 stanowiska nadzoru wyposażone w rejestratory, wykonana w ramach jednej umowy lub maksymalnie dwóch umów"

Zamawiający weryfikował również potencjał osobowy wykonawców ubiegających się o zamówienie stanowiące przedmiot postępowania (pkt 8.6.2 IDW): W tym celu należało wykazać się kadrą kierowniczą składającą się z sześciu osób. Wobec pięciu z nich (z wyjątkiem Dyrektora Kontraktu) postawiono wymóg posiadania uprawnień budowlanych bez ograniczeń w określonym zakresie.

„W przypadku osób które są obywatelami państw członkowskich Unii Europejskiej

Konfederacji Szwajcarskiej oraz państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym (w rozumieniu art. 4a ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa (Dz.U.2016 r. poz. 1725 ze zm.), osoby wyznaczone do realizacji zamówienia posiadają uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi, wyszczególnione wyżej jeżeli:

- nabyty kwalifikacje zawodowe do wykonywania działalności w budownictwie, równoznacznej wykonywaniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej odpowiadające posiadaniu uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi, oraz
- posiadają odpowiednią decyzję o uznaniu kwalifikacji zawodowych lub w przypadku braku decyzji o uznaniu kwalifikacji zawodowych zostały spełnione w stosunku do tych osób wymagania, o których mowa w art. 20a ust. 2-6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa, dotyczące świadczenia usług transgranicznych.

Stosownie do art. 12 ust. 7 Ustawy Prawo Budowlane, podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie stanowi m in. wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, potwierdzony zaświadczeniem wydanym przez tę izbę. Zgodnie z art. 12 a ww. ustawy, samodzielne funkcje techniczne w budownictwie mogą również wykonywać osoby, których odpowiednie kwalifikacje zawodowe zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych."

Odwołujący podał, że w wyznaczonym w IDW terminie złożone zostały 3 oferty: AŻD ,

Odwołującego oraz wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców Thales Polska Sp. z o.o. oraz Thales Austria GmbH.

Pismem z dnia 27 sierpnia 2018 r. Zamawiający wezwał AŻD do złożenia dokumentów, w terminie do 7 września 2018 r., zgodnie z procedurą, o której mowa w art. 26 ust. 1 ustawy. AŻD przedłożyło te dokumenty wraz z pismem z dnia 28 sierpnia 2018 roku.

Następnie (pismem z dnia 7 września 2018 r.) AŻD zwrócił się do Zamawiającegoz wnioskiem o przedłużenie terminu do złożenia dokumentów do godz. 12:00 dnia 10 września 2018 roku. Zamawiający prolongował termin do godz. 9:00 dnia 10 września 2018 roku. AŻD przedłożył Zamawiającemu kolejne pismo (datowane na dzień 6 września 2018 r.), do którego załączono opinie biegłych rewidentów za ostatnie 3 lata obrotowe (wśród dokumentów złożonych 28 sierpnia 2018 r. brak jest tych opinii) oraz poprawiony załącznik nr 8 do IDW (Wykaz osób), który miał zastąpić dotychczas złożony dokument. Zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 16 września 2018 r. powyższe uzupełnienie dokumentów dotarło do Zamawiającego o godz. 9:10. Tym samym Zamawiający zobligowany był do poddania ocenie dokumentów złożonych pierwotnie, z pominięciem dokumentów uzupełnionych. Te z kolei potraktowane zostały jako wypełnienie procedury, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy. Pismem z dnia 25 września 2018 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał tę złożona przez AŻD.

W zakresie zarzutu niespełnienia przez AŻD warunków określonych w punkcie 8.6.1 IDW – doświadczenie wykonawcy Odwołujący wskazał, że jego zdaniem AŻD nie spełnia następujących warunków:

a)określonego w pkt. 8.6.1 lit. a) IDW – jak wynika z informacji uzyskanych przez Odwołującego w ramach inwestycji oznaczonych w wykazie robót nr 1 oraz nr 2 AŻD nie wykonał ani budowy ani przebudowy 4 komputerowych systemów stacyjnych urządzeń srk,

b)określonego w pkt. 8.6.1 lit. b) IDW – jak wynika z informacji uzyskanych przez Odwołującego w ramach inwestycji oznaczonych w wykazie robót nr 1 oraz nr 2 AŻD nie wykonał ani budowy ani przebudowy wskazanego powyżej

lokalnego centrum sterowania,

c) określonego w pkt. 8.6.1 lit. c) IDW – jak wynika z informacji uzyskanych przez Odwołującego w ramach inwestycji oznaczonych w wykazie robót nr 1 oraz nr 2 AŻD nie wykonał ani budowy ani przebudowy wskazanej powyżej blokady liniowej na dwutorowych szlakach o wskazanej długości,

d) określonego w pkt. 8.6.1 lit. e) IDW) – jak wynika z informacji uzyskanych przez Odwołującego w ramach inwestycji oznaczonych w wykazie robót nr 3 AŻD nie wykonał budowy ani przebudowy sieci kabli,

e) pkt. 8.6.1 lit. f) IDW – jak wynika z informacji uzyskanych przez Odwołującego w ramach inwestycji oznaczonych w wykazie robót nr 3 AŻD nie wykonał budowy lub przebudowy urządzeń telewizji przemysłowej obejmującej swoim zakresem wymogi Zamawiającego postawione w tym zakresie.

W zakresie zarzutu niespełnienia przez AŻD warunków określonych w punkcie 8.6.2 IDW – wpis na listę usług transgranicznych Odwołujący podał za IDW, że wykonawca ubiegający się o udzielenie Zamówienia spełni warunek posiadania zdolności technicznej i zawodowej (pkt 8.2.3 IDW), jeśli będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zgodnie z konkretnie opisanym wymaganiem co do doświadczenia oraz będzie posiadać uprawnienia budowlane w rozumieniu Ustawy - Prawo budowlane. Odwołujący powołał postanowienia z punktu 8.6.2 IDW *(wcześniej zostały przytoczone)* oraz podał, że zgodnie z art. 20a ust. 4 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (dalej: „Ustawa o samorządzie") *„przed rozpoczęciem świadczenia usługi transgranicznej po raz pierwszy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej obywatel państwa członkowskiego posiadający kwalifikacje zawodowe architektów lub inżynierów budownictwa przedkłada okręgowej radzie izby właściwej ze względu na miejsce zamierzonego świadczenia usługi: 1) oświadczenie o zamiarze jej świadczenia [...]; 2) dokumenty potwierdzające obywatelstwo; 3) zaświadczenie wydane przez właściwy organ państwa członkowskiego, że obywatel państwa członkowskiego posiadający kwalifikacje zawodowe architekta lub inżyniera budownictwa wykonuje faktycznie i zgodnie z prawem zawód lub działalność w tym państwie członkowskim oraz że w momencie składania zaświadczenia nie obowiązuje go zakaz, nawet tymczasowy, wykonywania zawodu lub działalności; 4) dokumenty potwierdzające kwalifikacje zawodowe".* Na podstawie tych dokumentów właściwy organ dokonuje tymczasowego wpisu na listę członków izby, co uprawnia takie osoby do sprawowania funkcji w budownictwie i świadczenia usług transgranicznych.

Odwołujący podał, że ze złożonego przez AŻD Wykazu osób, wynika, że wykonawca ten skierował do realizacji zadania następujące osoby: P.G., R. S., J. M., A. S., J. N.; Odwołujący V.. Odwołujący podał, że z treści oferty oraz przedstawionych na późniejszym etapie dokumentów nie wynika, że powyższe osoby wpisane są na tymczasową listę okręgowej izby inżynierów budownictwa właściwej ze względu na miejsce prowadzenia inwestycji. Również przeprowadzona przez Odwołującego weryfikacja tej okoliczności potwierdza, że fakt ten nie nastąpił.

Dowód załączony do odwołania: Aktualne wydruki ze strony Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa dokumentujące brak wpisu członków kadry AŻD na listę osób uprawnionych do świadczenia usług transgranicznych.

Bez znaczenia z punktu widzenia spełnienia analizowanego wymogu jest to, że niektóre spośród osób, z których korzystać zamierza AŻD widnieją na liście osób dopuszczonych do świadczenia usług transgranicznych w ramach innych inwestycji (niebędących przedmiotem Postępowania). We wniosku o dokonanie tymczasowego wpisu na listę członków właściwej izby należy wskazać rodzaj czynności zawodowych, jakie zamierza wykonywać wnioskodawca, jeżeli ich określenie jest możliwe (art. 20a ust. 4 pkt 1 lit a) Ustawy o samorządach). W pkt. 2.a) Wytycznych dotyczących postępowania w sprawie świadczenia usług transgranicznych zostało wskazane, że wnioskodawca powinien przedłożyć pisemne oświadczenie (tak też art. 20a ust. 4 pkt 1 Ustawo o samorządach) zawierające informacje o:

a) rodzaju czynności zawodowych jakie zamierza wykonywać oraz b) miejsce i przybliżony termin ich rozpoczęcia. Zatem wnioskodawca, który chce być wpisany na listę i tymczasowo świadczyć usługi powinien wskazać na inwestycję oraz jej ramy czasowe, w ramach której będzie sprawował funkcje inżyniera. Powyższe zasady odzwierciedlone są w ramach prowadzonej przez Polską Izbę Inżynierów Budownictwa listy osób wraz z konkretnymi projektami (inwestycjami), które mogą świadczyć usługi transgraniczne. Przypisanie osoby do projektu stanowi bowiem podstawę do stwierdzenia, jakiego rodzaju czynności zawodowe będzie wykonywał wnioskodawca.

Odwołujący wskazał na funkcję i istotę dokumentacji przetargowej przez powołanie treści orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 437/15, KIO 1054/14), a odnosząc się do metod wykładni postanowień SWIZ podobnie

powołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt 1477/17, KIO 174/12, KIO 249/17, KIO 2076/17 oraz podoła podobne KIO 1130/16, KIO 810/16). Wskazując na zasadę gramatycznej wykładni jednoznacznie określonych postanowień SWIZ cytował orzeczenie KIO 1953/14. W ocenie Odwołującego, z ww. orzeczeń wynika, że Zamawiający przy ocenie spełnienia przez wykonawcę warunków określonych w SIWZ powinien kierować się literalną ich wykładnią, zwłaszcza jeśli warunki te są jednoznaczne i nie pozostawiają żadnego pola manewru w zakresie ich dwojakiej interpretacji - Zamawiający jednoznacznie i wyraźnie wymagał, aby wykonawca dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi szczegółowo opisane kwalifikacje i doświadczenie, a także posiadającymi uprawnienia budowlane w rozumieniu Ustawy - Prawo budowlane. Literalna wykładnia postanowień IDW nakazuje więc przyjąć, że procedura ta musiała zostać przeprowadzona wobec wszystkich osób niebędących obywatelami polskimi, które zaliczają się do kadry kierowniczej danego wykonawcy na etapie poprzedzającym złożenie oferty. Zamawiający wyraźnie zwrócił uwagę na art. 12 ust. 7 Pr. budowlanego, zgodnie z którym podstawą do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie stanowi wpis a) wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, b) potwierdzony zaświadczeniem wydanym przez tę izbę. Co do osób skierowanych przez wykonawców do realizacji zadania, posiadających obywatelstwo Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej oraz państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o EOG, Zamawiający wymagał, aby legitymowały się one stosowną decyzją o uznaniu kwalifikacji zawodowych lub zostały wobec nich spełnione (fakt dokonany(l)) wymogi przewidziane w art. 20a ust. 2-6 Ustawy o samorządzie i legitymowały się odpowiednim wpisem tymczasowym na listę członków izby.

Skorzystanie przez Zamawiającego ze zwrotów w formie dokonanej tj.: „dysponowania", „posiadają odpowiednią decyzję", „zostały spełnione" oraz sposób w jaki Zamawiający opisał kompleksowo warunek posiadania uprawnień budowlanych zgodnie z obowiązującymi przepisami przez zagraniczną kadrę, nie pozostawia w ocenie Odwołującego wątpliwości, że na dzień złożenia oferty, osoby te muszą legitymować się uprawnieniami budowlanymi w rozumieniu Pr. budowlanego i mogą wykonywać samodzielne funkcje techniczne w budownictwie (art. 12 ust. 7 Pr. budowlanego), a zatem zakończyły procedurę wpisu na listę zgodnie z art. 20a ust. 2-6 Ustawy o samorządzie. Literalna wykładnia postanowień IDW nakazuje więc przyjąć, że procedura ta musiała zostać przeprowadzona wobec wszystkich osób niebędących obywatelami polskimi, które zaliczają się do kadry kierowniczej danego wykonawcy na etapie poprzedzającym złożenie oferty.
AŻD nie wykazał spełnienia analizowanego warunku. Na żadnym etapie postępowania (złożenie oferty, złożenie wyjaśnień), AŻD nie przedstawił zaświadczeń wydanych przez właściwe izby, że kadra skierowana do realizacji zadania posiada uprawnienia budowlane. AŻD nie wykazał nawet, że: osoby te posiadają odpowiednią decyzję o uznaniu kwalifikacji zawodowych lub toczy się wobec nich postępowanie administracyjne o dokonanie tymczasowego wpisu na listę właściwej izby w celu świadczenia usług transgranicznych.

Odwołujący wskazał, że ewentualne rozważanie na obecnym etapie, czy sformułowany przez Zamawiającego wymóg w zakresie posiadania uprawnień już w momencie składania ofert jest nadmierny jest spóźnione (wykonawcy mogli go zakwestionować wnosząc odwołanie) i pozbawione znaczenia dla sprawy (na marginesie - informacja o konieczności posiadania uprawnień w momencie składania ofert została upubliczniona przez Zamawiającego dnia 6 czerwca 2018 r., termin złożenia ofert przypadał na 10 sierpnia 2018 r., co oznacza, że wszyscy wykonawcy mieli realną możliwość wpisania członków kadry na polską listę inżynierów budownictwa - taka procedura trwa ok. 2 tygodni i jest nieodpłatna, zgodnie z art. 20a ust. 8 zd. 2 Ustawy o samorządzie).
Zamawiający winien uznać, że AŻD nie spełnił warunku uczestnictwa w postępowaniu.
W konsekwencji podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.

Odwołujący wskazał, że w odniesieniu do Wykazu osób nie jest możliwe przeprowadzenie procedury, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy. Jak słusznie zauważył Zamawiający w piśmie z dnia 16 września 2018 r. procedura ta została już wyczerpana w drodze przedłożenia Zamawiającemu przez AŻD pisma zawierającego nowy Wykaz osób(co nastąpiło już po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego). Orzecznictwo Izby jednoznacznie natomiast rozstrzyga, że jest to procedura jednokrotna.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia AŻD w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy.

Odwołujący wskazując na treść odwołania podniósł, że AŻD przedstawiło nieprawdziwe informacje w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący argumentował, że zarówno w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i pkt 17 ustawodawca wskazał na „błąd" jako skutek działania wykonawcy, który należy rozumieć jako rozbieżność między obiektywną rzeczywistością, a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości gospodarza postępowania (K.

Różowicz, Wykluczenie wykonawcy, który wprowadził zamawiającego w błąd, Komentarze praktyczne). Wskazał, że w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy niezbędne jest zaistnienie stanu dokonanego, a w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy ustawodawca nakazuje sankcjonować już przedstawienie informacji wprowadzających w błąd. Przytoczył fragmenty orzeczeń Izby (sygn. akt KIO 2007/17, KIO 2014/17/14, podobnie
KIO 185/18). Istotą „błędu", o którym mowa w analizowanym przepisie, jest więc próba wykreowania u Zamawiającego przekonania, iż dana okoliczność/zdarzenie miały miejsce, podczas gdy w rzeczywistości tak nie było. Oczywiste jest przy tym, że do takiego stanu doprowadzić musi swoim działaniem wykonawca poprzez przedstawienie nieprawdziwej informacji, która stała się (lub mogła się stać) źródłem błędnego przekonania zamawiającego o danej okoliczności/zdarzeniu. Warunkiem zaistnienia stanu błędu po stronie Zamawiającego jest podanie przez wykonawcę informacji nieprawdziwych, nieodpowiadających rzeczywistości. Powołał fragment uzasadnienia orzeczenia (sygn. akt KIO 576/17). Odwołujący wywiódł, że z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd nie będziemy mieli do czynienia wtedy, gdy informacja podawana przez wykonawcę jest prawdziwa (przy czym bez znaczenia jest, czy pozwala ona na uznanie, że wykonawca spełnia warunek czy też nie). Zdaniem Odwołującego z klasyczną konstrukcją błędu spotykamy się w tym postępowaniu, AŻD oświadczył, że zrealizowane i przywołane w Wykazie robót inwestycje, a także członkowie kadry zarządzającej spełniają wymogi określone w IDW. Informacja te okazała się jednoznacznie nieprawdziwa, co musiało skłonić Zamawiającego do obligatoryjnego wykluczenia AŻD z postępowania. Określając stronę podmiotową w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy ustawodawca wskazał na lekkomyślność lub niedbalstwo (będące formami wprowadzenia w błąd wskazującymi na niższy stopień nieprawidłowości działań wykonawcy niż ten określony w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp). Jak wynika z orzecznictwa zarówno Izby, jak i sądów powszechnych obowiązek starannego działania dotyczy zarówno Zamawiających, jak i wykonawców. Jednym z przejawów staranności jest obowiązek przedstawiania zamawiającemu informacji opartych na prawdzie, rzetelnych i znajdujących odzwierciedlenie w faktach. Tylko w takim przypadku możliwe jest bowiem zadośćuczynienie podstawowemu celowi, jaki przyświeca regulacjom ustawy, jakim jest wybór oferty złożonej przez wykonawcę gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych. Wskazał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 185/18, KIO 782/17) oraz Sadu Najwyższego (sygn. ak V CK 311/02). Informacje dotyczące spełnienia warunków mieszczą się w katalogu tych, które ustawodawca określił jako mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący również wskazał, że na uwagę zasługuje, że przedstawiona powyżej wykładnia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pozostaje w zgodzie z interpretacją wynikającą z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (w sprawie C-387/14 Esaprojekt, podobnie TSUEw wyroku z dnia 11 grudnia 2014 r. w sprawie C-440/13 Croce Amica One Italia Srl przeciwko Azienda Regionale Emergenza Urgenza oraz wyrok TSUE z dnia 20 grudnia 2017 w sprawie C 178/16 Impresa di Costruzioni). W opinii poprzedzającej wydanie wyroku w sprawie C-387/14 Rzecznik Generalny TSUE stwierdził, że w zakresie oceny istotności przekłamań, których dopuszcza się wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego kluczowe znaczenie przypisać należy tzw. przesłance skutku. Oznacza to, że tak długo jak przedłożone informacje nie wpływają (lub nie mogą wpłynąć) na wynik postępowania, wykonawca nie powinien zostać wykluczony. Jeśli jednak nieprawdziwe informacje mogą wpłynąć na wynik postępowania (tj. rodzi się, chociażby potencjalny, skutek w postaci uzyskania korzyści z przedłożenia tych informacji) zachodzi konieczność pozbawienia takiego wykonawcy możliwości uzyskania zamówienia publicznego.

W zakresie zarzutu zaniechania przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie doświadczenia wykonawcy (zarzut ewentualny).

Odwołujący, z ostrożności procesowej, w razie gdyby zarzuty dotyczące niespełnienia przez AŻD warunków, o których mowa w pkt. 8.6.1 IDW nie zostały uwzględnione przez Izbę, podniósł, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy w zakresie, w jakim zaniechał przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w celu ustalenia, jaki był rzeczywisty udział AŻD w wykonaniu inwestycji zamieszczonych w wykazie robót budowlanych, które AŻD realizował w ramach konsorcjum, tj. w zakresie:

a) Zarządzenie robotami budowlanymi w zakresie sterowania ruchem kolejowym i zabudowy systemu ETCS na linii kolejowej Kolin - Breclav - granica państwa Austria/Słowacja (inwestycja realizowana była przez wykonawcę Joint Venture „Ceske technologie pro ETCS"),

b) Rekonstrukcja linii kolejowej Praha Smichov (na zewnątrz) - Rudna - Beroun (na zewnątrz) (inwestycja realizowana była przez grupę spółek o nazwie „Spółka ŚRUB", w której skład wchodziły: (i) AŻD; (ii) Strabag Rail a.s. oraz (iii) EZ Praha a.s.),

c) Przebudowa linii kolejowej Ceske Budejovice - Volary (z referencji wynika tylko, że AŻD była liderem wykonania

inwestycji, co sugeruje że roboty te realizowane była w ramach grupy wykonawców).

Z przedstawionych przez AŻD referencji należytego wykonania powyższych inwestycjinie wynika, jaki zakres robót wykonał AŻD, aby mógł twierdzić, że posiada doświadczeniew ich wykonaniu. Odwołujący wskazał, mając na uwadze wyrok TSUE w sprawie C-387/14, że TSUE stanęło przed oceną, czy wykonawca, który bierze samodzielnie udziałw postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, może polegać na doświadczeniu grupy wykonawców (konsorcjum), której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, niezależnie od tego, jaki był jego udział w realizacji tego zamówienia, oraz zacytował fragment tego orzeczenia. Wskazał również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (sygn.
akt KIO 2571/17, KIO 82/18, KIO 568/18, KIO 17/18, 2422/17).

Jakkolwiek art. 26 ust. 4 ustawy odnosi się bezpośrednio do wątpliwości Zamawiającego, to nie oznacza to, że ocena zasadności jej przeprowadzenia wymyka się jakimkolwiek racjonalnym ocenom. Wykazanie, iż zaistnienie wątpliwości ma charakter obiektywny skutkuje nadaniem procedurze, o której mowa w art. 26 ust. 4 ustawy charakteru obligatoryjnego. Z taką sytuacją mamy do czynienia, gdy jednoznacznie można ustalić, że z dokumentacji nie wynika dana okoliczność. Bez znaczenia jest tu nawet wiedza, jaką posiedli np. pracownicy Zamawiającego. Ten bowiem zobowiązany jest do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w taki sposób, który, bez użycia wiedzy posiadanej jedynie przez określone jednostki, pozwoli ocenić prawidłowość czynności podejmowanych przez zamawiającego (sygn. akt KIO 2820/15). Zamawiający był obowiązany do wezwania AŻD do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia dokładnego zakresu robót, jakie wykonawca ten wykonywał w ramach poszczególnych inwestycji. Tym bardziej, że wszystkie referencyjne inwestycje znajdujące się w wykazie robót AŻD realizowane były poza granicami Polski. Brak takiego wezwania stanowił naruszenie art. 26 ust. 4 ustawyi stanowi podstawę do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zobowiązania do dokonania ponownego badania ofert.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 5 października 2018 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziłyna posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie odwołanie oddaliła. IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Jednoznacznie zostało to wskazane w wyroku Sądu

Okręgowego w Warszawie z dnia 8 kwietnia 2008 roku sygn. akt V Ca 571/08: *Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą prowadzone jest na podstawie przepisów rozdziału 3 działu VI pzp. Postępowanie dowodowe uregulowane jest w art. 188 pzp. Nakłada on na strony obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (ust.1). Izba może jednak dopuścić dowód nie wskazany przez stronę (ust. 2). Jest to rozwiązanie analogiczne do stosowanego w postępowaniu cywilnym art. 232 kpc, co świadczy o kontradyktoryjnym charakterze postępowania odwoławczego. Oznacza to, że ustawodawca pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalania tzw. prawdy materialnej. Ustawa jednocześnie daje KIO uprawnienie do dopuszczenia dowodu z urzędu. Uprawnienie to nie jest jednak obowiązkiem. Dlatego nieskorzystanie z tego uprawnienia nie może stanowić przedmiotu skargi.*

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej i przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Podkreślenia wymaga, że to po stronie Odwołującego leży ciężar udowodnienia podnoszonych przez niego okoliczności.

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga
32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza* (…) V.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postepowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.
Izba uwzględniła również stanowisko Zamawiającego zawarte w złożonym piśmie datowanym na 22 października 2018 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie" oraz stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w piśmie z dnia 22 października 2018 roku „Pismo procesowe Przystępującego". Izba uwzględniła również stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego w złożonym w trakcie rozprawy dokumencie (dokument 2).

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i załączone do odwołania. Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone w trakcie rozprawy przez Odwołującego:

- (dowód nr 1) dla inwestycji Remont linii na trasie Praha Smichov (bez stacji) - Rudna u Prahy – Beroun (bez stacji) *Pełny raport techniczny* w języku czeskim wraz z tłumaczeniem strony 24 i 25 oraz strony tytułowej,
- (dowód nr 2) Wydruk korespondencji email z firmą UAB (firma litewska),
- (dowód nr 6) Specyfikacja techniczna dla inwestycji Budowa ERTMS/ETCS L2 w sekcji Breclav st. Hranice – Kolin.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i przedstawione przez uczestnika postępowania odwoławczego:

- (dowód nr 3) Referencja z realizacji inwestycji ETCS-I odcinek korytarzowy Kolin – Breclav- granica państwa Austria / Słowacja w języku angielskim wraz z tłumaczeniem,
- (dowód nr 3) – Zaświadczenia od Wielkopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa (6 sztuk),
- (dowód nr 5) – umowy wraz z ich tłumaczeniem dotyczące inwestycji Zarządzenie robotami budowlanymi w zakresie sterowania ruchem kolejowym i zabudowy systemu ETCS na linii kolejowej Kolin - Breclav - granica państwa Austria/Słowacja, oraz Przebudowa linii kolejowej Ceske Budejovice – Volary.

VI.

<u>Izba zważyła, co następuje:</u>

1) W zakresie wskazanego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zakresie niewykazania spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do posiadanego doświadczenia przez uczestnika postępowania odwoławczego – Izba uznała, że wyspecyfikowane przez Odwołującego naruszenie ww. ustawy nie znajduje uzasadnienia w treści odwołania.

Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania – następuje kontrola poprawności działania bądź bezprawnego zaniechania Zamawiającego pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zakres rozstrzygnięcia, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania oraz kwestionowana w nim czynność i przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum) i nie ogranicza się jedynie do podania podstawy prawnej oraz wskazania stanu faktycznego, a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji będącej uzasadnieniem stanowiska Odwołującego. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. O treści zarzutu decyduje w szczególności przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, oraz przypisana im kwalifikacja prawna, podkreślić należy, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania.

Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej."* Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: *„W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (…) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia."*
Zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia, w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 czytamy:*Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr*
3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.). Podanie błędnej podstawy prawnej nie może wywołać

negatywnych skutków dla powoda. Zwrócono również uwagę w orzecznictwie na to, że wskazanie w pozwie przez profesjonalnego pełnomocnika powoda podstawy prawnej żądania, mimo braku takiego obowiązku, może spowodować ukierunkowanie postępowania, przez pośrednie określenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). Ukierunkowanie to nie może jednak oznaczać formalnego związania sądu podaną podstawą prawną zwłaszcza, gdy okoliczności faktyczne mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2002 r., III CKN 182/01, niepubl.). (…) Niedopuszczalne byłoby zasądzenie przez sąd czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.

Przenosząc powyższe twierdzenia Sądu Najwyższego na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że brak jest argumentacji faktycznej w uzasadnieniu odwołania w odniesieniu do wskazanego braku wykazania przez uczestnika wymaganego w ramach warunku udziału w postępowaniu doświadczenia. Podanie na wstępie odwołania, przy zaznaczeniu podstawy prawnej i warunku z IDW oraz wskazania inwestycji,informacji na temat tego czego nie wykonał w ramach inwestycji uczestnik – co czyni podając fragmentarycznie brzmienie warunku – nie zostało w żaden sposób uzasadnione w dalszej części odwołania. W ramach uzasadnienia odwołania w tym zakresie Odwołujący poprzestaje na wskazaniu, w każdym z przypadków, że wynika to z informacji uzyskanych przez Odwołującego. Odwołujący nie wskazał żadnych sprecyzowanych faktów, nie odniósł do żadnych konkretnych informacji. Stanowisko Odwołującego nie pozwala również na polemikę z jego twierdzeniami np.: w ramach uwzględnienia zarzutów odwołania, bowiem nie sposób wysnuć z tego stanowiska, aby Zamawiający mógł powziąć wiedzę, dlaczego w ocenie Odwołującego uczestnik nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby nie stanowi uzasadnienia niezbędnego dla prawidłowej konstrukcji zarzutu ograniczenie się przez Odwołującego do podania, że wynika to z informacji przez niego uzyskanych. Brak jest wskazania jakie to informacje pozyskał Odwołujący i dlaczego w oparciu o te właśnie informacje twierdzi, że nie zostały wykazane warunki udziału w postepowaniu. Przytoczenie fragmentu treści warunku po jego wcześniejszym zacytowaniu również nie jest uzasadnieniem, które pozwoliłoby na uznanie przedstawienia zarzutu. W zasadzie odwołanie w zakresie wskazanego na wstępie naruszenia przepisu ustawy oparte jest na tym, że uczestnik nie wykazał spełnienia warunku doświadczenia, bo nie wykonał określonych warunkiem wymagań o czym informacje uzyskał Odwołujący. Taka konstrukcja twierdzeń Odwołującego nie może być uznana za zarzut, bowiem gdyby takie stanowisko uznać za zarzut odwołania, to budowa zarzutu odwołania sprowadzałaby się jedynie do stwierdzenia, że Odwołujący nie zgadza się z dokonaną oceną Zamawiającego, co opiera na uzyskanej wiedzy. To natomiast wypaczałoby ugruntowaną orzecznictwem konstrukcję zarzutu opartą na przedstawieniu w szczególności uzasadnienia faktycznego kwestionowanych czynności czy zaniechań Zamawiającego, co do których możliwe jest odniesienie się stron postępowania.

Izba zaznacza, że sam Odwołujący w trakcie rozprawy podał, że „uszczegóławia" swoje stanowisko w zakresie niewykazania spełnienia warunku udziału w postepowaniu określonego w pkt 8.6.1. lit c i f IDW. Uszczegółowienie to w ocenie Izby stanowiło uzupełnienie, a w zasadzie podniesienie zarzutu, który w odwołaniu się nie znajdował. Przedstawienie tej argumentacji dopiero na rozprawie jest spóźnione i nie może stanowić uzasadnienia faktycznego zarzutu podlegającego ocenie. Uwzględnienie przy rozpatrywaniu odwołania zarzutów podniesionych po upływie terminu na ich przedstawienie (na wniesienie odwołania) jest niedopuszczalne i stanowiłoby naruszenie zasad Prawa zamówień publicznych w stosunku do pozostałych podmiotów w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dopiero w trakcie rozprawy Odwołujący zidentyfikował, że w ramach niewykazania warunku z pkt 8.6.1. lit f IDW chodziło o to, że *nie wykonano 2 stanowisk nadzoru wyposażonych w rejestratory w ramach jednej lub dwóch umów,* natomiast w ramach warunku z pkt 8.6.1. lit c IDW, że uczestnik *nie wykonał wielodostępowej blokady liniowej w ramach „projektu litewskiego".* Tym samym „uszczegółowienie" jakiego dokonał Odwołujący stanowi faktyczne uzasadnienie, które na etapie składania odwołania winno być podniesione. Sam Odwołujący potwierdził w trakcie rozprawy stanowisko o braku podniesienia argumentacji faktycznej w przedstawionym uzasadnieniu odwołania jak również o blankietowości wskazywanych naruszeń, bowiem podał, że *w zakresie punktu 8.6.1. a, b, e IDW podniesionych w odwołaniu Odwołujący wyjaśnia, że nie zebrał dostatecznych dowodów na poparcie tych zarzutów jednakże nie wycofuje.* W ocenie Izby Odwołujący nie tylko nie przedstawił żadnych dowodów ale również nie przedstawił w ramach uzasadnienia żadnych

twierdzeń, które uzasadniałby podnoszone naruszenia przepisów ustawy. Taka konstrukcja twierdzeń Odwołującego prezentowana w trakcie rozprawy potwierdza w ocenie Izby, że Odwołujący poszukiwał uzasadnienia dla podniesionego naruszenia przepisu wskazanego w odwołaniu już po terminie składania odwołania. W odwołaniu Odwołujący wyliczył szeroko kwestionowane inwestycje, jednakże faktycznego uzasadnienia odnośnie tego co też kwestionuje w ramach danej inwestycji wskazanej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postepowaniu przez uczestnika postępowania odwoławczego nie zawarł w uzasadnieniu. Podkreślenia wymaga, że stanowisko prezentowane przez Odwołującego czyli to, że dla części kwestionowanego doświadczenia nie zebrał dowodów na poparcie tych twierdzeń, a dla części uzupełnił w trakcie rozprawy argumentację i przedstawił dowody potwierdza, że uzasadnieniu odwołania brak jest faktycznej, jednoznacznej i dokładnej argumentacji uzasadniającej twierdzenia Odwołującego. Zaznaczając, że odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego, a powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań; wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów, w rozpoznawanej sprawie odwołanie w zakresie wskazanych naruszeń przepisów nie zawierało wszystkich koniecznych elementów, co zostało wykazane powyżej.

Izba podkreśla, mając na uwadze podejmowane w trakcie postępowania odwoławczego czynnościami przez Strony postępowania odwoławczego, że odwołanie zawierające precyzyjne i jednoznaczne zarzuty pozwala na przygotowanie się Stron postępowania do rozprawy jak również może być podstawą do uwzględnienia odwodnia w całości przez Zamawiającego, a co wiąże się z konkretnymi czynnościami procesowymi (art. 186 ust. 2 ustawy), bądź uwzględnienia poszczególnych zarzutów wniesionego odwołania, co również może oddziaływać na sytuację procesową. Lakoniczne, ogólne wskazanie w uzasadnieniu okoliczności faktycznych bez podania argumentacji uzasadniającej twierdzenia Odwołującego oraz zawierającej informację na temat podnoszonych niezgodności, nie stanowi skonkretyzowania uchybień, z których Odwołujący chce wysnuwać dla siebie korzystne wnioski.

Przedstawiona na rozprawie przez Odwołującego argumentacja stanowi nową, niezawartą w odwołaniu argumentację, uzasadnienie faktyczne podniesionych we wstępnej części odwołania naruszenia przepisów. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w trakcie rozprawy w zakresie niewykazania warunku z pkt 8.6.1. lit c oraz f IDW stanowi w ocenie Izby nowy, nie wskazany w odwołaniu zarzut. Zaznaczyć należy, że to właśnie argumentacja merytoryczna, czyli odnosząca się do istoty sprawy stanowi uzasadnienie faktyczne podnoszonych naruszeń w zakresie poszczególnych przepisów, w sumie tworząc zarzuty. W zakresie niewykazania warunku z pkt 8.6.1. lit a, b oraz e IDW
Odwołujący w ogóle nie przedstawił argumentacji faktycznej uzasadniającej naruszenie podniesionego na wstępie odwołania przepisu prawa. Przedstawienie na rozprawie danej argumentacji merytorycznej nie może być poczytywane za uszczegółowienie – które w tym wypadku stanowi uzupełnienie – postawionych zarzutów, bowiem nie prowadzi ono do dowodzenia czegoś co już zostało wykazane, lecz do wykazania faktów, które na moment złożenia odwołania nie były podane Zamawiającemu i zainteresowanym wykonawcom. Uznanie argumentacji przedstawionej przez Odwołującego w trakcie rozprawy w zakresie niewykazania warunku z pkt 8.6.1. lit c oraz f IDW prowadziłoby do przywrócenia
Odwołującemu terminu na przedstawienie zarzutów, co jest niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów, bowiem termin na wniesienie odwołania jest nieprzywracany. Odwołujący miał możliwość przedstawienia argumentacji merytorycznej w uzasadnieniu odwołania i to był obowiązany poczynić. Niewystarczające jest natomiast przytoczenie treści samego warunku udziału w postepowaniu ukształtowanego przez Zamawiającego, które w efekcie nie zostało poparte w całości na rozprawie w prezentowanej argumentacji faktycznej, co kolejny raz pokazuje, że Odwołujący nie wiedział co też ma skarżyć i w jakim zakresie w odwołaniu, dlatego wskazano naruszenia dość szeroko co pozwoliło Odwołującego w trakcie rozprawy przedstawić zebraną do czasu rozprawy argumentację faktyczną. Poszukiwanie przez Odwołującego uzasadnienia faktycznego dla blankietowo podniesionych naruszeń, na późniejszym etapie, po wniesieniu odwołania nie stanowi uzasadnienia dla przedstawienia argumentacji faktycznej dopiero na rozprawie. W tym postępowaniu Odwołujący przyznał sam, że poszukiwał uzasadnienia dla swojego stanowiska na etapie po wniesieniu odwołania, natomiast nie stanowi usprawiedliwienia w takim działaniu Odwołującego również termin na wniesienie odwołania, bowiem ustawodawca określił terminy dla wnoszenia odwołań i terminy te znane są wykonawcom. Izba wskazuje również na trafność i zasadność argumentacji przedstawionej przez
Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego w złożonych pismach procesowych oraz w prezentowanych na rozprawie stanowiskach.

Izba postanowiła oddalić wnioski dowodowe Odwołującego oraz nie przeprowadzać dowodu z dokumentów: (dowód nr 1) dla inwestycji Remont linii na trasie Praha Smichov (bez stacji) - Rudna u Prahy – Beroun (bez stacji) Pełny raport

techniczny w języku czeskim wraz z tłumaczeniem strony 24 i 25 oraz strony tytułowej; (dowód nr 2) Wydruk korespondencji email z firmą UAB (firma litewska); (dowód nr 6) Specyfikacja techniczna dla inwestycji Budowa ERTMS/ETCS L2 w sekcji Breclav st. Hranice – Kolin – bowiem wnioski dowodowe oraz dowody przedstawione były na okoliczność dowiedzenia przedstawianej na rozprawie argumentacji, która nie znajduje uzasadnienia faktycznego w uzasadnieniu odwołania.

2) W zakresie wskazanego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy w zakresie zaniechania uznania, że w niniejszej sprawie zmaterializowały się przesłanki, o których mowa w tych przepisach, gdy tymczasem AŻD przedstawił nieprawdziwe, wprowadzające w błąd informacje odnośnie doświadczenia oraz uprawnień kadry kierowniczej, które pozwoliły temu wykonawcy spełnić warunki udziału w postępowaniu – Izba uznała, że wyspecyfikowane przez Odwołującego naruszenie ww. ustawy nie znajduje uzasadnienia w treści odwołania.

Na wstępie Izba wskazuje, że cała argumentacja prawna jaka została przedstawiona powyżej (pkt 1) uzasadnienia wyroku) pozostaje aktualna w tym miejscu.

Podnoszone przez Odwołującego w odwołaniu niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy odróżnić od podania przez Zamawiającego informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd czy to w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa czy też lekkomyślności lub niedbalstwa. Inne przesłanki i inne ich uzasadnienie wymagane jest do tego, aby wykazać wskazane przez Odwołującego podstawy wykluczenia wykonawcy w oparciu o któryś przepis ustawy.

Odwołujący podał na wstępie odwołania, że Zamawiający naruszył artykuł art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy w zakresie zaniechanie uznania, że w niniejszej sprawie zmaterializowały się przesłanki, o których mowa w tych przepisach, gdy tymczasem AŻD przedstawił nieprawdziwe, wprowadzające w błąd informacje odnośnie doświadczenia oraz uprawnień kadry kierowniczej, które pozwoliły temu wykonawcy spełnić warunki udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze tak zakreślone stanowisko Odwołującego w petitum odwołania, w uzasadnieniu odwołania winien był Odwołujący wykazać:

po pierwsze – zaistnienie następujących przesłanek normy art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy, a mianowicie, że doszło do (1) przedstawienia informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością (2) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, (3) błąd ten polegał na przyjęciu przez Zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Również w zakresie regulacji z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Odwołujący winien był wykazać dla skutecznego zastosowania tego przepisu, że wypełnione zostały kumulatywnie następujące przesłanki, a mianowicie doszło do: (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością, (2) informacja ma mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, (3) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Izba podkreśla, że wskazane przesłanki muszą być stosowane łącznie, a niewykazanie zaistnienia jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że Zamawiający nie stosując art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy nie naruszył tej ustawy. (podobnie: wyrok KIO 348/17, wyrok KIO 2736/17, wyrok KIO 836/17, wyrok KIO 1058/17, wyrok KIO 1257/17, wyrok KIO 2010/18). Odwołujący w uzasadnieniu odwołania nie przedstawił argumentacji faktycznej, która stanowiłaby wykazanie i uzasadnienie zaistnienia każdej z ww. przesłanek, których wykazanie kumulatywnie niezbędne jest do wykazania zaistnienia podstawy wykluczenia w oparciu o podnoszone przez Odwołującego podstawy prawne,

po drugie – argumentacja fatyczna uzasadniająca kumulatywne zaistnienie ww. przesłanek powinna być poczyniona w ramach wskazanego doświadczenia jak również podnoszonych przez Odwołującego uprawnień kadry kierowniczej. Tym samym każda z informacji jakie podał uczestnik postępowania odwoławczego w złożonej ofercie oraz dokumentach przedstawionych w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego powinna być wykazana przez pryzmat przesłanek za art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy.

Odwołujący kwestionował doświadczenie uczestnika postępowania odwoławczego, powinien zatem wykazać zaistnienie każdej z przesłanek z podanych artykułów w odniesieniu do każdej wykazanej na potwierdzenie posiadanego doświadczenia zrealizowanej inwestycji.

Powinien zatem wykazać, w odniesieniu do każdej z inwestycji, że przedstawione przez wykonawcę informacje są niezgodne z rzeczywistością – czyli że obiektywnie złożone oświadczenie jest niezgodne ze stanem faktycznym. Brak jest takiego uzasadnienia w odwołaniu, nie wykazał Odwołujący co jest niezgodne z rzeczywistością w złożonych dokumentach i oświadczeniach, a samo twierdzenie, że taka niezgodność istnieje jest niewystarczające. Nie wykazał w uzasadnieniu odwołania również Odwołujący jakie elementy oświadczeń czy też przedstawionych dokumentów

wprowadziły Zamawiającego w błąd. Izba wskazuje, że informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego, w tym zakresie, stanowią oświadczenia wiedzy składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz IDW warunki udziału w postępowaniu, dlatego też muszą być rozpatrywane w pryzmacie staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru powadzonej działalności przez wykonawców. Tym samym Odwołujący podnosząc naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy winien był wskazać te informacje. Do czynności Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 14 ustawy, mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego – czynność wykonawcy polegająca na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego należy oceniać w pryzmacie cywilistycznym, a więc dokonując oceny dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (por. wyrok Sadu Najwyższego z dnia 23 października 2003 roku sygn. akt V CK 311/02). Odwołujący powinien był wskazać, które to działanie wykonawcy – czyli dokładnie które to informacje podane w ramach wykazanego warunku udziału w postępowaniu prowadziły do faktycznego wywołania u Zamawiającego mylnego wyobrażenia o okolicznościach odnoszących się do podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełnienia warunków udziału w postępowaniu (pkt 16) bądź które mogły mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego (pkt 17). Zaznaczyć należy, że Odwołujący powołując na wstępie odwołania dwie podstawy prawne nie odniósł się do wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek w ramach każdej z nich, a jego argumentacja zawarta w uzasadnieniu odwołania jest ogólnikowa. Uzasadnienie faktyczne przesłanek musi być podane, bowiem to ono pozwala na wykazanie Odwołującemu, że takie informacje – szczegółowo wskazane przez Odwołującego – które podał dany wykonawca wprowadziły Zamawiającego w błąd. Brak wskazania takich informacji nie pozwala na identyfikację oświadczeń jakie, w ocenie Odwołującego, wprowadziły Zamawiającego w błąd. Izba nie może domyślać się twierdzeń Odwołującego, nie może poszukiwać argumentacji lub też wyinterpretowywać jej ze stanowiska Odwołującego prezentowanego dopiero w trakcie rozprawy. Podkreślić należy, że w orzecznictwie wskazuje się, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Istota kontradyktoryjności zawiera się natomiast w ograniczeniu roli organu prowadzącego postępowanie, a pozostawieniu inicjatywy w zakresie podejmowanych czynności stronom - uczestnikom postępowania, które zaangażowane są w spór. To Odwołujący wyznacza zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym (na gruncie postępowania cywilnego - pozew, lub wniosek w postępowaniu nieprocesowym, a w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą - odwołanie). Ten wniosek rozpoczynający spór między stronami wyznacza zakres rozstrzygnięcia postępowania, zakreśla jego ramy, wskazując zarazem intencje Odwołującego. Poznanie pełnej, właściwej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych zawartych w odwołaniu złożonym w terminie zakreślonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów. Natomiast brak uzasadnienia i wskazania wszystkich wymaganych elementów uniemożliwia rozpoznanie odwołania w podnoszonym zakresie wskazanych naruszeń podstaw prawnych. Odwołujący nie wykazał również przesłanek wskazujących na to, że przedstawienie informacji przez uczestnika postępowania odwoławczego było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (pkt 16) bądź też było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa (pkt 17) – tym samym nie przedstawił argumentacji w zakresie kolejnej z wymaganych do wykazania przesłanki w ramach każdego z podnoszonych naruszeń przepisu prawa. Niewykazanie w uzasadnieniu odwołania zaistnienia poszczególnych przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy, brak argumentacji w tym zakresie powoduje, że w zasadzie Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia faktycznego dla wskazanego naruszenia przepisu prawa przez Zamawiającego, co jednocześnie również potwierdza niewykazanie przesłanek do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Powyższa argumentacja również odnosi się do podniesionego na wstępie odwołania naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy w odniesieniu do przedstawienia nieprawdziwych informacji wprowadzające w błąd odnoszących się do uprawnień kadry kierowniczej. Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia faktycznego wskazującego na kumulatywne spełnienie przesłanek z ww. przepisów prawa, które mogłyby stanowić podstawę do wykluczenia uczestnika postępowania odwoławczego z postępowania.

Przedstawiona przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania argumentacja prawna oraz orzecznictwo nie stanowi uzasadnienia dla wykazania zaistnienia kumulatywnie poszczególnych przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy. Samo odniesienie się do twierdzeń zawartych w poszczególnych przytaczanych orzeczeniach nie daje podstawy oceny zaistnienia przesłanek niezbędnych do wykazania, aby możliwe było wykluczenie wykonawcy z postępowania w tym konkretnym przypadku rozpoznawanej sprawy. Nie stanowi takie uzasadnienia również odwołanie się do informacji podanych w innych częściach odwołania, bowiem nie traktuje ono o wykazaniu poszczególnych przesłanek z ww.

przepisów prawa, a informacje zawarte w innym miejscu uzasadnienia odwołania odnoszą się do innych przepisów prawa, opartych na innych przesłankach i nie traktują o przesłankach z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy.

3) W zakresie wskazanego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zakresie niewykazania spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej wykazania się dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia przez uczestnika postępowania odwoławczego – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuje, że w zakres warunku zdolności technicznej i zawodowej (pkt 8.2.3. IDW) Zamawiający wskazał szczegółowo jakim potencjałem kadrowym – osobami zdolnymi do wykonania zamówienia ma wykazać się wykonawca (pkt 8.6.2 IDW) oraz wskazał,że na potwierdzenie spełnienia warunku wykonawca ma złożyć wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacji o podstawie dysponowania tymi osobami (pkt 9.7.5. IDW) – wzór wykazu osób stanowił załącznik nr 9 do IDW.

Izba wskazuje, że zgodnie z informacją zawartą na stronie 10 IDW Zamawiający określiljakie uprawnienia i jakimi dokumentami mają posługiwać się osoby zdolne do wykonania zamówienia. Jednakże, co należy podkreślić, a czego wydaje się nie zauważać Odwołujący nie istnieje wymóg składnia tych dokumentów w postępowaniu. Dlatego argumentacja odnosząca się do braku przedstawienia jakichkolwiek dokumentów - poza oświadczeniem w wykazie osób sporządzonym na postawie wzoru załączonego do IDW - nie znajduje uzasadnienia w świetle obowiązujących regulacji i nie może być uznana za prawidłową. Z żadnego przepisu ustawy nie wynika, że do oferty/złożonych na wezwanie dokumentów miały zostać załączone *dokumenty zgodnie z art. 20a ust 3 i 4 ustawy o samorządach zawodowych architektów i inżynierów budownictwa* jak twierdził w trakcie rozprawy
Odwołujący.

Izba zaznacza, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, w przypadku osób, któresą obywatelami państw członkowskich Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej oraz państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) oraz *zostały wyznaczone* do realizacji zamówienia to posiadają wymagane przez Zamawiającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi, jeżeli nabyty kwalifikacje zawodowe do wykonywania działalności w budownictwie, równoznacznej wykonywaniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej odpowiadające posiadaniu uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi i nie posiadają odpowiednej decyzji o uznaniu kwalifikacji zawodowych to Zamawiający wskazał, aby *spełnione w stosunku do tych osób wymagania, o których mowa w art. 20a ust. 2-6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa, dotyczące świadczenia usług transgranicznych.* W przypadku świadczenia usług transgranicznych można je świadczyć bez konieczności przeprowadzenia postępowania o uznanie kwalifikacji zawodowych. W Załączniku do uchwały z dnia10 grudnia 2010 roku nr 23/R/14 Krajowej Rady Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa stanowiących "Wytyczne dotyczące postępowania w sprawie świadczenia usług transgranicznych" (dalej: Wytyczne), czytamy, że *Usługa świadczona w ramach*
transgranicznego świadczenia usług, z założenia jednorazowa, musi być ograniczona pod względem zakresu rzeczowego i czasu. Swoboda świadczenia usług opiera się na tymczasowości. Oznacza to, że usługodawca świadczy usługę w innym kraju UE przez określony czas, a więc działalność ta nie ma charakteru ciągłego, ani stałego.
Usługodawca posiadający przedsiębiorstwo założone w jednym państwie członkowskim, może tymczasowo świadczyć usługę w innym kraju UE.

Słusznie w ocenie Izby wskazał Zamawiający, że tymczasowy wpis na listę członków izby potwierdza jedynie, że dana osoba może świadczyć usługi zgodnie z posiadanymi uprawnieniami. Tym samym należy odróżnić posiadanie właściwych kwalifikacji zawodowych od prawa do wykonywania zawodu w Polsce. Zamawiający w stosunku do osób, które posiadają właściwe kwalifikacje zawodowe, które należało podać w wykazie osób stanowiącym oświadczenie wykonawcy, zastrzegł również, że w określonych przypadkach muszą być spełnione wymagania, o których mowa w ww. przepisach. Wskazać należy na art. 20 a ust. 1 ustawy o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1725, 1669), zgodnie z którym obywatel państwa członkowskiego posiadający kwalifikacje zawodowe architekta lub inżyniera budownictwa, który prowadzi zgodnie z prawem działalność w zakresie tego zawodu w innym niż Rzeczpospolita Polska państwie członkowskim, ma prawo do świadczenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej usługi transgranicznej w rozumieniu art. 5 pkt 10 ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii
Europejskiej (Dz. U. z 2016 r. poz. 65) w zawodzie odpowiednio architekta lub inżyniera budownictwa.

W przypadku tych osób o posiadaniu uprawnień budowlanych nie stanowi wpis tymczasowy na listę członków samorządu zawodowego lecz to, że osoby te posiadają odpowiednie uprawnienia w kraju pochodzenia i wykonywania w nim zawodu inżyniera budownictwa. Takie też informacje wymagane były do przedstawienia w wykazie osób jaki przygotował
Zamawiający.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego dotyczące konieczności przedstawienia tymczasowego wpisu na listę członków izby ze wskazaniem inwestycji, której dotyczy przedmiotowego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego nie jest zasadne i nie znajduje umocowania w IDW. Słusznie podnieśli przeciwnicy procesowi Odwołującego, że takie działanie naruszałoby zasady prowadzenia postępowania i nakładało na wykonawcę inne i dodatkowe wymagania, które nie wynikają z postanowień IDW. Wbrew twierdzeniom
Odwołującego nie wynika z IDW, że tymczasowy wpis na listę członków izby właściwej miejscowo dla miejsca świadczenia usługi ma być dokonany na dzień składania ofert. Faktem jest, że Zamawiający określił wymagania jakie mają zostać spełnione w stosunku do tych osób, jednakże Odwołujący nie wykazał, że osoby wskazane przez uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymagań tych nie spełniają. Odwołujący nie wykazał, że wskazane w wykazie osób osoby nie posiadają uprawnień budowlanych, które uniemożliwiałby uzyskanie tymczasowego wpisu na listę członków samorządu zawodowego.

Izba podkreśla, odwołując się do tych samych Wytycznych, na które wskazywał Odwołujący, jak również do treści art. 20 a ust. 4 ustawy o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa, że architekt lub inżynier budownictwa zobowiązany jest do złożenia pisemnego oświadczania właściwej ze względu na miejsce zamierzonego wykonywania czynności okręgowej radzie izby *przed rozpoczęciem świadczenia usług transgranicznych po raz pierwszy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.* W dalszej części tej regulacji mowa jest o tym jakie informacje ma zawierać oświadczenie, w tym między innymi o rodzaju czynności zawodowych, jakie zamierza wykonywać oraz wskazane, które Odwołujący skrupulatnie pomija, a mianowicie: *jeżeli ich określenie jest możliwe* (ust. 4 pkt 1 lit. a ww. ustawy) oraz dokumenty jakie winien złożyć wraz z oświadczeniem (ust. 4 pkt 2 – 4 ww. ustawy). Obywatel państwa członkowskiego posiadający kwalifikacje zawodowe architekta lub inżyniera budownictwa przedkłada oświadczenie, o którym mowa w ust. 4 pkt 1, ponownie w każdym roku, w którym zamierza świadczyć usługę transgraniczną (art. 20 a ust. 6 ustawy). Zaznaczyć warto również, co wskazano w Wytycznych, że *po ustaleniu, że usługodawca planujący świadczyć usługi transgraniczne w Polsce spełnił wszystkie warunki określone przez przepisy prawa, właściwa okręgowa rada izby dokonuje tymczasowego, nieodpłatnego wpisu na listę członków izby.* Izba zaznacza w tym miejscu, że regulacje ustawy dotyczące wpisu zamieszczone zostały w art. 20 a ust. 8 ustawy o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa.

Reasumując, w ocenie Izby Odwołujący dokonał nadinterpretacji postanowień IDW, bowiem Zamawiający wymagał, aby w stosunku do osób podanych w wykazie osób spełnione były wymagania z ustawy o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa nie wymagał jednakże na etapie składania ofert tymczasowego wpisu na listę członków samorządu zawodowego, gdyby takiego wymagał na moment składania ofert, to podałby to jednoznacznie w treści IDW. W ocenie Izby fakt wpisu na listę nie stanowi w przypadku świadczenia usług transgranicznych elementu obligatoryjnego do stwierdzenia czy dana osoba posiada wymagane przez Zamawiającego uprawnienia. Obowiązek złożenia stosownego oświadczenia przed rozpoczęciem świadczenia usługi transgranicznej po raz pierwszy na terytorium RP wyraźnie wskazuje na konieczność rozdzielenia posiadania stosownych uprawnień od samej możności świadczenia usługi w oparciu o posiadane uprawnienia w danym kraju (tak wyrok sygn. akt KIO 2396/13). Ustawodawca, wskazując na konieczność złożenia przez obywatela państwa członkowskiego oświadczenia o zamiarze świadczenia usługi transgranicznej, określił moment złożenia takiego oświadczenia, tj. „przed rozpoczęcia świadczenia usług transgranicznych po raz pierwszy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej". Tym samym nie sposób również uznać, że już w dniu, w którym upływał termin składania ofert osoby wskazane w wykazie osób winny były uzyskać tymczasowy wpis na listę członków izby właściwej miejscowo dla miejsca świadczenia usług, a fakt wpisu na listę nie stanowi w przypadku świadczenia usług transgranicznych elementu obligatoryjnego do stwierdzenia czy dana osoba posiada wymagane przez Zamawiającego uprawnienia. Przedstawione w trakcie rozprawy przez uczestnika postępowania odwoławczego „Zaświadczenia" (dowód nr 4) potwierdzają weryfikację uprawnień budowlanych poszczególnych osób wskazanych w Zaświadczeniach, a dotycząc inwestycji, która jest w realizacji oraz wskazują na to, że osoby te zostały tymczasowo wpisane do rejestru osób świadczących usługi transgraniczne na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w

Wielkopolskiej Okręgowej Izbie Inżynierów Budownictwa pod określonymi numerami . Słusznie również podnoszone było w stanowiskach Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego, że odróżnić należy warunek dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym o określonych uprawnieniach od ewentualnej konieczności dopełnienia formalności celem uzyskania prawa do wykonywania na terytorium
RP tymczasowo i okazjonalnie usługi w zakresie wykonywanego zawodu (tak sygn. akt KIO
2705/12). Zamawiający zaznaczył w IDW, że maja być spełnione wymagania z art. art. 20 a ust. 2-6 ustawy o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa, a Odwołujący nie wykazał, że w odniesieniu do wskazanych osób w wykazie osób, któreś z wymagań nie zostały spełnione. Tak jak zostało już to wcześniej podane, osoby które podjęły się realizacji usługi na terenie kraju po raz pierwszy takie oświadczenie już złożyły, co potwierdzają przedstawione „Zaświadczenia". Powyższą argumentację o niezasadności twierdzeń Odwołującego domyka również fakt, że Zamawiający w IDW nie wskazał na treść art. 20 a ust. 8 ustawy o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa, zgodnie z którym: właściwa okręgowa rada izby dokonuje tymczasowego wpisu na listę członków izby osób, o których mowa w ust. 1. Wpis jest dokonywany nieodpłatnie po złożeniu oświadczenia, o którym mowa w ust. 4 pkt 1, i nie może powodować utrudnień lub opóźnień w świadczeniu usługi transgranicznej. Tym samym Zamawiający w określonych wymaganiach, do których referował Odwołujący, nie odnosił się do dokonania tymczasowego wpisu na listę członków izby świadczących usługi transgraniczne. Dlatego też cała argumentacja Odwołującego, a oparta na błędnie przyjętym stanowisku, że Zmawiający wymaga tymczasowego wpisu na listę członków izby świadczących usługi transgraniczne nie może być uznana przez Izbę za zasadną.
W ocenie Izby bez znaczenia dla rozpoznania tak ukształtowanego zarzutu odwołania są dowody załączone do odwołania, bowiem tymczasowy wpis na listę członków izby świadczących usługi transgraniczne nie był wymagany przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Izba wskazuje w tym miejscu, mając na uwadze argumentację Odwołującego z odwołania, a dotyczącą funkcji i istoty dokumentacji przetargowej, że to właśnie Odwołujący dokonał w swoim stanowisku wykładni rozszerzającej postanowień IDW, które nie mogą zostać uznane za prawidłowe. Tym samym Izba nie stwierdziła naruszania przepisu ustawy art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.

4) W zakresie wskazanego naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy przez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej (a jeśli w jej wyniku okaże się, że AŻD nie posiada deklarowanego doświadczenia to również uzupełniającej) zmierzającej do ustalenia, jaki był faktycznie udział AŻD w realizacji inwestycji, o których mowa w pozycjach 3, 4 i 5 Wykazu robót (a więc tych, gdzie inwestycje te były realizowane przez konsorcjum), która to procedura obligatoryjnie powinna zostać przeprowadzona w przypadku, gdy z dokumentów przedstawianych przez wykonawcę nie wynika, że posiada on doświadczenie zgodne z warunkami określonymi w IDW – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Izba zaznacza, że wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie wymienionego wyżej przepisu ustawy Zamawiający stosuje w przypadkach, gdy poweźmie wątpliwości w zakresie oceny przedstawionych przez wykonawcę dokumentów. Tym samym skoro Odwołujący podnosi, że Zamawiający powinien był wezwać do złożenia wyjaśnień to zobowiązany był do wykazania faktów, które powodowałby, że Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do dokonanej oceny przedstawionych dokumentów. Odwołujący sam w treści uzasadnienia podniósł, że wykazanie, zaistnienie wątpliwości ma charakter obiektywny i skutkuje nadaniem procedurze wyjaśnień charakteru obligatoryjnego. Niemniej w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał w złożonym odwołaniu choćby subiektywnie zaistniałych wątpliwości po stronie Odwołującego, których winien dopatrzyć się Zamawiający. Odwołujący w zasadzie nie wskazał, dlaczego Zamawiający miałby powziąć wątpliwość co do zakresu robót jakie wykonawca AŻD wykonał w ramach poszczególnych robót realizowanych wspólnie z innymi podmiotami. Argumentacja Odwołującego, poza przytoczeniem orzecznictwa, nie odnosi się do tego dlaczego, w oparciu o jakie informacje przedstawione doświadczenie nie legitymuje AŻD do skutecznego wykazywania się nim, co uzasadniałoby konieczność wezwania do wyjaśnień przedstawionych informacji. Odwołujący nie podał przyczyn, argumentów, które wskazywałby na to, że wykonawca doświadczeniem tym się nie może posłuży, aby potwierdzić warunek. Zaznaczył Odwołujący jedynie, że z przedstawionych referencji nie wynika zakres wykonanych robót przez AŻD. W tym miejscu podać należy, że nie ma regulacji prawnych, które określałby zakres przedstawionych Zamawiającemu „referencji", tym samym poszukiwanie dowodów i argumentacji uzasadniającej konieczność wezwania do złożenia wyjaśnień spoczywa na Odwołującym. Odwołujący swojego obowiązku nie może przerzucać na Zamawiającego czy też Izbę. To po stronie

Odwołującego w procesie kontradyktoryjnym spoczywa obowiązek dowiedzenia. W tym przypadku Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił, że Zamawiający powinien mieć jakiekolwiek wątpliwości co do kwestionowanego, wykazanego zakresu uzyskanego doświadczenia. To na Odwołującym spoczywał obowiązek wykazania, że zakres wykonanych robót, które realizował wykonawca AŻD nie odpowiada warunkowi. AŻD złożył stasowane oświadczenie w wykazie robót budowlanych, natomiast Odwołujący chcąc kwestionować to oświadczenie winien dowieść, przynajmniej starać się wykazać, że wykonawca nie posiada deklarowanego doświadczenia choć się nim posługuje. Odwołujący w kwestionowanym zakresie nie przedstawił żadnego dowodu, który uprawdopodobniałby stanowisko jakie prezentuje. Natomiast dowody przedstawione przez uczestnika postępowania odwoławczego w trakcie rozprawy pozwalają stwierdzić, że Odwołujący nie miał w jaki sposób i czego dowodzić, bowiem przedstawiony przez AŻD materiał potwierdza szeroki udział wykonawcy w realizacji poszczególnych inwestycjach (dowód nr 5), podkreślenia wymaga również, że dokumenty te nie były kwestionowane w trakcie rozprawy przez Odwołującego.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że zaszły okoliczności, które winny spowodować po stronie Zamawiającego wątpliwości co do zakresu przedstawionego przez wykonawcę doświadczenia. Odwołujący nie uprawdopodobnił również, że takie okoliczności były mu znane, czym w ocenie Izby dowiódł, że nieznane były mu żadne przyczyny i podstawy do kwestionowania wskazanego przez AŻD doświadczenia. Niewątpliwie uzasadnieniem takim nie jest stwierdzenie, że inwestycje realizowane były poza granicami kraju – nie stanowi to bowiem żadnego szczególnego powodu do wzywania do składania wyjaśnień, a także uwzględniając rodzaj inwestycji oczywistym wydaje się, że udział podmiotów zagranicznych w postępowaniu legitymujących się doświadczeniem pozyskanym poza granicami Polski jest rzeczą normalną i oczywistą. W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył art. 26 ust. 4 ustawy, tym samym nie doszło również do wskazanego naruszenia art. 26 ust.
3 ustawy, bowiem nie wykazał Odwołujący, że zaistniały podstawy do jego zastosowania.

5) W zakresie wskazanego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych.

Izba nie stwierdziła zasadności któregokolwiek z podniesionych w odwołaniu zarzutów jak również uznała, że w dwóch przypadkach nie można mówić o postawianiu skutecznego zarzutu, tym samym nie doszło w ocenie Izby do naruszenia ustawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego przez Zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..