Sygn. akt: KIO 10/20
Sygn. akt: KIO 16/20

WYROK
z dnia 31 stycznia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Katarzyna Poprawa
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2020 r. i 28 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 2 stycznia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Torpol Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu oraz Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie – sygn. akt: KIO 10/20;

B. w dniu 2 stycznia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia China Civil Engineering Construction Corporation z siedzibą w Pekinie oraz China Railway 19th Bureau Group Co., Ltd z siedzibą w Pekinie – sygn. akt: KIO 16/20;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, Stecol Corporation z siedzibą w Tianjin oraz Sinohydro Corporation Limited z siedzibą w Pekinie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 10/20 oraz w sprawie o sygn. akt KIO 16/20 po stronie zamawiającego;

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia China Civil Engineering Construction Corporation z siedzibą w Pekinie oraz China Railway 19th Bureau Group Co., Ltd z siedzibą w Pekinie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 10/20 po stronie odwołującego;

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Torpol Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu oraz Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 16/20 po stronie odwołującego;

orzeka:

I. w sprawie o sygn. akt KIO 10/20:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego nr 4 w odwołaniu dotyczącego zaniechania wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia;
2. w pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania;
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Torpol Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu oraz Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
   3.2. zasądza od odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Torpol Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu oraz Budimex Spółka Akcyjna 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 przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

II. w sprawie o sygn. akt KIO 16/20:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego nr 4 w odwołaniu dotyczącego zaniechania wezwania do wyjaśnień lub uzupełnień w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.2 IDW;
2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego nr 7 w odwołaniu dotyczącego zaniechania wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.1 IDW i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, Stecol Corporation z siedzibą w Tianjin oraz Sinohydro Corporation Limited z siedzibą w Pekinie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1 IDW;
3. w pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania;
4. kosztami postępowania obciąża zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i:
   4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
   4.2. zasądza od zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia China Civil Engineering Construction Corporation z siedzibą w Pekinie oraz China Railway 19th Bureau Group Co., Ltd z siedzibą w Pekinie kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz

wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie.

Przewodniczący:……
……
……

Sygn. akt: KIO 10/20
Sygn. akt: KIO 16/20

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 sektorowego na wykonanie robót budowlanych na odcinku Czyżew – Białystok od km 107,260 do km 178,500 w ramach projektu „Prace na linii E75 na odcinku Czyżew - Białystok" (nr ref. 9090/IRZR1/07339/01931/19/P). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 kwietnia 2019 r. pod numerem 2019/S 066-155626. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu niegraniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Sygn. akt KIO 10/20

W dniu 2 stycznia 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Torpol Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu oraz Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący 1" lub „Konsorcjum Torpol") wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 7 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez:

a)zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, Stecol Corporation z siedzibą w Tianjin oraz Sinohydro Corporation Limited z siedzibą w Pekinie (dalej jako „Konsorcjum Intercor") z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, w zakresie posiadania odpowiedniej zdolności technicznej i zawodowej do realizacji zamówienia - warunek opisany w pkt 8.6.1 lit. a i b IDW, to jest braku wykazania, że wykonawca wykonał samodzielnie co najmniej dwie roboty budowlane, w sytuacji, gdy z oferty wybranego Konsorcjum wynika, że jedną robotę budowlaną wybrany wykonawca zrealizował jako członek konsorcjum, a drugiej nie realizował w ogóle, opierając się na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego;

b)zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Intercor w zakresie niespełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt 8.6.1. lit a i b IDW, podczas gdy doświadczenie wykazane przez konsorcjum Intercor w ramach kontraktu Tarnów Dębica nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

2.art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor jako niezgodnej z SIWZ, tj. pkt 23.1 IDW, w którym Zamawiający zastrzegł, że część zamówienia winna być zrealizowana samodzielnie przez wykonawcę, a nie podmioty udostępniające wiedzę i doświadczenie, a pomimo tego Konsorcjum Intercor zadeklarowało poleganie na zasobach innego podmiotu i powierzenie mu robót budowlanych tych części zamówienia, które Zamawiający uznał za kluczowe, czego skutkiem jest, iż zastrzeżony zakres zamówienia realizować będzie wykonawca nie będący do tego odpowiednio przygotowanym (ponieważ nie posiada wymaganego doświadczenia w zakresie realizacji co najmniej dwóch robót budowlanych);

3.art. 26 ust 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Intercor do złożenia wyjaśnień, jaki faktycznie zakres zamówienia został wykonany przez podmioty, na których zasoby Wykonawca się powołuje celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a które to podmioty wykonywały zamówienie jako członek konsorcjum (Alusta S.A. oraz Electren S.A.);

4.art. 24 ust. 1 pkt 12-23 ustawy Pzp z wyłączeniem przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d) i pkt 14 ustawy Pzp w zakresie przestępstwa określonego w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d) ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że Konsorcjum Intercor wykazało brak podstawy do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia oraz poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wykluczenia z postępowania Konsorcjum Intercor oraz odrzucenia złożonej przez Konsorcjum oferty. Wniósł także o zasądzenie kosztów postępowania wywołanego wniesieniem odwołania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny w złożeniu odwołania pomimo iż w rankingu ofert znajduje się na trzeciej pozycji. Uzasadniając powyższe powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 sierpnia 2009 r., KIO/UZP 958/09; KIO/UZP 979/09 oraz z dnia 17 kwietnia 2013 r., KIO 719/13. Wskazał również, iż poniósł szkodę polegającą na braku uzyskania zamówienia. Dodał, że interesem i szkodą Odwołującego jest również to, że w przypadku wykluczenia z postępowania konsorcjum Intercor (jak i odrzucenia jego oferty) miałby on szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W takim przypadku wykonawca znajdujący się na drugiej pozycji zmuszony byłby złożyć dokumenty w trybie art. 26 ust 1 ustawy Pzp, co przybliżyłoby Odwołującego - Konsorcjum Torpol do pierwszej pozycji w rankingu ofert.

Uzasadniając zarzut oznaczony nr 1 i 2 Odwołujący 1 wskazał, iż w jego ocenie Konsorcjum Intercor nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Odwołujący 1 przytoczył stan faktyczny, wskazując brzmienie pkt 8.6.1 IDW oraz dokumenty, jakie złożyło Konsorcjum Intercor na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w ww. postanowieniu SIWZ.

W pierwszej kolejności Konsorcjum Torpol wskazało na złożone przez Konsorcjum InterconŚwiadectwo Przejęcia z dnia 26 stycznia 2018 roku, z którego wynika, że zadanie polegające na wykonaniu robót budowlanych na odcinku Kraków- Medyka - granica państwa na odcinku Tarnów Dębica, nie było wykonywane samodzielnie przez spółkę Intercor. Ze świadectwa przejęcia nie wynika, jaki zakres robót spółka Intercor wykonywała samodzielnie, a jaki zakres robót wykonywali pozostali członkowie konsorcjum. Odwołujący zauważył, że odpowiedź udzielona przez spółkę Intercor w dniu 11 grudnia 2019 roku na wezwanie Zamawiającego w tym przedmiocie, dowodzi, że spółka Intercor nie posiada wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia. Odwołujący wskazał, że takie elementy inwestycji jak: aktywne uczestnictwo w procesie decyzyjnym, pełnienie funkcji lidera konsorcjum, ponoszenie odpowiedzialności solidarnej przed zamawiającym, sporządzanie dokumentacji powykonawczej czy prowadzenie rozliczeń finansowych nie dowodzą, iż wykonawca nabył doświadczenie w zakresie wykonywania robót budowlanych. Wykonywanie przedmiotu zamówienia polega bowiem na faktycznym wykonywaniu robót, a nie na ponoszeniu ryzyka i uczestnictwie w naradach koordynacyjnych. W ocenie Odwołującego, Konsorcjum Intercor nie wykazało, jakie faktycznie roboty budowlane wykonywała spółka Intercor na ww. kontrakcie. Zauważył, że pełnienie funkcji lidera od połowy 2014 r. nie dowodzi faktycznego wykonywania robót budowlanych. Odwołujący 1 wskazał, że samo Konsorcjum Intercor podało, że jako lider konsorcjum Intercor odpowiadał kompleksowo za realizację inwestycji, zaś dopiero od połowy 2016 roku (czyli od momentu zaprzestania wykonywania jakichkolwiek czynności przez Feroco) samodzielnie wykonywał wszelkie czynności związane z realizacją inwestycji. Jako że Zamawiający wymagał od wykonawców, aby długość budowanych torów wynosiła łącznie co najmniej 20 km, zaś zgodnie z załączonym do oferty świadectwem przejęcia kontrakt zakończył się w roku 2017, zdaniem Odwołującego 1 nie jest możliwe, aby spółka Intercor samodzielnie, w ciągu roku, zbudowała 20 km nawierzchni torowej.

Dalej Konsorcjum Torpol wskazało na złożone przez Konsorcjum Intercorzobowiązanie Alusta S.A. z dnia 31 maja 2019 roku do oddania Konsorcjum niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, w którym to zobowiązaniu wskazano, że Alusta S.A. będzie podwykonawcą 50% robót budowlanych w zakresie budowy lub przebudowy nawierzchni torowej. Jak wskazano w odwołaniu, z załączonej do zobowiązania referencji z dnia 26 kwietnia 2019 roku wynika, że Alusta S.A. nie wykonywała robót budowlane samodzielnie, lecz jako członek konsorcjum. Pomimo tej okoliczności Zamawiający nie wezwał Konsorcjum Intercor do wykazania, jaki faktycznie zakres robót wykonywała Alusta S.A.

Zdaniem Odwołującego 1warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 8.6.1.a IDW nie został spełniony przez Konsorcjum Intercor. Zamawiający winien zatem już z tej przyczyny wykluczyć ww. wykonawcę z postępowania. Odwołujący 1 nie zaprzeczył, że wykonawca może co do zasady posiadane doświadczenie wykazać samodzielnie (bazując na własnym doświadczeniu zawodowym), wspólnie z innym wykonawcą (poprzez zawiązanie konsorcjum) lub polegając na zasobach innego podmiotu (udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci). Powyższe nie oznacza jednak, iż w sytuacji ubiegania się o zamówienie w grupie wykonawców lub poprzez korzystanie z zasobu innego podmiotu (jak ma to miejsce w przypadku oferty uznanej za najkorzystniejszą) można dokonywać matematycznego sumowania doświadczenia zawodowego w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego 1, wykonawcy, których ofertę uznano za najkorzystniejszą dokonali właśnie takiego sumowania posiadanego doświadczenia zawodowego (własnego i podmiotu trzeciego). Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu wykonawcy wykazali się wykonaniem dwóch robót budowlanych, z tym że jedna z robót budowlanych została wykonana przez wykonawcę wchodzącego w skład konsorcjum ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie, druga natomiast przez podmiot udostępniający wykonawcy swoje zasoby (zasób spółki Alusta S.A.). Odwołujący 1 podkreślił, iż takie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielnie zamówienia nie może zostać uznane za prawidłowe - jest to jedynie formalne potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie materialna zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia. Sumowanie robót wykonanych przez dwa różne podmioty (z których żaden nie wykonał wymaganego przez Zamawiającego minimum, tj. dwóch robót) nie jest tożsamym doświadczeniem, jakie daje wykonanie dwóch robót przez jeden podmiot. Tym samym, w ocenie Odwołującego 1 zarzut naruszenia art. 7 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 22 ust. 1 b pkt 3 ustawy Pzp należy uznać za zasadny.

Odwołujący 1 podniósł ponadto, iż Zamawiający w pkt 23.1 IDW zastrzegł do osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowe części zamówienia. Wykonawca zgodnie z przedmiotowym zapisem zobowiązany został do wykonania minimum 50% robót z zakresu nawierzchni torowej na szlakach i torach głównych zasadniczych w stacjach. Z przedmiotowego zastrzeżenia wynika, iż kluczowymi częściami zastrzeżonymi do osobistego wykonania przez wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu są roboty z zakresu nawierzchni torowej na szlakach i torach głównych zasadniczych w stacjach, co ściśle koresponduje z treścią warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego od wykonawców doświadczenia zawodowego w realizacji określonego rodzaju robót budowlanych opisanego w pkt 8.6.1 lit. a IDW. Odwołujący 1 zauważył, że Konsorcjum Intercor w treści złożonej oferty oświadczyło (pkt 13 formularza ofertowego), iż powierzy do podwykonania ok. 50% robót z zakresu nawierzchni torowej, natomiast pozostały zakres robót zgodnie z treścią zastrzeżenia wykona osobiście. Z przedmiotowego oświadczenia w ocenie Konsorcjum Torpol wynika, iż zastrzeżony zakres zamówienia wybrany wykonawca realizować będzie osobiście nie będąc do tego odpowiednio przygotowanym - nie posiada wymaganego doświadczenia w zakresie realizacji co najmniej dwóch robót budowlanych. Istotą dokonanego zastrzeżenia jest to, by zakres robót zastrzeżony przez Zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawcę, został wykonany przez doświadczonego wykonawcę, tj. spełniającego warunki udziału w postępowaniu. Tylko w takiej sytuacji Zamawiający ma pewność, iż kluczowe części zamówienia zostaną zrealizowane prawidłowo. Taki też cel przyświecał ustawodawcy, który przepis 36a ust. 2 pkt 1 wprowadził do ustawy Pzp - realizacja kluczowych części zamówienia przez doświadczonego wykonawcę jest gwarancją poprawnej realizacji kontraktu (całości robót). Z treści złożonej przez Konsorcjum Intercor oferty wynika natomiast, iż kluczowe części zamówienia wykona podmiot nie posiadający odpowiedniego doświadczenia. To w ocenie Odwołującego 1 pozostaje w sprzeczności z dokonanym przez Zamawiającego zastrzeżeniem. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przywołał wyroki KIO w sprawach o sygn. akt KIO 1495/14 oraz KIO 2751/14, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie w sprawie o sygn. akt VII Ga 327/17 oraz wyrok TSUE z 4 maja 2017 r. C-387/14. Zdaniem Odwołującego 1, Zamawiający poprzez zaniechanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonał wyboru oferty wykonawcy nie dającego rękojmi należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący 1wskazał także, że Konsorcjum Intercor nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.1. b IDW, bowiem robota budowlana wymieniona w pkt 3 Wykazu robót budowlanych została wykonana przez Konsorcjum Electren S.A., zaś poświadczenie z dnia 22 marca 2017 roku nie wskazuje jednoznacznie,

jaki zakres robót wykonywała spółka Electren S.A. Pomimo tego Zamawiający nie wezwał Konsorcjum Intercor do wyjaśnienia, jaki faktycznie zakres robót był wykonywany przez Electren S.A. w ramach projektu pn.„Projekt poprawy dostępu kolejowego do Portu Gdańsk ". Wykaz robót budowanych wymienia trzy roboty budowlane, które mają być dowodem na spełnienie warunków udziału w postępowaniu wymienionych w pkt 8.6.1.b IDW. Odwołujący zaś nie ma wiedzy, które roboty budowlane Zamawiający wziął pod uwagę uznając warunek za spełniony.

Następnie Odwołujący 1 wskazał, iż podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust 3 ustawy Pzp jest konsekwencją ww. naruszenia. Wątpliwości Zamawiającego wzbudził tylko zakres robót wykonanych w ramach Konsorcjum przez Spółkę Intercor, a pismem z dnia 5 grudnia 2019 roku Zamawiający zażądał jedynie wyjaśnienia, jaki podział prac miał miejsce w przypadku realizacji kontraktu polegającego na wykonaniu robót budowlanych na odcinku Kraków - Medyka - granica państwa na odcinku Tarnów - Dębica. Zamawiający zrezygnował z wezwania Konsorcjum Intercor do wyjaśnień, jaki konkretnie zakres robót wykonywała samodzielnie Alusta S.A. w ramach zadania pn. „Wykonanie prac projektowych i robót budowlanych na linii kolejowej nr 281 odcinku Oleśnica - Chojnice, prace na odcinku Września - Gniezno w ramach zadania „ Prace na liniach kolejowych nr 281, 766 na odcinku Oleśnica/Łukanów-Krotoszyn-Jarocin-Września-Gniezno", jak również z wezwania do wyjaśnień, jaki zakres robót wykonywała samodzielnie Electren S.A. w ramach zadania pn. „Projekt poprawy dostępu kolejowego do Portu Gdańsk". Zamawiający uznał, że Konsorcjum Intercor spełnia warunki udziału w postępowaniu, podczas gdy wcześniej nie ustalił, jaki faktycznie zakres prac został wykonany przez podmioty, na których zasobach Konsorcjum to polega.

Zamawiający w dniu 20 stycznia 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania, w tym zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Izbą.

Na wstępie Zamawiający zwrócił uwagę na okoliczność, iż sformułowane zarzuty nie zostały poparte żadnymi dowodami, które potwierdzałyby zasadność formułowanych twierdzeń. Podkreślił, że dokonał weryfikacji kwestii realizacji inwestycji przez Konsorcjum Intercor, a ogólnikowe formułowanie zarzutów niepopartych dowodami uniemożliwia Zamawiającemu zrewidowanie wcześniejszych założeń. W ocenie Zamawiającego takie działanie nakierowane jest na przeniesienie ciężaru dowodu z Odwołującego na Zamawiającego, podczas gdy Odwołujący nie dochował ciążącego na nim obowiązku dowodowego. Zamawiający powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 571/08 oraz orzeczenia Izby.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, iż nie zasługuje on na uwzględnienie. Zamawiający podniósł, iż ani na etapie postępowania przetargowego, ani postępowania odwoławczego nie zidentyfikował podstaw do przyjęcia, że Konsorcjum Intercor nie nabyło doświadczenia w wymaganym w IDW zakresie. Wskazał, że uzyskane przez niego w toku procedury wyjaśniającej dane pozwalają na pozytywną ocenę spełnienia warunku. Zauważył, że z analizy przykazanych dokumentów wynika m.in., że w 2014 r., tj. po dacie objęcia przez Intercor funkcji lidera uzyskano pozwolenia na budowę i realizowano roboty na szlaku Wola Rzędzińska – Czarna Tarnowska w km 86,900-98,400 oraz w km Grabiny – Dębica 105,480-109,200 w obu torach *przy jednym czynnym) – po ww. dacie zostało więc wykonanych ponad 30 km torów. Zamawiający podniósł, iż posiadane przez niego dokumenty świadczą o tym, że Intercor był podmiotem aktywnie uczestniczącym w realizacji zamówienia, w tym brał udział w odbiorach poszczególnych części zamówienia.

Dalej Zamawiający wskazał, że przydzielenie poszczególnym konsorcjantom funkcji lidera czy partnera nie przekłada się na faktyczny zakres wykonywanych czynności. Podkreślił, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że w dacie do lipca 2014 r. rola Intercor w realizacji zamówienia miała charakter bierny. W ocenie Zamawiającego podział zamówienia/nabytego doświadczenia - o ile w ogóle jest faktycznie możliwy do wykonania - winien być dokonywany przez pryzmat rzeczywiście wykonanych czynności, w których wykonanie był zaangażowany dany wykonawca, przy czym czynności tych nie musiał wykonywać samodzielnie. Zamawiający również wskazał, że w przypadku wykonywania skomplikowanych robót budowlanych, czy prac projektowych wielokrotnie nie jest możliwe rozdzielenie zakresu prac wykonywanych przez poszczególnych wykonawców, tj. rozgraniczenie nabytego doświadczenia na poszczególnych wykonawców. Zamawiający zauważa, że nie każde świadczenie wynikające z umowy ma charakter podzielny. W przypadku np. budowy nawierzchni torowej przy udziale zaplecza kadrowego i technicznego kilku konsorcjantów dokonanie jednoznacznego rozgraniczenia i przydzielenia nabytego doświadczenia konkretnemu wykonawcy nie jest możliwe do wykonania. Wskazał także na fakt, że wszyscy konsorcjanci pozostają solidarnie odpowiedzialni za realizację całości zamówienia. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący próbuje wydzielić doświadczenie na podstawie czasookresu trwania umowy, pełnionej funkcji na kontrakcie, etc. Takie założenie prowadzić może do konieczności rozdrobnienia nabytego doświadczenia w taki sposób, że żaden z podmiotów zaangażowanych w realizację zamówienia nie będzie miał realnej możliwości powoływania się na zdobyte doświadczenie w kolejnych postępowaniach, co przeczy istocie zawiązywania konsorcjum. Zamawiający w tym zakresie przywołał wyroki Izby o sygn. akt KIO 588/19, KIO 2262/19, KIO 2090/19, KIO 1577/18, KIO 1607/18. Zamawiający zauważył ponadto, że nawet gdyby uznać, że powyższa argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie, to Zamawiający nie mógłby automatycznie wykluczyć wykonawcy, jak wynika to z treści zarzutu, lecz byłby zobowiązany do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu robót.

Odnosząc się do argumentacji związanej z niemożliwością „sumowania" doświadczenia wykonawcy z doświadczeniem podmiotu udostępniającego zasoby, Zamawiający wskazał, że w jego ocenie zarzut ten stanowi nadinterpretację zapisów IDW i błędnego odczytania intencji Zamawiającego wyrażonej w SIWZ. Zamawiający nie wskazał bowiem w IDW, że oczekuje, że doświadczenie w realizacji „dwóch robót" ma być wykazane przez tego samego wykonawcę (członka konsorcjum), pomimo tego, że z prawnego punktu widzenia Zamawiający posiadał uprawnienie do ustanawiania wobec konsorcjum surowszych warunków niż wobec podmiotów samodzielnie biorących udział w postępowaniu. Niemniej kierując się możliwością zapewnienia możliwie jak najszerszej konkurencji oraz umożliwienia udziału w postępowaniu jak największej liczbie podmiotów nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia. Zamawiający podkreślił, że istotą zawierania konsorcjum jest możliwość sumowania zasobów w celu uzyskania zamówienia, w świetle czego nie można uznać zarzutu w ww. zakresie jako zasadnego. Zamawiający nie uregulował w sposób szczególny kwestii spełniania omawianego warunków jeżeli ofertę składa konsorcjum bądź też wykonawca powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego. Z tego względu sumowanie doświadczenia zawodowego (własnego i podmiotu trzeciego) nie powoduje, że wykonawca nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający

wskazał, iż stanowi on konsekwencję wcześniej omówionego zarzutu, wobec czego również powinien podlegać oddaleniu. Zamawiający wskazał na nieracjonalność przyjętego w odwołaniu założenia, że w przypadku uznania, że Konsorcjum Intercor nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, to oferta ww. Konsorcjum powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ. Zamawiający podkreślił, że instytucja wykluczenia z postępowania jest instytucją niezależną od odrzucenia oferty. W jego ocenie nie doszło do naruszenia postanowień IDW - konsorcjum INTERCOR w treści złożonej oferty nie zadeklarowało powierzenia podwykonawcy wykonania zamówienia w zakresie większym od określonego limitu. Zamawiający przywołał treść pkt 23.1 IDW oraz wskazał na treść formularza ofertowego Konsorcjum Intercor, z którego wynika, iż podwykonawca wykona jedynie tę część robót, która nie została zastrzeżona przez Zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawcę, co jest zgodne z IDW.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał na jego wadliwość konstrukcyjną i okoliczność, że wezwanie do wyjaśnień normuje art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Następnie podniósł, iż jest w posiadaniu szeregu dokumentów potwierdzających zakres wykonywanych przez Alusta S.A. prac. Z dokumentów wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że podmiot ten nabył w ramach kontraktu dot. linii kolejowej 281 doświadczenie, które spełnia warunek udziału w postępowaniu. W świetle powyższego wzywanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień przeczyłoby istocie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Z kolej w odniesieniu do doświadczenia Elektren S.A. Zamawiający wskazał, że doświadczenie tego podmiotu zostało wskazane w Wykazie robót jako doświadczenie dodatkowe/nadprogowe, ponad minimum wymagane przez Zamawiającego. Zamawiający nie był obowiązany badać zarówno zakresu, jak i formy jego realizacji, mając już potwierdzenie spełniania warunku. Z powyższych względów, w ocenie Zamawiającego, skierowanie wezwania w ww. zakresie nie znajdowało oparcia w zaistniałym stanie faktycznym jak też pozostawało bez wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający odniósł się także do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 13-14 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczącego zaświadczenia o niekaralności przedstawiciela Sinohydro Corporation Limited, wskazując na jego bezzasadność.

Konsorcjum Intercor w dniu 20 stycznia 2020 r. złożyło pismo procesowe w sprawie KIO 10/20, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismo procesowe w dniu 20 stycznia 2020 r. złożył także Odwołujący, przedstawiając twierdzenia i dowody na poparcie twierdzeń podniesionych w odwołaniu. Następnie dalsze pisma procesowe w dniu 23 stycznia 2020 r. złożyli Konsorcjum Torpol oraz Konsorcjum CCECC, a na rozprawie w dniu 28 stycznia 2020 r. Zamawiający i Konsorcjum Intercor.

Sygn. akt KIO 16/20

W dniu 2 stycznia 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia China Civil Engineering Construction Corporation z siedzibą w Pekinie oraz China Railway 19th Bureau Group Co., Ltd z siedzibą w Pekinie (dalej jako „Odwołujący 2" lub „Konsorcjum CCECC") wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Intercor do przedstawienia wyjaśnień w zakresie zgodności złożonej przez Konsorcjum Intercor oferty z SIWZ, w szczególności w zakresie zgodności z punktem 13.8 IDW, podczas gdy znaczne obniżenie ceny ofertowej Konsorcjum Intercor w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej powinno obiektywnie wzbudzić u Zamawiającego wątpliwości, co do tego, czy w cenie ostatecznie zaoferowanej Zamawiającemu zostały uwzględnione wszelkie elementy niezbędne do należytego wykonania zamówienia oraz czy każda pozycja Rozbicia Ceny Ofertowej („RCO") w części B przewidującej wynagrodzenie ryczałtowe została wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym, a Konsorcjum Intercor nie zastosowało niedozwolonego wliczania kosztów wykonania jednaj pozycji RCO w inną pozycję, co prowadziłoby do konieczności odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
2. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Intercor do przedstawienia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów, dotyczących sposobu wyliczenia ceny ostatecznie zaoferowanej przez Konsorcjum Intercor, podczas gdy znaczne obniżenie ceny ofertowej Konsorcjum Intercor w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej powinno obiektywnie wzbudzić u Zamawiającego wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, co w przypadku nieuzyskania wystarczających wyjaśnień lub dowodów prowadziłoby w dalszej perspektywie do konieczności odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Intercor z postępowania, podczas gdy w dniu 9 października 2019 r. Konsorcjum Intercor przekazało Zamawiającemu nieprawdziwą informację co do wadliwości oferty CCECC, a w związku z powyższym Konsorcjum Intercor powinno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp;
4. art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. art. 15a ust. 11 i 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo budowlane („Prawo budowlane") poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Intercor do dalszych wyjaśnień lub uzupełnień w zakresie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w punkcie 8.6.2 IDW tj. w zakresie posiadania przez osobę skierowaną do realizacji zamówienia (kierownik robót torowych) uprawnień budowlanych bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych tj. Pana M. G., podczas gdy z wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Intercor w dniu 12 grudnia 2019 r. jednoznacznie wynika, iż Pan M. G. nie posiada wymaganych w IDW uprawnień, ponieważ jego uprawnienia zawierają ograniczenie w zakresie branży mostowej, a zatem nie spełnia on wymagań z punktu 8.6.2 IDW;
5. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Intercor do uzupełnień dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w stosunku do podmiotu, na zasobach którego polega Konsorcjum Intercor - Alusta S.A. tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w stosunku do prokurenta Alusta S.A. - Pani M. P., podczas gdy wskazana osoba podlegała weryfikacji z

punktu widzenia karalności z uwagi na fakt pełnienia wskazanej powyżej funkcji już po złożeniu oferty w postępowaniu przez Konsorcjum Intercor;

6.art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Intercor z postępowania, podczas gdy Konsorcjum Intercor przedstawiło informację wprowadzające Zamawiającego w błąd w zakresie roboty budowlanej wskazanej w pozycji 1 wykazu robót tego wykonawcy tj. informację, że Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o. o. może posługiwać się posiadanym doświadczeniem przy realizacji inwestycji pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej' E-30/C-E 30 Kraków- Medyka - granica państwa na odcinku Tarnów - Dębica w km 80,200 - 111,500 w ramach Projektu POiiŚ 5.1-7 „Modernizacja linii kolejowej E-30/C-E 30, odcinek Kraków - Rzeszów, etap III" - FAZA U, Przetarg 2.1." na potwierdzenie spełnienia warunków udziału wskazanych w pkt 8.6.1. lit. a-h 1DW, podczas gdy w okresie sprawowania funkcji lidera konsorcjum przez Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o. o. nie zostały zrealizowane roboty, które odpowiadałyby warunkom udziału wskazanym w punkcie 8.6.1. lit. a-h IDW a zatem wykonawca ten nie jest uprawniony, aby powoływać się na to doświadczenie.

Ewentualnie w przypadku niepotwierdzenia się zarzutu nr 6 wskazanego powyżej, Odwołujący zarzucił naruszenie:

7.art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Intercor do przedstawienia uzupełnień w zakresie spełniania warunków udziału w Postępowaniu określonych w punkcie 8.6.1. IDW, podczas gdy Konsorcjum Intercor nie wykazało, aby w ramach roboty budowlanej wskazanej w pozycji 1 wykazu robót, która była realizowana w ramach konsorcjum, Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o. o. faktyczne nabyło doświadczenie przy realizacji tej inwestycji uprawniające tę spółkę do powoływania się na to doświadczenie w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 8.6.1. lit. a-h IDW;

8.art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Intercor do przedstawienia wyjaśnień w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w punkcie 8.6.1. IDW tj. w zakresie tego, czy podmiot, na zasobach którego polega Konsorcjum Intercor - Electren S.A., w ramach roboty budowlanej wskazanej w pozycji 3 wykazu robót nabył faktyczne doświadczenie w jej realizacji, podczas gdy omawiane roboty budowlane były wykonywane przez Electren S.A. w ramach konsorcjum a zatem wątpliwości budzi faktyczny udział tej spółki w realizacji całej wskazanej inwestycji, a co za tym idzie - możliwość powoływania się na doświadczenie nabyte przy realizacji tej inwestycji na potrzeby spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

W związku z powyżej postawionymi zarzutami Odwołujący 2 wniósł o:

1.merytoryczne rozpatrzenie odwołania przez KIO i jego uwzględnienie,

2.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania oraz tych przywołanych w uzasadnieniu na okoliczności wskazane w odwołaniu,

3.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej,

4.nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum Intercor z postępowania,

5.ewentualnie nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz wezwania Konsorcjum Intercor do wyjaśnień w zakresie:

- sposobu wyliczenia ceny ofertowej (wezwanie skierowane w oparciu o art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp);
- wykazania spełniania warunków udziału wskazanych w punkcie 8.6.1. IDW oraz 8.6.2. IDW(wezwanie skierowane w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp) w zakresie tego (i) czy osoba skierowana do realizacji zamówienia do pełnienia funkcji kierownika robót posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych oraz, (ii) czy podmiot trzeci udostępniający swój potencjał zawodowy (tj. Electren S.A.) faktycznie nabył doświadczenie w realizacji robót wskazanych w pozycji 3 wykazu robót, (iii) czy Pan M. G. skierowany do realizacji zamówienia na stanowisku kierownika robót torowych posiada uprawnienia wskazane na to stanowisko w punkcie 8.6.2 IDW;
- wykazania spełniania warunków udziału wskazanych w punkcie 8.6.1. IDW (wezwanie skierowane w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) tj. uzupełnienia wykazu robót budowlanych przedstawionego przez Konsorcjum Intercor;
- wykazania spełniania warunków udziału wskazanych w punkcie 8.6.2. IDW (wezwanie skierowane w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) tj. uzupełnienia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia przedstawionego przez Konsorcjum Intercor;
- wykazania braku podstaw do wykluczenia (wezwanie skierowane w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) tj. uzupełnienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w stosunku do Pani M. P., która w dniu upływu terminu składania ofert pełniła funkcję prokurenta w Alusta S.A.

Ponadto Odwołujący 2 wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika według norm przypisanych na podstawie przedłożonej faktury VAT.

Odwołujący 2 wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego, jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia w Postępowaniu, doznał uszczerbku. W wyniku dokonania przez Zamawiającego w procesie badania i oceny ofert wyżej wskazanych naruszeń i wyboru oferty Konsorcjum Intercor, Odwołujący narażony jest na poniesienie szkody w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania oraz dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej oferta Odwołującego zostanie z dużym prawdopodobieństwem sklasyfikowana na pierwszym miejscu rankingu ofert, a tym samym Odwołujący uzyska zamówienie i zrealizuje zakładany w wyniku jego realizacji zysk.

Uzasadniając zarzuty dotyczące braku wezwania Konsorcjum Intercor do wyjaśnień, oznaczone nr 1 i 2*petitum* odwołania, Odwołujący 2 podniósł, iż w toku przeprowadzonej aukcji elektronicznej Konsorcjum Intercor obniżyło swoją cenę o 911 691 031,45 zł, tj. o ponad 20%. Dodał, iż gdyby porównać ostateczną cenę ofertową ww. Konsorcjum do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert przed przeprowadzeniem aukcji, to okazałoby się, że jest ona niższa od tej wartości o 521 780 734,15 zł. Zdaniem Odwołującego 2, tak znaczące obniżenie ceny ofertowej zaoferowanej

przez Konsorcjum Intercor powinno było obiektywnie wzbudzić wątpliwości Zamawiającego zarówno z punktu widzenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jak i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czyli skutkować wezwaniem Konsorcjum Intercor do wyjaśnień co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną ostatecznie cenę oraz o możliwość uwzględnienia w tej cenie wszystkich wymaganych SIWZ elementów. Odwołujący 2 zaznaczył, że zgodnie z pkt20.10.1 IDW aukcja elektroniczna nie była obligatoryjnym etapem postępowania. W świetle powyższego Odwołujący postawił pytanie co by było, gdyby aukcja nie została przeprowadzona, czy cena oferowana przez Konsorcjum Intercor pozostałaby wówczas na poziomie sprzed aukcji tj. o prawie miliard wyższej.

Odwołujący 2 wskazał, iż przyjmując (z czym Odwołujący 2 się nie zgadza), że obecna cena Konsorcjum Intercor nie budzi wątpliwości, to kolejnym otwartym pytaniem pozostaje to, które elementy ceny ofertowej sprzed aukcji zostały wycenione po znacząco zawyżonej cenie. Wątpliwości Odwołującego 2 budzi również kwestia uwzględnienia wszystkich elementów wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ w ramach ceny ofertowej Konsorcjum Intercor po przeprowadzeniu aukcji. Zgodnie bowiem z pkt 13.8 SIWZ każda pozycja RCO w części B powinna zostać wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym. Nie dopuszcza się wliczania kosztów wykonania jakiejkolwiek pozycji RCO w inna pozycję RCO. Zdaniem Odwołującego 2 należy zakładać, że działający z należytą starannością wykonawca - Konsorcjum Intercor w ramach pierwszej swojej wyceny tj. sprzed aukcji, prawidłowo wycenił wszystkie pozycje RCO zgodnie z zakresem w nich opisanym. O ile zatem w ramach ceny ofertowej sprzed aukcji każda z pozycji RCO została wyceniona (założenie Odwołującego) zgodnie z zakresem w niej opisanym, o tyle wątpliwości powinna wzbudzić wycena tych części obejmująca rzekomo w dalszym ciągu cały wymagany zakres w cenie ofertowej po przeprowadzeniu aukcji. Ta druga bowiem wycena znacząco odbiega od pierwszej. Rodzi się zatem pytanie, czy cena ofertowa Konsorcjum Intercor po przeprowadzaniu aukcji w dalszym ciągu obejmuje swoim zakresem wszystkie wymagania SIWZ i pozostaje z nią w zgodzie.

Odwołujący zaznaczył, że nie tyle stawia ofercie Konsorcjum Intercor zarzut rażąco wysokiej ceny sprzed aukcji (bo podstawy prawnej dla takiego zarzutu nie ma w ustawie Pzp), co stara się wykazać, że tak istotne obniżenie ceny zaoferowanej w postępowaniu przez Konsorcjum intercor, w sposób obiektywny, powinno wzbudzić wątpliwości uzasadniające wezwanie tego wykonawcy do przedstawienia wyjaśnień z art. 90 ust. 1 ub art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący 2 podkreślił, że po zakończeniu aukcji elektronicznej Zamawiający zobowiązany jest zbadać ofertę najkorzystniejszą pod kątem wystąpienia ceny rażąco niskiej w okolicznościach wskazanych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego 2Zamawiający winien wezwać Konsorcjum Intercor do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ostatecznie Zamawiającemu ceny, a w szczególności możliwości jej tak istotnego obniżenia w porównaniu do stanu sprzed aukcji. Jednocześnie Odwołujący 2 podniósł, że wezwaniu takiemu nie stoi na przeszkodzie samo przeprowadzenie aukcji elektronicznej, ponieważ w świetle przepisów ustawy Pzp oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający, po zakończeniu aukcji elektronicznej, ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, o ile zachodzą okoliczności określone w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący 2 wskazał na wyroki KIO z dnia 15 stycznia 2018 r„ sygn. akt KIO 2727/17, z dnia 15 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 131/16, z dnia 7 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1586/15, z dnia 15 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 214/13. Podkreślił, że do wystąpienia obowiązku zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wystarczy samo powzięcie przez zamawiającego uzasadnionych wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez wykonawcę w postępowaniu

Uzasadniając zarzut dotyczący przekazania nieprawdziwych informacji co do wadliwości oferty Konsorcjum CCECC (zarzut nr 3 *petitm* odwołania), Odwołujący 2 wskazał na pismo Konsorcjum Intercor z dnia 9 października 2019 r., podnosząc, iż celem tego pisma było doprowadzenie do odrzucenia oferty Odwołującego 2 jako rzekomo niezgodnej z SIWZ. Odwołujący 2 zaznaczył, że na dzień przekazania tego pisma, to jego oferta była wyżej punktowana w przyjętych kryteriach oceny ofert. Wyjaśnił, iż Zamawiający uznał, że wbrew informacjom przekazanym w ww. piśmie, oferta Konsorcjum CCECC nie zawiera wadliwości i zaprosił Odwołującego 2 do udziału w aukcji. Dodał, że czynność ta została zaskarżona przez Konsorcjum Intercor w dniu 29 października 2019 r. (sygn. akt KIO 2196/19), a następnie – również w oparciu o wadliwości wskazane w piśmie z 9 października 2019 r. – odwołanie wniosło Konsorcjum Torpol (sygn. akt KIO 2234/19). Postępowanie w sprawie o sygn. akt KIO 2196/19 zostało umorzone z uwagi na wycofanie odwołania, natomiast odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2234/19 zostało oddalone. Odwołujący 2 wskazał, iż Izba nie podzieliła stanowiska Konsorcjum Torpol co do niezgodności treści oferty Odwołującego z SIWZ w zakresie opisanym w piśmie Konsorcjum Intercor z 9 października 2019 r., a wyrok ten jest prawomocny. Zdaniem Odwołującego 1Izba wydając wyrok w sprawie KIO 2234/19 pośrednio potwierdziła o nieprawdziwości informacji o rzekomych niezgodnościach treści oferty Odwołującego, które zostały podniesione w piśmie Konsorcjum Intercor z 9 października 2019 r., gdyby bowiem informacje te okazały się prawdziwe, wówczas Izba z pewnością uwzględniłaby odwołanie Konsorcjum Torpol i nakazała odrzucenie oferty Odwołującego 2. Zdaniem Konsorcjum CCECC podjęta przez Konsorcjum Intercor próba wpłynięcia na czynności Zamawiającego poprzez przekazanie mu informacji, które w wyniku wyroku wydanego w sprawie KIO 2234/19 okazały się ostatecznie nieprawdziwe, wypełnia wszelkie przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Przywołany przepis poprzez swoją wykładnię językową powinien dotyczyć przypadków, w których wykonawcy nie czekając na rozstrzygnięcie zamawiającego starają się przekazać mu (bardzo subiektywne i przez to mało wiarygodne) informacje o rzekomych „nieprawidłowościach" w treści oferty swojego konkurenta. Jednocześnie, obowiązujące przepisy ustawy Pzp, za wyjątkiem treści art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP, nie wiążą z tego typu zachowaniami jakichkolwiek sankcji prawnych. Tego typu działania, potocznie nazywane „donosami", w sytuacji, kiedy dotyczą informacji nieprawdziwych, powinny być sankcjonowane w równym stopniu co, przykładowo, nieumyślne przekazanie informacji na temat posiadanego przez wykonawcę doświadczenia czy personelu. W przeciwnym razie, art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp stanowiłby „jednosieczny miecz" do walki z nierzetelnymi wykonawcami popełniającymi często nieświadomie błędy w informacjach przekazywanych zamawiającemu. Jednocześnie, ta sama podstawa prawna dawałaby nieograniczone prawo przekazywania wykonawcom, poza jakimkolwiek trybem regulowanym przepisami ustawy Pzp, wszelkich, nawet najbardziej absurdalnych informacji zamawiającemu dotyczących wykonawców i ofert konkurencyjnych, bez żadnych konsekwencji prawnych. Odwołujący 2 podkreślił, że dokonana przez ustawodawcę zmiana (zamiast określenia „nieprawdziwe informacje" na „informacje wprowadzające w błąd") miała na celu rozszerzenie zastosowania omawianego przepisu także o przypadki opisane powyżej. W tym kontekście Odwołujący 2 przywołał uzasadnienie wyroku KIO z dnia 20 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2547/18.

Uzasadniając zarzut dotyczący braku informacji KRK dla prokurenta Alusta S.A. (zarzut nr 5*petitum* odwołania), Odwołujący 2 podniósł, iż zgodnie z uchwałą Zarządu Alusta S.A. nr 4 z dnia 8 listopada 2019 r. Pani M. P. została odwołana z funkcji Prokurenta Samoistnego w dniu 8 listopada 2019 r., a zatem po terminie składania ofert w postępowaniu. Odwołujący 2 wskazał na art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z którego wynika uprawnienie zamawiającego

do wykluczenia wykonawcy na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia oraz obowiązek wykonawców niepodlegania wykluczeniu przez cały czas trwania postępowania. W ocenie Konsorcjum CCECC odmienna interpretacja ww. przepisu może prowadzić do znacznych nadużyć np. celowego odwoływania członków zarządów, którzy zostali prawomocnie skazani za przestępstwo, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp tuż przed wezwaniem przez Zamawiającego do przedstawienia odpowiednich informacji z KRK mających potwierdzić ich niekaralność. Odwołujący 2 podkreślił, iż profesjonalni wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinni być zatem przygotowani na konieczność wykazania braku istnienia podstaw wykluczenia zarówno na dzień wezwania do ich przedstawienia, jak i na okres przypadający pomiędzy terminem składania ofert, a terminem wezwania. To właśnie ten okres jest kluczowy z punktu widzenia wykazania braku zaistnienia jakiejkolwiek przesłanki wykluczenia. Wobec tego w związku z brakiem przedstawienia informacji z KRK dla Pani M. P., która sprawowała funkcję prokurenta w Alusta S.A. w dniu upływu terminu składania ofert, na Zamawiającym ciążył obowiązek wezwania Konsorcjum Intercor do uzupełnienia w tym zakresie, czego zaniechał, w konsekwencji dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut dotyczący nieprawidłowości związanych z Wykazem robót budowlanych (zarzuty nr 6 – 8 *petitum* odwołania), Odwołujący 2 w pierwszej kolejności odniósł się do inwestycji Tarnów – Dębica wskazanej w poz. 1 wykazu robót, wskazując na treść wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum Intercor na wezwanie Zamawiającego z dnia 5 grudnia 2019 r. Podkreślił, że nawet jeśli, jak to wskazuje Konsorcjum Intercor, w dniu przejęcia przez Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. funkcji lidera konsorcjum, zaawansowanie prac wynosiło 38%, to w dalszym ciągu niemożliwe byłoby, aby doświadczenie zdobyte w realizacji pozostałych prac (62%) pozwoliło na spełnienie wszystkich warunków, o których mowa w pkt. 8.6.1. lit. a-h IDW. Odwołujący 2 wyjaśnił, iż kolejność prac przy realizacji kontraktów przy czynnym drugim torze przedstawia się następująco: po zatwierdzeniu projektów przez Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego wykonawca w pierwszej kolejności wykonuje demontaż sieci trakcyjnej na tej części torów, która będzie rozbierana. Demontuje się również elementy Sterowania Ruchem Kolejowym. Następnie następuje demontaż jednego torowiska razem z podtorzem. Po wykonaniu robót ziemnych związanych z podtorzem wykonawca wykonuje montaż torów i sieci trakcyjnej. W międzyczasie rozpoczynają się również roboty związane z przebudową obiektów inżynierskich i innych prac nie związanych bezpośrednio z realizacją prac torowych. W konsekwencji, w dniu przejęcia przez Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. funkcji lidera konsorcjum, większość robót przy czynnym drugim torze została już zrealizowana, a zatem po tym dniu roboty takie nie były realizowane. W konsekwencji doświadczenie Przedsiębiorstwa Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. zdobyte po tej dacie nie pozwoliłoby na spełnienie warunku, o którym mowa w pkt. 8.6.1 lit. b) IDW. Ponadto z posiadanej przez Odwołującego wiedzy pochodzącej od osób zatrudnionych przy realizacji Inwestycji Tarnów-Dębica wynika, że większość prac torowych i wymiany sieci trakcyjnej przy jej realizacji była wykonywana przez Feroco S.A. w upadłości likwidacyjnej. Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. po przejęciu roli lidera kontraktu prowadziło prace dokończenia inwestycji, głównie związane z innymi pracami wynikającymi z jego realizacji.

Powyższe zdaniem Odwołującego 2 wskazuje, że informacje przekazane przez Konsorcjum Intercor w pozycji 1 wykazu robót oraz w wyjaśnieniach są niezgodne z rzeczywistym stanem, a więc stanowią informacje nieprawdziwe w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Co więcej, podanie wyżej wskazanych informacji w wykazie robót spowodowało, że Zamawiający nabrał błędnego wyobrażenia o tym, że Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. może się powoływać na realizację Inwestycji Tarnów-Dębica w celu wykazania spełniania warunków udziału określonych przez niego w pkt 8.6.1. lit. a-h IDW, a zatem Zamawiający został wprowadzony w błąd w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawcy, której ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu. Odwołujący 2 wskazał, iż w świetle orzecznictwa powyższe stanowi jednoznacznie przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp (por. wyrok z dnia 8 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 100/19).

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej, w przypadku uznania przez Izbę, iż powyższe działanie Konsorcjum Intercor nie wypełnia znamion przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, Odwołujący 2 wskazał, że wyżej wskazane wyjaśnienia Odwołującego powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości powoływania się na realizację Inwestycji Tarnów-Dębica przez Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i powinien wezwać on Konsorcjum Intercor do dalszych wyjaśnień w tym zakresie, ewentualnie do uzupełnienia wykazu o inne doświadczenie, które spełniałoby warunki udziału i realizacją którego Konsorcjum Intercor mogłoby się wykazać. Instrumentem obligującym Zamawiającego do wzywania do wyjaśnień, ewentualnie uzupełnień, w zakresie dokumentów potwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu jest wezwanie z art. 26 ust. 3 lub art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący 2 wskazał w tym zakresie na wyrok KIO z dnia 23 października 2018 r., sygn. akt KIO 2021/18.

Następnie Odwołujący 2 odniósł się do inwestycji Port Gdański, która została wskazana przez Konsorcjum Intercor na spełnienie warunku określonego w punkcie 8.6.1 lit. b) IDW, podnosząc, że Konsorcjum Intercor powinno zostać wezwane do wyjaśnień w zakresie ww. inwestycji, która zgodnie z przedstawionymi referencjami, była realizowana przez podmiot trzeci, na zasobach którego Konsorcjum Intercor polega tj. Electren S.A. w ramach konsorcjum. Odwołujący 2 zauważył, że Electren S.A. nie pełniła nawet funkcji lidera konsorcjum na wyżej wskazanej inwestycji. Konieczne jest zatem wyjaśnienie, czy Electren S.A. może posługiwać się doświadczeniem uzyskanym w ramach realizacji całego zamówienia w celu wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący 2 powołał się na wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14*Esaprojekt,* wskazując, iż niezbędne jest wykazanie przez Konsorcjum Intercor, czy Electren S.A. faktycznie i konkretnie uczestniczył w realizacji całego zamówienia. Zamawiający powinien zatem wezwać Konsorcjum Intercor do złożenia wyjaśnień dot. zakresu udziału Electrem S.A. w realizacji Inwestycji Port Gdański w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący 2 podniósł ponadto, iż brak takiego wezwania tym bardziej budzi wątpliwości, gdyż w dniu 5 grudnia 2019 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Intercor do wyjaśnień dot. zakresu udziału Przedsiębiorstwa Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. w realizacji innego zadania - Inwestycji Tarnów-Dębica Zamawiający w ten sam sposób powinien potraktować inne inwestycje wskazane w wykazie robót, które były realizowane prze2 członków Konsorcjum Intercor lub podmioty, na których zasoby się powołuje, w ramach konsorcjum.

Zamawiający w dniu 20 stycznia 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie Odwołującego 2 kosztami postępowania, w tym zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Izbą.

Odnosząc się do zarzutów nr 1 i 2 odwołania, Zamawiający zauważył, że Odwołujący 2 nie wskazał, w jakim zakresie treść oferty Konsorcjum Intercor jest niezgodna z SIWZ. Nie wykazał również, że cena oferty Konsorcjum

Intercor lub jej istotne elementy zostały zaniżone. W jego ocenie argumentacja odwołania jest generalna i ogólnikowa. Zamawiający podniósł, że ani przepisy, ani postanowienia IDW nie wskazują limitu kwotowego czy procentowego, który ograniczałyby wartość, do której wykonawcy mieliby możliwość obniżenia ceny oferty., istotą aukcji elektronicznej jest bowiem możliwość uzyskania korzystniejszych warunków zamówienia. Każdy z wykonawców dokonał w sposób samodzielny wyceny pierwotnie złożonych ofert. Ustawa nie wprowadza sankcji za przeszacowanie ceny oferty lub zaoferowanie ceny wyższej od stawek rynkowych. Wykonawca oferując zawyżoną cenę pierwotnej oferty z jednoczesnym założeniem, że zostanie ona zmniejszona w toku aukcji elektronicznej przyjmuje na siebie ryzyko niewystąpienia przesłanek do zastosowania aukcji koniecznością unieważnienia postępowania. Zamawiający nie widział również podstaw do kierowania wyjaśnień do konsorcjum INTERCOR w celu uzyskania odpowiedzi o przyczyny obniżenia ceny ofertowej w toku aukcji, gdyż tego rodzaju informacja pozostawała bez wpływu na ocenę ofert w postępowaniu.

W kontekście zarzutu zaoferowania przez Konsorcjum Intercor ceny rażąco niskiej, Zamawiający wskazał, że zarówno zestawienie pierwotnie zaoferowanych ofert, jak i zestawienie tych cen po przeprowadzeniu aukcji, nie dawało Zamawiającemu podstaw do kierowania do ww. wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. Zaoferowana cena nie odbiega znacząco od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. Zamawiający zauważył, że różnica cen między ceną Konsorcjum Intercor a ceną ofertyOdwołującego 2 wynosi 1 626,01 zł. Wskazał ponadto na art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, podnosząc, iż Odwołujący 2 niezasadnie odnosi cenę Konsorcjum Intercor do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert przed przeprowadzeniem aukcji. Wskazał, iż ostatecznej oceny złożonych ofert, a tym samym zaoferowanych cen, dokonuje się po zamknięciu aukcji, jeżeli ta była przewidziana. Punktem wyjścia w takiej sytuacji są ceny po aukcji, nie zaś ceny przed jej przeprowadzeniem. Zamawiający dodał, iż Odwołujący 2 nie wskazał i nie udowodnił w żaden sposób, że Konsorcjum Intercor dokonało zaniżenia ceny oferty (lub jej części składowych), nie odnisół się do pozycji Przedmiaru Robót wskazując te elementy, które mogłyby zostać zaniżone. Odwołujący zarzucając Zamawiającemu, że nie powziął „uzasadnionych wątpliwości", co do możliwości wykonania przez ww. wykonawcę zamówienia, jednocześnie nie wskazał, jakie czynniki i okoliczności winny ww. wątpliwości wzbudzić.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 odwołania, Zamawiający wskazał, iż stanowi on nadinterpretację przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Podniósł, że opisane przez Odwołującego okoliczności związane z „donoszeniem" na konkurenta nie stanowią przedmiotu badania i oceny przez Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego KIO nie posiada kognicji do dokonywania oceny działań konsorcjum Intercor w przedmiotowym postępowaniu (badanie takie zostało wykonane w ramach postępowania KIO 2234/19 i zakończyło się oddaleniem odwołania) i dlatego też zarzut nie powinien być merytorycznie rozpatrywany przez Izbę. Ponadto Zamawiający wskazał, iż ww. przepis, odnosi się do informacji własnych wykonawcy składanych w ofercie lub dokumentach na wezwanie Zamawiającego, a nie jakichkolwiek informacji. W przeciwnym wypadku wykonawcy wnosząc środki ochrony prawnej zakończone oddaleniem odwołania byliby wykluczani z postępowania. W ocenie Zamawiającego żadna z przesłanek wskazanych w at. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, które muszą wystąpić kumulatywnie, nie została spełniona. Odwołujący 2 nie wykazał, jakie konkretnie informacje były niezgodne z rzeczywistością, nie wskazał związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy przekazaniem informacji a nawet hipotetyczną decyzją Zamawiającego, jak również nie poczynił ustaleń, co do tego czy przedstawienie informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Zamawiający dodał, że na skutek własnej analizy i wątpliwości, na ok. miesiąc przed otrzymaniem „donosu" wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyceny ww. pozycji Przedmiaru robót, zatem pozostawał on bez wpływu na decyzje i działania Zamawiającego.

Zamawiający nie zgodził się także z zarzutem nr 5 odwołania, podnosząc, iż dla oceny prawidłowości działań Zamawiającego kluczowe znaczenia winna mieć data wezwania Konsorcjum Intercor do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, tj. 7 listopada 2019 r. Wskazał, iż w dniu uzupełniania dokumentów podmiotowych przez konsorcjum Intercor p. M. P. nie pełniła funkcji zarządczych, wobec czego wykonawca nie był zobowiązany do przedłożenia dokumentów potwierdzających jej niekaralność (brak przesłanki „aktualności"). Zamawiający podkreślił, że przyjęcie innego założenia prowadziłoby do sytuacji, w której np. w sytuacji śmierci członka zarządu w okresie pomiędzy złożeniem oferty a uzupełnieniem dokumentów, wykonawca podlegałby wykluczeniu z uwagi na niemożliwość przedłożenia „aktualnego" zaświadczenia. Z kolei w sytuacji odwrotnej, tj. kiedy to dana osoba zostaje włączona w skład zarządu po dacie składania ofert to wykonawca jest obowiązany do złożenia w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp dla ww. osoby zaświadczenia o niekaralności. Na potwierdzenie swojego stanowiska Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 4 września 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1796/19 oraz opinię Urzędu Zamówień Publicznych.

Odnosząc się do zarzutów nr 6 - 8 odwołania, Zamawiający wskazał, iż nie jest możliwym utożsamienie objęcia funkcji lidera z faktycznym zaangażowaniem się w realizacji zamówienia. Zamawiający stoi na stanowisku, że Konsorcjum Intercor przed lipcem 2014 r. jako partner konsorcjum również nabywało doświadczenie w zakresie w jakim brało udział w realizacji inwestycji. Zamawiający nie zgodził się tym samym z twierdzeniem Odwołującego 2, że okres doświadczenia wykonawcy powinien być liczony od 2014 r. Takie rozwiązanie prowadziłoby do absurdalnych wniosków, że tylko wykonawca wiodący, liderujący w danym projekcie może następnie powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach realizowanej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający wskazał, że Odwołujący Konsorcjum CCECC nie wykazał i nie udowodnił w żaden sposób, że przed rokiem 2014 Intercor nie brał udziału w realizacji zamówienie - z posiadanych przez Zamawiającego informacji wynika, że wykonawca był aktywnym uczestnikiem procesu budowlanego. Zamawiający podniósł ponadto, iż przedstawiony przez Odwołującego 2 harmonogram prac ma charakter wysoce uproszczony i w żaden sposób nie daje podstaw do przyjęcia zasadności formułowanych w odwołaniu zarzutów. Dodał, że Konsorcjum CCECC jako podstawę swojego stanowiska wskazuje informacje pochodzące ze stron internetowych oraz „wiedzy pochodzącej od osób zatrudnionych przy realizacji inwestycji". Zdaniem Zamawiającego informacje pochodzące z ww. źródeł nie mogą zostać uznane jako miarodajny i rzetelny materiał dowodowy, na Odwołującym ciążył obowiązek przedstawienia dowodów, które przynajmniej uprawdopodobniałyby prawdziwość formułowanych twierdzeń.

Następnie Zamawiający wskazał, iż z uwagi na fakt posiadania wszelkiej dokumentacji oraz informacji nie mógł zostać wprowadzony w błąd, gdyż sporna inwestycja była realizowana na rzecz Zamawiającego (Zamawiający podkreślił jednak, że stoi na stanowisku, że zakres doświadczenia konsorcjum Intercor jest zgodny z rzeczywistością, a więc nie ma tutaj przesłanki „informacji nieprawdziwej"). Zamawiający posiadał wiedzę jakie podmioty, w jakim czasie i zakresie wykonywały prace budowlane zatem miał możliwość, i co uczynił, zweryfikowania informacji przedstawionych przez konsorcjum Intercor. W tym zakresie Zamawiający powołał się na wyroki KIO w sprawach o sygn. akt KIO 100/19, KIO

782/17, KIO 1033/17, KIO 1135/19.

W kontekście zaś doświadczenia Electren S.A. Zamawiający podniósł, iżdoświadczenie tego podmiotu zostało wskazane w Wykazie robót jako doświadczenie dodatkowe/ nadprogowe, ponad minimum wymagane przez Zamawiającego. Zamawiający nie był obowiązany badać zarówno zakresu jak i formy jego realizacji. W świetle powyższego nieskierowanie wezwania do wyjaśnień lub uzupełnień w ww. zakresie wynikało z potwierdzenia spełniania warunku przez doświadczenie ALUSTA S.A., a tym samym pozostawało bez wpływu na wynik postępowania.

W sprawie o sygn. akt KIO 16/20 pismo procesowe złożyło także Konsorcjum Intercor, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Następnie dalsze pisma procesowe na rozprawie w dniu 28 stycznia 2020 r. złożył Zamawiający i Konsorcjum Intercor (Konsorcjum Intercor złożyło jedno pismo odnoszące się do sprawy KIO 10/20 i KIO 16/20).

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

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W sprawie o sygn. akt KIO 10/20 Izba na posiedzeniu w dniu 20 stycznia 2020 r. stwierdziła skuteczność przystąpień zgłoszonych do postępowania odwoławczego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia China Civil Engineering Construction Corporation z siedzibą w Pekinie oraz China Railway 19th Bureau Group Co., Ltd z siedzibą w Pekinie po stronie odwołującego oraz przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, Stecol Corporation z siedzibą w Tianjin oraz Sinohydro Corporation Limited z siedzibą w Pekinie po stronie zamawiającego, wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestników postępowania.

W sprawie o sygn. akt KIO 16/20 Izba na posiedzeniu w dniu 20 stycznia 2020 r. stwierdziła skuteczność przystąpień zgłoszonych do postępowania odwoławczego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Torpol Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu oraz Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie po stronie odwołującego oraz przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, Stecol Corporation z siedzibą w Tianjin oraz Sinohydro Corporation Limited z siedzibą w Pekinie po stronie zamawiającego, wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestników postępowania.

Odwołujący Konsorcjum Torpol na posiedzeniu w dniu 20 stycznia 2020 r. wycofał zarzut odwołania oznaczony nr 4, tj. zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12-23 ustawy Pzp z wyłączeniem przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d) i pkt 14 ustawy Pzp w zakresie przestępstwa określonego w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d) ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że Konsorcjum Intercor wykazało brak podstawy do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia oraz poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia (zaświadczenia o niekaralności przedstawiciela Sinohydro Corporation Limited).

Odwołujący Konsorcjum CCECC na rozprawie w dniu 28 stycznia 2020 r.wycofał zarzut odwołania oznaczony nr 4, tj. zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 15a ust. 11 i 12 ustawy Prawo budowlane dotyczący zaniechania wezwania Konsorcjum Intercor do wyjaśnień lub uzupełnień w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.2 IDW.

W tym stanie rzeczy Izba postanowiła umorzyć postępowanie w sprawie o sygn. akt KIO 10/20 oraz postępowanie w sprawie o sygn. akt KIO 16/20 w odniesieniu do wskazanych powyżej zarzutów. Jednocześnie Izba miała na względzie, iż informacja o częściowym umorzeniu postępowania powinna znaleźć się w sentencji orzeczenia, a nie tylko w jego uzasadnieniu, zważywszy na treść uchwały Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15, w której Sąd uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku, a nie w jego sentencji, o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Izba uznała, iż Odwołujący 1 i 2 wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba w sprawach o sygn. akt KIO 10/20 oraz KIO 16/20 dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jej modyfikacji i udzielonych wyjaśnień co do jej treści, informacji z otwarcia ofert, ofert wykonawców, w tym oferty Konsorcjum Intercor wraz z załącznikami, pisma Konsorcjum Intercor z dnia 9 października 2019 r.,informacji z dnia 30 października 2019 r. o wynikach aukcji elektronicznej, wezwania z dnia 7 listopada 2019 r. do złożenia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp oraz oświadczeń i dokumentów złożonych przez Konsorcjum Intercor w odpowiedzi na to wezwanie (w tym wykazu robót budowlanych wraz z załącznikami oraz dokumentów dotyczących braku podstaw wykluczenia w odniesieniu do podmiotu Alusta S.A.), wezwania z dnia 5 grudnia 2019 r. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Intercor, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 23 grudnia 2019 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 20 i 28 stycznia 2020 roku. Izba dopuściła i przeprowadziła także dowody z następujących dokumentów:

1)przedstawionych przez Konsorcjum Torpol:

–umowa wykonawcza nr 01/MG/Tarnów-Dębica/2014 wraz z załącznikiem nr 1;

–notatka ze spotkania Intercor i Feroco z dnia 17 października 2014 r.;

–aneks nr 2 z dnia 27 maja 2014 r. do umowy konsorcjum z dnia 25 czerwca 2010 r.

–załącznik nr 1 do porozumienia z dnia 13 października 2016;

–umowa wykonawcza nr 23/05/2011/2.1 z dnia 4 maja 2011 r.

–aneks nr 3 do umowy wykonawczej nr 01/MG/Tarnów-Dębica/2014 z dnia 4 sierpnia 2014 r. zawarty 18 września 2015 r.

2)przedstawionych przez Konsorcjum CCECC:

–odwołanie Konsorcjum Intercor z 29 października 2019 r. ;

–odwołanie Konsorcjum Torpol z 4 listopada 2019 r.;

–wyrok z dnia 20 listopada 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2234/19;

–wniosek o zmianę danych do KRS Alusta S.A. z dnia 12 listopada 2019 r. wraz z uchwałą zarządu z dnia 8 listopada 2019 r. o odwołaniu Pani M. P. z funkcji prokurenta samoistnego;

–wydruk ze strony internetowej Feroco S.A. dot. planowanej przejezdności na modernizowanym odcinku w grudniu 2015 r.;

–wydruk ze strony internetowej Feroco S.A. dotyczący zakresu robót Feroco S.A. w ramach inwestycji Tarnów-Dębica;

3)przedstawionych przez Zamawiającego:

–umowa nr 71/208/0044/17/Z/I na „Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach zadania pn. Wykonanie prac projektowych i robót budowlanych ba linii kolejowej nr 281 Oleśnica – Chojnice, prace na odcinku Września – Gniezno w torze nr 1 i 2 w ramach zadania pn. Prace na liniach kolejowych nr 281, 766 na odcinku Oleśnica/ Łukanów – Krotoszyn – Jarocin – Września – Gniezno”

–umowa konsorcjum z 16 marca 2017 r. zawarta pomiędzy Alusta S.A. a DOLKOM;

–protokół nr 2 odbioru częściowego z przekazaniem do eksploatacji z dnia 13 listopada 2017 r.;

–protokół nr 4 odbioru częściowego z przekazaniem do eksploatacji z dnia 22 grudnia 2017 r. oraz protokół odbioru częściowego robót nr 4/2017 dotyczący faktury nr SPBM/0078/17 z dnia 7 listopada 2019 r.;

–faktury VAT wystawione przez Alusta S.A. dotyczące inwestycji objetej umową nr 71/208/0044/17/Z/I;

–wyciąg z PFU dla inwestycji objętej umową nr 71/208/0044/17/Z/I;

4)przedstawionych przez Konsorcjum Intercor:

–korespondencja do 2014r.;

–oświadczenie pana K. K. z dnia 16 stycznia 2020r., oświadczenie pana G. F. z 15 stycznia 2020r., oświadczenie pana P. R. z 17 stycznia 2020r.;

–zestawienie pozwoleń na budowę dla inwestycji E-30 wraz z pozwoleniami;

–materiały torowe (plik dokumentów zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa zawierający dokumenty potwierdzające nabycie materiałów przez Intercor po lipcu 2014r.);

–wykonawstwo torowe (plik dokumentów zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa zawierający dokumenty potwierdzające zawieranie przez Intercor kontraktów z podwykonawcami od lipca 2014r.);

–oświadczenie pana T. T. z 16.01.2020 r.;

–najem sprzętu kolejowego (plik dokumentów zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa zawierający dokumenty potwierdzające wynajmowany sprzęt na roboty torowe);

–szlifowanie szyn (plik dokumentów zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa zawierający korespondencję prowadzoną przez INTERCOR z podwykonawcą w tym zakresie, zlecenie i fakturę);

–protokoły odbioru końcowego dla branży torowej;

–protokoły odbioru końcowego dla branży sieć trakcyjna;

–porozumienie do umowy wykonawczej z 13 października 2016r.;

–oświadczenie Alusta S.A. z dnia 16 stycznia 2020 r.;

–oświadczenie pana R. S. z dnia 17 stycznia 2020 r.;

–oświadczenie pana J. M. z dnia 17 stycznia 2020 r.

–dokumenty Electren (plik dokumentów zawierających protokoły odbioru i oświadczenia dotyczące inwestycji „Projekt poprawy dostępu kolejowego do portu Gdańsk”);

–wyciągi z dzienników budowy dla Inwestycji E-30;

–protokół odbioru częściowego dla branży torowej;

–notatki ze spotkań;

–korespondencja odnosząca się do uzyskiwania decyzji administracyjnych;

–oświadczenie DOLKOM Sp. z o.o.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego zestawienia przedstawionego przez Konsorcjum Intercor obrazującego stan robót zrealizowanych na linii E-30 po lipcu 2014r., które stanowiło opracowanie własne Przystępującego, wobec czego Izba potraktowała je jako uzupełnienie jego stanowiska procesowego. Ponadto Izba nie uznała za dowód złożonego przez Konsorcjum CCECC spisu literatury dotyczącej kwestii badania ceny zaoferowanej w toku aukcji elektronicznej, również traktując informacje zawarte w tym spisie jako uzupełnienie stanowiska Konsorcjum CCECC.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 2 Tomu I SIWZ - Instrukcje dla Wykonawców („IDW”) przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót

budowlanych na odcinku Czyżew – Białystok od km 107,260 do km 178,500. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia przedstawiony został w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWIORB), Część opisowej i rysunkowej Dokumentacji Projektowej oraz Programie Funkcjonalno – Użytkowym stanowiących Tom III SIWZ Przedmiarze Robót i Rozbiciu Ceny Ofertowej stanowiącym Tom IV SIWZ.

W pkt 8 IDW określono warunki, jaki muszą spełniać wykonawcy. Zgodnie z pkt 8.1 IDW w postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, wobec których brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 ustawy Pzp z wyłączeniem przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d) i pkt 14 w zakresie przestępstwa określonego w art. 24 ust. 1 pkt. 13 lit. d) oraz w art. 24 ust. 5 pkt 1, 4, 5 i 6 oraz spełniający warunki udziału w postępowaniu określone w pkt 8.2 IDW. W pkt 8.2 IDW wskazano, iż zgodnie z art. 22 ust. 1b ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów (8.2.1), sytuacji ekonomicznej lub finansowej (8.2.2), zdolności technicznej lub zawodowej (8.2.3). W pkt 8.3 IDW wskazano, iż wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (pkt 8.3.1). Zamawiający będzie oceniał, czy udostępnione wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 ustawy Pzp z wyłączeniem przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d) i pkt 14 w zakresie przestępstwa określonego w art. 24 ust. 1 pkt. 13 lit. d) ustawy Pzp oraz w art. 24 ust. 5 pkt 1, 4, 5 i 6 ustawy Pzp (pkt 8.3.2). Zgodnie z pkt 8.3.4. IDW w celu oceny, czy wykonawca polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający żąda dokumentów, które określą w szczególności: a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu, b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonaniu zamówienia, c) zakres i okres udziału innego podmiotu, przy wykonywaniu zamówienia, d) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą.

W pkt 8.6 IDW Zamawiający określił szczegółowe warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z pkt 8.6.1 IDW w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3 IDW wymagane jest wykazanie przez wykonawcę, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał:

a) co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane, każda wykonana w ramach jednej umowy, na zakres których składają się Budowa lub Przebudowa nawierzchni torowej na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, gdzie suma długości Budowanych lub Przebudowywanych torów szlakowych i torów głównych zasadniczych wynosiła łącznie co najmniej 20,0 km, przy czym co najmniej 10,0 km robót wykonana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich;

b) co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane, każda wykonana w ramach jednej umowy, na zakres których składają się Budowa lub Przebudowa sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, gdzie suma długości Budowanej lub Przebudowywanej sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi dla torów szlakowych i torów głównych zasadniczych, wynosiła łącznie co najmniej 20,0 km, przy czym co najmniej 10,0 km robót wykonana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich;

c) roboty budowlane wykonane w ramach jednej umowy, na zakres których składają się Budowa lub Przebudowa co najmniej 20 rozjazdów kolejowych;

d) Budowa lub Przebudowa co najmniej 1 (jednej) stacji kolejowej (przy czym Budowa lub Przebudowa obejmowały co najmniej jeden tor główny zasadniczy i co najmniej jeden tor główny dodatkowy wraz z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem oraz co najmniej dwa perony), a roboty wykonywane były przy prowadzonym ruchu pociągów na tej stacji;

e) Budowa lub Przebudowa co najmniej 1 (jednego) systemu stacyjnych, scentralizowanych urządzeń SRK (sterowania ruchem kolejowym), na stacji liczącej co najmniej 20 zwrotnic;

f) Budowa lub Przebudowa co najmniej 2 (dwóch) blokad liniowych wraz z powiązaniem do systemu stacyjnego;

g) Budowa lub Przebudowa:

- 1 (jednego) wiaduktu lub mostu lub estakady o rozpiętości najdłuższego przęsła nie mniejszej niż 12m oraz
- 1 (jednego) wiaduktu kolejowego o rozpiętości najdłuższego przęsła nie mniejszej niż 12m oraz
- 1 (jednego) mostu kolejowego o rozpiętości najdłuższego przęsła nie mniejszej niż 20m;

h) Budowa lub Przebudowa co najmniej 1 (jednego) obiektu typu przejście podziemne dla pieszych pod linią kolejową.

Zamawiający wskazał, iż każde wykazane zadanie/realizacja może jednocześnie potwierdzać spełnianie kilku z powyższych warunków. Ocena spełniania w/w warunku nastąpi na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów i oświadczeń, o których mowa w punkcie 9 IDW.

Zgodnie z pkt 8.7 IDW z postępowaniaZamawiający wykluczy wykonawcę wobec którego zachodzi którakolwiek przesłanka określona w art. 24 ust.1 pkt 12-23 ustawy Pzp z wyłączeniem przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d) i pkt 14 ustawy Pzp w zakresie przestępstwa określonego w art. 24 ust. 1 pkt. 13 lit. d) ustawy Pzp oraz w art. 24 ust. 5 pkt 1, 4, 5 i 6 Ustawy.

W pkt 9.1. IDW Zamawiający wskazał, iż w celu wstępnego wykazania, że brak jest podstaw do wykluczenia z Postępowania oraz potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, każdy z wykonawców zobowiązany jest złożyć Jednolity Dokument, którego wzór stanowi Załącznik nr 8a do IDW. Zgodnie z pkt 9.5 IDW Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających: a)

okoliczności, o których mowa w Jednolitym Dokumencie Wykonawcy, b) okoliczności, o których mowa w Jednolitym Dokumencie dotyczącym każdego z podmiotów, na którego zasoby powołuje się Wykonawca, w zakresie pkt 9.7.1 – 9.7.7 IDW.

W pkt 9.6 IDW określono dokumenty i oświadczenia wymagane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postepowaniu, w tym:

9.6.1 wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wraz z podaniem ich przedmiotu, terminów wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty zostały wykonane (wzór wykazu stanowi Załącznik Nr 13 do IDW);

9.6.2. dowody określające, czy roboty budowlane wymienione w wykazie zostały wykonane należycie, zawierające w szczególności informacje o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami Prawa budowlanego i prawidłowo ukończone przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane;

9.6.3. inne dokumenty – jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów, o których mowa w pkt 9.6.2 IDW;

W punkcie 9.7 IDW wskazano dokumenty i oświadczenia wymagane od wykonawcy na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania m.in.:

9.7.1. informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

9.7.2. informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 (z wyłączeniem przesłanki zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 13 d) ustawy Pzp oraz w zakresie określonym w art. 24 ust. 5 pkt 6 ustawy Pzp wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

9.7.3. informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 (z wyłączeniem przesłanki zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 13 d) ustawy Pzp oraz w zakresie określonym w art. 24 ust. 5 pkt 5 ustawy Pzp, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert – w odniesieniu do osób fizycznych.

W pkt 13 IDW przedstawiono opis sposobu obliczenia ceny, wskazując m.in., iż cena podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce). Wykonawca musi dołączyć do oferty wypełnioną Wycenę wraz z Przedmiarami Robót (Część A) i RCO (Część B). W pkt 13.8 IDW wskazano m.in. każda pozycja RCO powinna zostać wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym. Nie dopuszcza się wliczania kosztów wykonania jakiejkolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO.

W pkt 20.1 IDW wskazano, iż Zamawiającyskorzysta z uprawnienia wynikającego z art. 24aa. ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający najpierw dokona oceny ofert a następnie zbada czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z pkt 20.7 IDW w celu oceny ofert Zamawiający przyjmuje następujące kryteria: a) Całkowita cena brutto – waga: 95%; b) Termin realizacji - waga 5%**.** W pkt 20.10 IDW Zamawiający zastrzegł możliwość dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Zgodnie z pkt 20.10.1 IDW jeżeli w postępowaniu złożone zostaną co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu po dokonaniu oceny ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna. W pkt 20.10.2 IDW wskazano, iż w toku aukcji elektronicznej parametrem licytowanym będzie „Całkowita cena brutto". Z kolei zgodnie z pkt 20.10.8 Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. W pkt 20.10.25 IDW Zamawiający przedstawił sposób dokonania wyliczenia cen jednostkowych w przypadku, gdy wybór najkorzystniejszej oferty zostanie dokonany w wyniku przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

Zgodnie z pkt 23.1 IDW Zamawiający zastrzegł, że wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania następujących kluczowych części zamówienia: minimum 50% robót z zakresu nawierzchni torowej na szlakach i torach głównych zasadniczych w stacjach. Zamawiający dopuszcza powierzenie pozostałych części zamówienia podwykonawcom. Wykonawca zobowiązany jest wskazać w Formularzu Ofertowym części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podać (o ile jest to wiadome) nazwy tych podwykonawców.

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty: Konsorcjum Torpol z ceną netto 4 014 500 518,79 zł (brutto 4 937 835 638,11 zł), Konsorcjum Intercor z ceną netto 4 277 855 308,03 zł (brutto 5 261 762 028,88 zł) oraz Konsorcjum CCECC z ceną netto 3 397 297 389,54 zł. Wszyscy oferenci wskazali taki sam termin realizacji zamówienia - 37 miesięcy. Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podana podczas otwarcia ofert wyniosła 1 572 797,65 zł brutto.

Konsorcjum Intercor w pkt 12 formularza ofertowego oświadczyło, iż wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu będzie polegać na zasobach m.in. następujących podmiotów: Alusta S.A. z siedzibą w Poznaniu (podmiot nr 1) oraz Electren S.A. z siedzibą w Madrycie (podmiot nr 4). W pkt 13 formularza ofertowego Konsorcjum Intercor oświadczyło, iż zamówienie zrealizuje z udziałem podwykonawców, wskazując m.in., iż polegając na zasobach podmiotów wymienionych w pkt 12 powierzy wykonanie Alusta S.A. robót branży torowej z wyłączeniem kluczowych części zamówienia tj. minimum 50% robót z zakresu nawierzchni torowej na szlakach i torach głównych zasadniczych w stacjach, które Wykonawca zobowiązany jest wykonać osobiście zgodnie z pkt 23.1 IDW. Do oferty załączono zobowiązanie firmy Alusta S.A. do oddania do dyspozycji Konsorcjum Intercor niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia m.in. w odniesieniu do zdolności zawodowej w zakresie roboty budowlanej na Budowę lub Przebudowę nawierzchni torowej na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, gdzie suma długości Budowanych lub Przebudowywanych torów szlakowych i torów głównych zasadniczych wynosiła łącznie co najmniej 20,0 km, przy czym co najmniej 10,0 km robót wykonana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich. Wskazano także, iż sposób wykorzystania udostępnionych w powyższym zakresie zasobów będzie obejmował realizację robót budowlanych objętych częścią przedmiotu zamówienia w zakresie budowy lub przebudowy nawierzchni torowej (do 50% robót z zakresu nawierzchni torowej) oraz świadczenie usług w zakresie kierowania i nadzorowania robót objętych kontraktem poprzez sprawowanie funkcji Kierownika Budowy zgodnie z Prawem Budowlanym na podstawie umowy o podwykonawstwo. Ponadto do oferty załączono zobowiązanie firmy Electren S.A.. do oddania do dyspozycji Konsorcjum

Intercor niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia m.in. w zakresie dwóch robót budowlanych, każda wykonana w ramach jednej umowy, na zakres których składają się Budowa lub Przebudowa sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, gdzie suma długości Budowanej lub Przebudowywanej sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi dla torów szlakowych i torów głównych zasadniczych, wynosiła łącznie co najmniej 20,0 km, przy czym co najmniej 10,0 km robót wykonana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich.

Zamawiający w dniu 25 września 2019 r. wezwał Konsorcjum CCECC na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny dotyczących zakresu części B przedmiotu zamówienia, wskazując, które kwestie budziły szczególne wątpliwości Zamawiającego w odniesieniu do stacji Baciuty i Racibory. W piśmie z dnia 10 października 2019 r. ww. wykonawca złożył stosowne wyjaśnienia.

Pismem z dnia 9 października 2019 r. Konsorcjum Intercor powiadomiło Zamawiającego o wadliwościach w ofercie Konsorcjum CCECC w zakresie niezastosowania się przez ww. Konsorcjum do sposobu kalkulowania oraz przedstawiania ceny ofertowej wskazanego w SIWZ. W piśmie podniesiono, iż wycena pozycji RCO, w których wykonawcy mieli wycenić istotny zakres czynności, jakim jest budowa stacji Racibory i Baciuty, dokonana przez Konsorcjum CCECC jest nierynkowa. Mając na względzie treść pkt 13.8 IDW, zdaniem Konsorcjum Intercor należy uznać, że Konsorcjum CCECC nie uwzględniło w ofercie zakresu prac odpowiadającego oczekiwaniom Zamawiającego, wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia, co prowadzi do wniosku, że oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ewentualnie Zamawiający powinien wszcząć procedurę, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający zaprosił do udziału w aukcji wszystkich trzech wykonawców, którzy złożyli oferty. W efekcie Konsorcjum Intercor w dniu 29 października 2019 r. wniosło odwołanie wobec zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum CCECC na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zaniechania zastosowania względem ww. oferty procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny oraz zaproszenia ww. wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej. Wobec wycofania ww. odwołania, w dniu 6 listopada 2019 r. Izba wydała postanowienie o umorzeniu postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2196/19. W dniu 4 listopada 2019 r. odwołanie wniosło także Konsorcjum Torpol w zakresie zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum CCECC oraz zaproszenia Konsorcjum CCECC do udziału w aukcji elektronicznej i przeprowadzeniu aukcji z tym wykonawcą. Wyrokiem z dnia 20 listopada 2019 r. Izba umorzyła postępowanie odwoławcze co do zarzutu ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wobec cofnięcia odwołania w tym zakresie oraz oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie.

Zgodnie z informacją z dnia 30 października 2019 r. po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej największą ilość punktów uzyskało Konsorcjum Intercor. Ostateczna cena wskazana przez ww. wykonawcę w aukcji elektronicznej wyniosła 3 365 999 941,41 zł netto (4 140 179 927,93 zł brutto).

Zamawiający w dniu 7 listopada 2019 r. wezwał Konsorcjum Intercor do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia. W odpowiedzi na to wezwanie Konsorcjum Intercor złożyło m.in. wykaz robót budowlanych, w którym:

- w poz. 1 na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt 8.6.1 lit. a)-h) IDW wskazało robotę budowlaną pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej E-30/C-E 30 Kraków-Medyka granica państwa na odcinku Tarnów - Dębica w km 80,200 -111,500 w ramach Projektu POIiŚ 5.1-7 "Modernizacja linii kolejowej E 30/C-E 30, odcinek Kraków-Rzeszów, etap III" - FAZA II; Przetarg 2.1” (Wykonawca Konsorcjum Firm: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o. o. (lider), TORPOL S.A., FEROCO S.A. w upadłości likwidacyjnej, ZRK - DO w Poznaniu Sp. z o. o), załączając świadectwo przejęcia wydane 26 stycznia 2018 r. o sygn. MP/2.1/BLE/F20/1551/18;
- w poz. 2 na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt 8.6.1 lit. a) IDW wskazało robotę budowlaną „Wykonanie prac projektowych i robót budowlanych na linii kolejowej nr 281 Oleśnica – Chojnice, prace na odcinku Września – Gniezno w torze nr 1 i 2 w ramach zadania pn. „Prace na liniach kolejowych nr 281, 766 na odcinku Oleśnica/Łukanów –Krotoszyn – Jarocin –Września – Gniezno” w oparciu o zasoby udostępniane przez Alusta S.A., załączając referencje z dnia 26 kwietnia 2019 r. wystawione przez PKP PLK S.A., z których wynikał fakt realizacji ww. robót przez konsorcjum Alusta S.A. (lider) i Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej DOLKOM Sp. z o.o. (partner);
- w poz. 3 na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt 8.6.1 lit. b) IDW wskazało robotę budowlaną„Projekt poprawy dostępu kolejowego do Portu Gdańsk (most + dwutorowa linia kolejowa)”w oparciu o zasoby udostępniane przez Electren S.A., załączając referencje z dnia 22 marca 2017 r. wystawione przez PKP PLK S.A., z których wynikał fakt realizacji ww. robót przez konsorcjum Dragados S.A (lider), Vias y Construcciones S.A. oraz Electren S.A.

Konsorcjum Intercor złożyło ponadto dokumenty mające potwierdzać brak podstaw do wykluczenia. W odniesieniu do podmiotu Alusta S.A., na którego zasoby się powołano, Konsorcjum Intercor złożyło m.in. informacje o niekaralności, wśród których nie było informacji odnoszącej się do Pani M. P., która została odwołania z funkcji prokurenta samoistnego Alusta S.A. z dniem 8 listopada 2019 r. (co ustalono na podstawie dowodów załączonych do odwołania Konsorcjum CCECC)

Pismem z dnia 5 grudnia 2019 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Intercor do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp m.in. w odniesieniu do warunku określonego w pkt 8.6.1 lit. a)-h) IDW i roboty budowlanej wskazanej przez wykonawcę w poz. 1 wykazu robót zrealizowanej przez konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o. o. (lider), Torpol S.A. Feroco S.A. w upadłości likwidacyjnej, ZRK - DOM w Poznaniu sp. z o.o. (dalej jako „Inwestycja E-30”). Zamawiający zauważył, że wykonawca może się posługiwać doświadczeniem uzyskanym w ramach realizacji zamówienia przez konsorcjum, którego był członkiem - wyłącznie w zakresie faktycznie przez niego wykonanym, tym samym nie może sobie przypisać doświadczenia w zakresie realizacji zamówienia, w którym nie brał udziału. Ponieważ firma Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o. o. powołuje się na doświadczenie uzyskane w ramach zrealizowania zamówienia przez konsorcjum, którego był liderem, konieczne jest ustalenie jaki zakres w ramach tego zamówienia został zrealizowany przez firmę Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o., gdyż współpraca wykonawców w ramach konsorcjum może odbywać się na różnych zasadach.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Konsorcjum Intercor wyjaśniło, iżspółka Intercor w ramach konsorcjum, które realizowało zamówienie pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej E-30/C-E 30 Kraków – Medyka – granica państwa na odcinku Tarnów – Dębica w km 80,200 -111,500 w ramach projektu POIiŚ 5.1-7 „Modernizacja linii kolejowej E-30/C-E 30, odcinek Kraków – Rzeszów, etap III" – FAZA II; Przetarg 2.1"od początku jego realizacji:

- była zaangażowana w zarządzanie inwestycją oraz jej organizację;
- aktywnie uczestniczyła w procesie decyzyjnym;
- wraz ze spółką Feroco realizowała kluczowe części zamówienia;

natomiast od połowy 2014 r. (tj. przez większą część inwestycji);

- pełniła funkcję lidera konsorcjum, odpowiadając kompleksowo za realizację inwestycji, w tym m. in. nadzorując wykonywanie wszelkich prac, reprezentując konsorcjum przed Zamawiającym oraz innymi podmiotami (w tym kontraktując podwykonawców), odpowiadając za prawidłowość przebiegu prac (np. w zakresie zamknięć torowych) oraz dokumentacji powykonawczej, prowadząc z Zamawiającym rozliczenie inwestycji;

a począwszy od drugiej połowy 2016 r. (tj. od momentu zaprzestania wykonywania jakichkolwiek czynności w ramach kontraktu przez spółkę FEROCO);

- samodzielnie wykonywała wszelkie czynności związane z realizacją inwestycji,

przez co przypisanie jej kompleksowego doświadczenia zdobytego w ramach tej inwestycji uznać należy za w pełni uzasadnione.

Konsorcjum Intercor podkreśliło, że było to bardzo złożone i skomplikowane przedsięwzięcie. Był to jeden z pierwszych w Polsce tak dużych kontraktów polegających na modernizacji linii kolejowej realizowany w konwencji „projektuj i buduj". Na całość prac, wycenionych na ponad 650 mln zł, składały się prace projektowe i wykonawcze dla linii kolejowej o długości ponad 31 km w tym ponad 70 km toru, wraz 62 rozjazdami i koniecznością budowy/przebudowy ponad 70 obiektów inżynieryjnych. O stopniu formalnego skomplikowania omawianej inwestycji świadczy chociażby fakt, że w toku jej kilkuletniej realizacji wydanych zostało 50 pozwoleń na budowę/Decyzji ZRiD.Umowa obejmująca E-30 zawarta została dnia 28 grudnia 2010 roku pomiędzy zamawiającym a konsorcjum spółek w składzie: Feroco S.A. z siedzibą w Poznaniu, Torpol Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o. o. z siedzibą w Zawierciu. Wcześniej, tj. dnia 25 czerwca 2010 r. zawiązana została pomiędzy wskazanymi spółkami umowa konsorcjum (załącznik 1). Jak wskazano w jej treści celem konsorcjum było wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem była realizacji E-30. Zgodnie z jej postanowieniem (§ 6 ust. 1) „wszyscy partnerzy konsorcjum ponoszą solidarną odpowiedzialność za terminowe i należyte wykonanie Kontraktu oraz inne zobowiązania Konsorcjum związane z realizacją Kontraktu, a także za szkody wyrządzone wykonaniem lub zaniechaniem czynności w ramach tych zobowiązań (…)".

Konsorcjum Intercor podkreśliło, że istnienie pomiędzy konsorcjantami wspólnie realizującymi zamówienie solidarnej odpowiedzialności stanowi okoliczność przemawiającą za dopuszczalnością przypisywania poszczególnym członkom konsorcjum doświadczenia zdobytego przez konsorcjum w toku realizacji zamówienia. Wskazał, że wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, na który powołuje się Zamawiający (z 4 maja 2017 r., w sprawie C-387/14 *Esaprojekt*) nie bierze pod uwagę tej okoliczności, wszak regulacje unijne nie przewidują ustanowienia pomiędzy członkami konsorcjum solidarnej odpowiedzialności (w odróżnieniu od Pzp, gdzie odpowiedzialność taka wynika wprost z art. 141). Jakkolwiek nie jest to okoliczność kluczowa (można sobie bowiem wyobrazić sytuację, że pomimo istnienia solidarnej odpowiedzialności zakres prac został pomiędzy wykonawcami podzielony w taki sposób, że nie jest zasadne przypisanie jednemu z nich doświadczenia całego konsorcjum), to powinna być wzięta pod uwagę. Tym bardziej, że fakt istnienia pomiędzy wykonawcami solidarnej odpowiedzialności bardzo często znajduje odzwierciedlenie w pozostałych regulacjach odnoszących się do relacji wykonawców wspólnie realizujących zamówienie.

Wykonawca wyjaśnił, iż podobnie było w przypadku realizacji E-30. Członkowie konsorcjum ustanowili bowiem lidera (którym została spółka Feroco), jednakże decyzje lidera podejmowane były w imieniu i na rzecz wszystkich konsorcjantów. Zgodnie z § 3 ust. 1 umowy konsorcjum lider upoważniony był do „zaciągania w ich imieniu innych zobowiązań niezbędnych do realizacji Kontraktu, w tym m. in. umów, których przedmiotem będą zamówienia uzupełniające i dodatkowe". Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO zapadłym już po wyroku Trybunału w sprawie *Esaprojekt*, fizyczne wykonanie określonych prac w ramach umowy o zamówienie publiczne nie jest konieczne, aby konsorcjantowi można było przypisać doświadczenie zdobyte w ramach realizacji współwykonywanego zamówienia (takie rozumienie stanowiska Trybunału byłoby nieuzasadnione – oznaczałoby, że wykonawca, który zrealizował zamówienie w konsorcjum byłby właściwie pozbawiony możliwości wykazywania się tym doświadczeniem, wyjątkiem byłyby sytuacje, gdy ubiega się on o zamówienie dokładnie z tym wykonawcą/ wykonawcami, z którym realizował referencyjną inwestycję). Konsorcjum Intercor przywołało wyrok Izby z dnia 2 listopada 2017 r. (sygn. KIO 2007/17, KIO 2014/17), w którym stwierdzono, że kluczowe dla oceny możliwości posługiwania się przez jednego z konsorcjantów doświadczeniem całego konsorcjum pozostaje ustalenie czy podmiot ten miał faktyczny wkład w podejmowanie decyzji dotyczących konsorcjum.

Konsorcjum Intercor zauważyło, że umowa konsorcjum w żaden sposób nie ograniczyła odpowiedzialności wykonawcy Intercor, nie wyłączała również tego wykonawcy z zaangażowania w faktyczny proces decyzyjny czy organizacyjny w ramach realizacji inwestycji. Uprawnienia, które przyznane zostały w jej treści liderowi ograniczają się do funkcji reprezentacyjnych w relacji z Zamawiającym (obowiązek ustanowienia lidera konsorcjum wynika z art. 23 ust. 2 Pzp) oraz podmiotami zaangażowanymi w realizację kontraktu. Wykonawca podkreślił, że jakkolwiek umowa o zamówienie publiczne (E-30) zawarta została pomiędzy Zamawiającym a czterema wskazanymi na wstępie niniejszego pisma wykonawcami, to w faktyczną realizację kontraktu zaangażowane były dwa podmioty: Feroco oraz Intercor (pozostali dwaj wykonawcy nie wykonywali żadnych robót). Co istotne, właśnie Feroco oraz Intercorw pełni zaangażowane były w organizację i zarządzanie całym przedsięwzięciem inwestycyjnym. Intercor brał czynny udział w radach budowy oraz angażował się w działalność gremiów aktywnych na etapie realizacji inwestycji. Okoliczność ta, w ślad za orzeczeniem Izby z dnia 27 sierpnia 2018 r. (sygn. KIO 1607/18), winna być brana pod uwagę na etapie oceny faktycznego doświadczenia nabywanego przez wykonawcę. Okoliczności wskazujące na zaangażowanie wykonawcy w organizację i zarządzanie inwestycją determinują możliwość przypisywania wykonawcy całość nabytego przez konsorcjum doświadczenia. Jak wynika z powyższego już w pierwszych trzech latach realizacji Intercor, pomimo faktu

(bezspornego), iż to inny wykonawca sprawował funkcję lidera konsorcjum, angażował się w realizację E-30 w sposób uzasadniający przypisanie sobie kompleksowego doświadczenia związanego z tą inwestycją.

Niezależnie od powyższego, Konsorcjum Intercor wskazało, iż po trzech latach realizacji inwestycji (kiedy to zaawansowanie prac wynosiło ok 38%), Intercor już nie tylko faktycznie, ale i formalnie, przejął wiodącą rolę w realizacji inwestycji E-30**,** co definitywnie przesądza o możliwości przypisania sobie doświadczenia związanego z tym przedsięwzięciem. W związku z problemami (skutkującymi ogłoszeniem upadłości z możliwością zawarcia układu) dotychczasowego lidera konsorcjum, konieczne okazało się dokonanie zmiany w tym zakresie. Członkowie konsorcjum zawarli dnia 27 maja 2014 r. aneks nr 2 do umowy konsorcjum (zał. nr 2). Zgodnie z jego treścią pełnomocnikiem (liderem) została spółką Intercor. Do obowiązków Intercor należało:

a)podpisywanie w imieniu konsorcjum aneksów do umowy obejmującej E-30;

b)zaciąganie w imieniu konsorcjum zobowiązań niezbędnych do realizacji kontraktu E-30 (w tym zawieranie umów obejmujących zamówienia dodatkowe i uzupełniające);

c)reprezentowania konsorcjum w ramach współpracy z zamawiającym i jego personelem oraz przyjmowanie poleceń i instrukcji kierowanych przez zamawiającego lub inżyniera;

d)koordynowanie wykonania kontraktu, w tym robót Partnerów.

Zmiana lidera konsorcjum wprowadzona została również do umowy z Zamawiającym (w drodze aneksu nr 3 z dnia 27 sierpnia 2014 r., zał. nr 3). W treści tego aneksu wskazano również, że płatności z tytułu realizacji inwestycji przez konsorcjum dokonywane będą na rachunek Intercor. Od momentu zmiany na stanowisku lider INTERCOR wykonywał w imieniu konsorcjum wszelkie czynności związane z realizacją inwestycji, w tym:

a)koordynował prace wykonawców i podwykonawców,

b)prowadził rozliczenia z Zamawiającym (w załączeniu przykładowe Miesięczne Rozliczenie Wykonawcy z dnia 30.06.2015 r., zał. 4 oraz pismo w sprawie Przejściowego Świadectwa Płatności z dnia 11.08.16 r., zał. 5), fakturował Zamawiającego (w załączeniu przykładowa faktura z dnia 29.07.16 r., zał. 6);

c)przedstawiał Inżynierowi Kontraktu do akceptacji dokumentację powykonawczą (w załączeniu przykładowe zgłoszenia z dnia 16.11.2016 r., zał. 7);

d)uzgadniał z Inżynierem zamknięcia torowe (w załączeniu przykładowe zgłoszenie z dnia

18.11.2016 r., zał. 8);

e)odpowiadał (w imieniu konsorcjum) za udział w naradach (w załączeniu przykładowy protokół z narady techniczno – koordynacyjnej z dnia 28.04.2017 roku).

W tym okresie jedyny (poza Intercor) „aktywny" członek konsorcjum, jakim była spółka Feroco, z uwagi na problemy finansowe, nie był w stanie samodzielnie finansować i realizować prac. Zaangażowane Intercor sięgało zatem tak daleko, że obejmowało np. zakup materiałów niezbędnych do wykonania prac przez spółkę Feroco. W tym okresie Intercor przejmował również podwykonawców zakontraktowanych przez Feroco, jak również sukcesywnie przejmował poszczególne zakresy robót, w tym robót ziemnych, wzmocnienia nasypów, czy też robót torowych. Pogłębiające się problemy spółki Feroco skutkowały postępującym zaangażowaniem Intercor również w faktyczną realizację prac. Ostatecznie znalazło to wyraz w zdarzeniach, które wystąpiły w 2016 r., kiedy to spółka Feroco definitywnie wycofała się z realizacji kontraktu E-30. Wobec zaprzestania wykonywania przez Feroco jakichkolwiek prac w ramach inwestycji oraz niezmiennego „uśpienia" dwóch pozostałych wykonawców, spółka Intercor była faktycznie jedynym wykonawcą realizującym omawianą inwestycję na jej kluczowym etapie. Intercor był nie tylko liderem konsorcjum, ale aktywnie i bezpośrednio uczestniczył w realizacji całego przedsięwzięcia, dokonywał zakupów materiałów, pozyskiwał podwykonawców, realizował prace wchodzące w zakresie inwestycji i nadzorował i odbierał wszystkie prace.

Konsorcjum Intercor podkreśliło, że specyfika kontraktu E-30 powodowała, że na jego końcowym etapie niezbędne było wykonanie szeregu czynności odnoszących się do całego zakresu kontraktu E-30 (a więc również zakresu wykonanego np. na początkowym etapie jego realizacji, tj. kiedy spółka Feroco faktycznie zaangażowana była jeszcze w realizację inwestycji. Intercor zobligowany był zatem m. in. do reprofilacji wszystkich torów, uzupełninia tłucznia dla wszystkich torów, podbicia stabilizacyjnego przy użyciu maszyn typu DGS całego szlaku, wykonania pełnego szlifowania wszystkich torów czy też reprofilacji ław w zakresie całego obszaru inwestycji. Intercor w wyniku wewnętrznych ustaleń w ramach konsorcjum przejmował systematycznie realizację robót torowych. Zaangażowanie spółki Intercor pozwoliło na ostateczne terminowe zakończenie inwestycji. Dnia 26 stycznia 2018 r. wystawione zostało Świadectwo Przejęcia potwierdzające należycie ukończenie prac wchodzących w zakres inwestycji E-30. Zatem, jak wynika z powyższego Intercor przypisuje sobie doświadczenie w zakresie realizacji zamówienia, w którym faktycznie brał udział. Od początku bowiem realizacji zamówienia Intercor zaangażowany był w realizację całości inwestycji (która faktycznie realizowana była wspólnie przez Feroco oraz Intercor), a w 2014 r. w sposób formalny objął w ramach konsorcjum rolę lidera. W dalszej części inwestycji Intercor był już wykonawcą, który praktycznie w sposób samodzielny realizował omawianą inwestycję. Biorąc pod uwagę zakres omawianej inwestycji (który bezspornie pozwala uznać za spełnione warunki z pkt. 8.6.1 lit. a-h IDW, co więcej inwestycja E-30 obejmowała zakres znacznie szerszy niż weryfikowany przez Zamawiającego) oraz jej faktyczny przebieg zdaniem Konsorcjum Intercor uznać należy, że Intercor nabył doświadczenie, które uzasadnia uznanie, że spełnia on warunki, o których mowa w pkt. 8.6.1 lit. a-h IDW.

Konsorcjum Intercor wskazało ponadto, iż gdyby podzielić inwestycję E-30 na dwie części – pierwszą, którą odpowiadałaby realizacji zadania do momentu, w którym Intercor został liderem konsorcjum oraz drugą – przypadającą na okres późniejszy (kiedy to Intercor niemal w pojedynkę realizował inwestycję), to doświadczenie zdobyte w tej drugiej części pozwoliłoby na spełnienie warunków, o których mowa w pkt. 8.6.1 lit. a-h IDW. Oczywiście podział taki należy traktować czysto hipotetycznie – istotne jest jednak, że już chociażby doświadczenie zdobywane po 2014 r. (a więc w okresie kiedy Intercor był liderem konsorcjum) wystarczyłoby do uznania warunków za spełnione. Jednocześnie stwierdzenie to w żadnym wypadku nie umniejsza prawa Intercor do przypisania sobie również doświadczenia przypadającego na okres poprzedzający objęcie funkcji lidera konsorcjum.

Ponadto Konsorcjum Intercor z ostrożności odniosło się do wniosków, które wysnuć należy na podstawie wyroku w sprawie *Esaprojekt*. Konsorcjum Intercor wskazało, iż nie kwestionuje (w tym czy jakimkolwiek innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) zasadności badania faktycznego zaangażowania wykonawcy w prace zrealizowane

przez konsorcjum. Niemniej jednak utożsamianie zaangażowania w realizację całego kontraktu z faktycznym wykonaniem danych prac nie jest trafione. Oczywiste jest, że wykonawcy tworząc konsorcjum, dokonują między siebie podziału prac (w przeciwnym razie utworzenie konsorcjum nie miałoby sensu). Zatem z tego tylko faktu nie należy jeszcze wyciągać daleko idących wniosków. Kluczowe jest bowiem w jaki sposób realizowana była inwestycja, tj. jak przebiegał proces decyzyjny i kto na nie wpływał, jak wyglądała organizacja konsorcjum, którzy wykonawcy angażowali się w zarządzanie całym kontraktem itd. Dopiero analiza tych okoliczności pozwala na ustalenie czy dany członek konsorcjum może przypisać sobie doświadczenie całego konsorcjum. Przyjęcie, że jest to możliwe jedynie w przypadku faktycznego wykonania wszelkich prac przez wykonawcę prowadziłoby do kolejnego wniosku niezgodnego z logiką. Skoro bowiem oczywiste jest, że wykonawcy tworzący konsorcjum dzielą między siebie zakres prac niezbędnych do wykonania, to oznaczałoby to, że posłużenie się doświadczeniem w przypadku realizacji zamówienia wspólnie z innymi podmiotami byłoby automatycznie niemożliwe. Co więcej, taka nietrafiona koncepcja stawiałaby pod znakiem zapytania również inne przypadki, w których zamówienie realizowane są przy udziale innych podmiotów, tj. np. przy udziale podwykonawców. Konsorcjum Intercor zwróciło także uwagę na stan faktyczny, w którym zapadł wyrok w sprawie *Esaprojekt*, który istotnie się różni od omawianego w piśmie. Abstrahując od kwestii solidarnej odpowiedzialności wykonawców, Konsorcjum Intercor zauważyło, że w sprawie ocenianej przez Trybunał przedmiotem zamówienia były dostawy, a więc przedmiot z założenia podzielny oraz co do zasady nie tak skomplikowany jak zadania infrastrukturalne (które są przedsięwzięciami wewnętrznie powiązanymi i wieloaspektowymi).

Konsorcjum Intercor wskazało także, że w przypadku inwestycji infrastrukturalnych przedmiot zamówienia ma z reguły charakter pewnej całości, z której nie można wyodrębnić prac i przypisać ich konkretnym podmiotom. Taka sytuacja byłaby możliwa jedynie gdyby wykonawcy podzielili się w taki sposób, że jeden z nich wykonałby kompleksowe prace dla fragmentu odcinka, a drugi dla pozostałej części (wówczas ich działania byłyby powiązane w bardzo ograniczony sposób). Zdaniem Konsorcjum Intercor z taką sytuacją jednak nie mamy do czynienia w przypadku inwestycji E-30. Prac wykonywanych przez Feroco i Intercor nie da się od siebie odseparować, wymagały one ścisłej kooperacji. Konsorcjum Intercor podniosło, iż na znaczenie tej okoliczność wskazała Izba w wyroku z dnia 30 lipca 2019 r. (sygn. KIO 1350/19), stwierdzając, że w takim przypadku dochodzi w istocie do wspólnej realizacji zamówienia, co umożliwia powoływanie się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum. Powołano się także na wyroki Izby z dnia 17 kwietnia 2018 r. (sygn. KIO 612/18), z dnia 18 września 2017 r. (sygn. KIO 1854/17), z dnia 7 lutego 2017 r. (sygn. KIO 167/17). Do wyjaśnień Konsorcjum Intercor załączyło umowę konsorcjum wraz z aneksem nr 2 (tajemnica przedsiębiorstwa), aneks nr 3 do umowy E-30, Miesięczne Rozliczenie Wykonawcy (tajemnica przedsiębiorstwa), pismo w sprawie Przejściowego Świadectwa Płatności (tajemnica przedsiębiorstwa), fakturę (tajemnica przedsiębiorstwa), zgłoszenie dokumentacji powykonawczej (tajemnica przedsiębiorstwa), zgłoszenie zamknięć torowych (tajemnica przedsiębiorstwa), protokół z narady techniczno – koordynacyjnej (tajemnica przedsiębiorstwa), Świadectwo Przejęcia.

W dniu 23 grudnia 2019 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za która uznał ofertę Konsorcjum Intercor ceną całkowitą netto 3 365 999 941,41 zł (brutto 4 140 179 927,93 zł).

Izba ustaliła ponadto następujący stan faktyczny w zakresie realizacji Inwestycji E-30:

W dniu 25 czerwca 2010 r. zawarta została umowa konsorcjum pomiędzy Przedsiębiorstwem Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o., Feroco S.A., Torpol Sp. z o.o. oraz Zakładem Robót Komunikacyjnych DOM w Poznaniu Sp. z o.o Liderem Konsorcjum została firma Feroco S.A. W umowie potwierdzono solidarną odpowiedzialność członków konsorcjum za termonowe i należyte wykonanie kontraktu w przypadku jego uzyskania. W umowie nie uregulowano szczegółowego podziału robót w przypadku uzyskania zamówienia. Dnia 28 grudnia 2010 r. ww. Konsorcjum zawarło z PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna umowę nr 90/132/374/00/11010186/10/1/1 na „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej Kraków - Medyka - granica państwa na odcinku Tarnów - Dębica w km 80,200 - 111,500 w ramach Projektu Modernizacja linii kolejowej E30/C-E30, odcinek Kraków - Rzeszów, etap III. Przetarg 2.1."

W dniu 4 maja 2011 r. pomiędzy Intercor a Feroco została zawarta umowa wykonawcza nr 23/05/2011/2.1. Zgodnie z § 1 ust. 1 tej umowy Partner (Intercor) przyjął do wykonania prace przedprojektowe i projektowe na obiekty inżynieryjne, wykonanie obiektów inżynieryjnych i ekranów akustycznych i ponosi odpowiedzialność przed Liderem (Feroco) i pozostałymi członkami konsorcjum za zakres prac wynikający z załączonego do umowy rozbicia ceny ofertowej w zakresie: - wszystkie obiekty inżynierskie na szlaku Tarnów-Dębica: 96.500.008,30 PLN; - wynagrodzenie przeznaczone na sporządzenie dokumentacji projektowej dla obiektów mostowych w kwocie 5.400.000,00 PLN; - ekrany akustyczne: 14.676.409,44 PLN; co daje łączne wynagrodzenie w kwocie netto;116.576.417,74 PLN.

W dniu 27 maja 2014 r. zawarty został aneks nr 2 do umowy konsorcjum z dnia 25 czerwca 2010 r., w którym partnerzy Konsorcjum ustanowili Liderem Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. Do obowiązków Intercor należało podpisywanie w imieniu konsorcjum aneksów do umowy obejmującej E-30, zaciąganie w imieniu konsorcjum zobowiązań niezbędnych do realizacji kontraktu E-30 (w tym zawieranie umów obejmujących zamówienia dodatkowe i uzupełniające), reprezentowania konsorcjum w ramach współpracy z zamawiającym i jego personelem oraz przyjmowanie poleceń i instrukcji kierowanych przez zamawiającego lub inżyniera, koordynowanie wykonania kontraktu, w tym robót Partnerów.

W dniu 4 sierpnia 2014 r., (w związku ze zmianą Lidera Konsorcjum jaka miała miejsce od dnia 11 lipca 2014 r. i przejęciem tej funkcji przez Intercor, co wskazano w preambule) Intercor i Feroco rozwiązały ww. umowę wykonawczą i zawarły nową umowę wykonawczą nr 01/MG/Tarnów-Dębica/2014. Zgodnie z § 1 ust. 1 umowy Feroco przyjmuje do wykonania roboty wymienione w załączniku nr 1, sporządzenie Dokumentacji Projektowej, Powykonawczej, uzyskanie decyzji administracyjnych i ponosi odpowiedzialność przed Liderem i pozostałymi członkami Konsorcjum za zakres robót przydzielonych Feroco stosownie do postanowień załącznika nr 2. Zgodnie z § 2 ust. 5 Feroco jest odpowiedzialne za przygotowanie całościowej Dokumentacji Projektowej, uzyskanie decyzji administracyjnych i przygotowanie Dokumentacji Powykonawczej dla całego zakresu kontraktu. Zgodnie z § 5 ust. 1 Feroco zobowiązało się do:

- wypełnienia wszystkich warunków zawartych w umowie, a w szczególności w Kontrakcie Głównym oraz Umowie Konsorcjum;
- wykonania robót przyznanych zgodnie z uzgodnionym zakresem robót w zgodzie z wymaganiami określonymi w § 1 umowy;
- sporządzania dokumentacji projektowej niezbędnej do realizacji robót, zgodnie z kontraktem głównym;
- uzyskania decyzji administracyjnych;

–zorganizowania i utrzymania na swój koszt zaplecza budowy na potrzeby wykonania przedmiotu umowy;

–usuwania wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze i w okresie obowiązywania odpowiedzialności z tytułu gwarancji i rękojmi wynikających z kontraktu głównego;

–usuwania powstałych z przyczyn leżących po stronie Feroco awarii i szkód;

–zgłaszania do odbioru robót zanikających i ulegających zakryciu oraz sporządzanie niezbędnych dokumentów odbiorowych na zasadach określonych w Kontrakcie Głównym;

–ponoszenia kosztów czasowego zamknięcia torów, jeżeli zamknięcia torów zostały zgłoszone Zamawiającemu przez Feroco;

–sporządzania protokołów z odzysku materiałów celem przekazania ich służbom kolejowym;

–uzyskania akceptacji materiałów służących do realizacji Robót przez Inżyniera Kontraktu, z zastrzeżeniem zapisu ust. 4 poniżej;

–sporządzenia i przekazania Intercor operatu kolaudacyjnego dla robót wykonywanych przez Feroco oraz dokumentacji powykonawczej w zakresie projektowym dla całości Kontraktu zgodnie z wymaganiami Kontraktu Głównego;

–dokonania ubezpieczenia OC, w zakresie prowadzonej działalności oraz pracowników i środków sprzętowo-transportowych wykorzystywanych przy realizacji Umowy;

–zapewnienia obsługi geodezyjnej Robót w zakresie wyniesienia w teren współrzędnych punktów realizowanych obiektów wraz z punktami wysokościowymi;

–bieżącej obsługi geotechnicznej Robót i materiałów poprzez laboratorium/podwykonawcę zatwierdzonego przez Inżyniera Kontraktu;

–usuwania wszelkiego rodzaju kolizji sieciami naziemnymi i podziemnymi niezbędnych do zrealizowania Kontraktu Głównego w tym kolidujących z robotami Intercor. W przypadku, gdy zaistnieje możliwość tymczasowego zabezpieczenia lub przesunięcia sieci kablowej bez jej przebudowy, Intercor wykonana te prace na swój koszt.

–uporządkowania placu budowy po zakończeniu Robót;

–nadzorowania i dozorowania Robót i urządzeń;

–utrzymania i naprawy dróg dojazdowych do miejsca wykonywania Robót i odtworzenia stanu pierwotnego po wykonaniu Robót, a w przypadku pogorszenia miejsca wykonywania Robót w związku z prowadzonymi przez Feroco Robotami w stosunku do stanu pierwotnego do uzgodnienia z podmiotem uprawnionym do tego terenu warunków (odszkodowania) na jakich podmiot ten nie będzie wnosił żadnych roszczeń względem stron Umowy;

–przestrzegania postanowień ustawy z dnia 27.04.2001- Prawo ochrony środowiska oraz ustawy z dnia 27.04.20010 odpadach;

–umożliwienia przeprowadzenia przez Intercor w siedzibie Feroco lub na budowie audytu w zakresie spełnienia wymagań wynikających z systemu zapewnienia jakości i ochrony środowiska.

Zgodnie z § 5 ust. 2 umowy wykonawczej Feroco m.in. ponosi odpowiedzialność za jakość Robót realizowanych sitami własnymi, a także Robót zleconych swoim podwykonawcom. Wszyscy Podwykonawcy winni być zgłoszeni na piśmie i uzyskać akceptację Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego (pkt 2.1); ponosi - w stosunkach wewnętrznych - wyłączną odpowiedzialność za jakość i prawidłowość realizacji przyjętych przez siebie Robót na zasadach określonych w szczególności w Kontrakcie Głównym, SIWZ oraz załącznikach do tych dokumentów (pkt 2.2); wyznacza kierowników robót na powierzony zakres Robót z uprawnieniami określonymi w SIWZ (pkt. 2.3).

Zgodnie z § 5 ust. 4 Intercor zobowiązało się do:

–prezentowania Feroco przed Zamawiającym lub innymi osobami prawnymi i fizycznymi negocjującymi z Konsorcjum;

–prowadzenia korespondencji z Zamawiającym. Cała korespondencja dotycząca realizowanych przez Partnerów Konsorcjum Robót i dostaw będzie niezwłocznie kopiowana i przekazywana do Feroco. Wszystkie pisma i dokumenty dotyczące istotnych spraw członków Konsorcjum będą z nimi konsultowane przed ich wysłaniem;

–zapewnienia pełnej koordynacji Robót;

–przekazania terenu budowy wraz z pozwoleniem na budowę. Przekazanie nastąpi przez Zamawiającego w obecności Intercor i Feroco;

–terminowej zapłaty Wynagrodzenia na warunkach określonych w S 2 niniejszej Umowy.

–do wydłużenia polisy ubezpieczeniowej CAR, zgodnie z wydłużonym Czasem na Ukończenie Kontraktu Głównego. Kosztami opłaconej składki Intercor obciąży Feroco proporcjonalnie do wartości zakresu Robót Feroco.

W § 5 ust. 5 Feroco oświadczyło, iż w dniu 25 lipca 2014 r. złożyło wniosek o ogłoszenie upadłości z możliwością zawarcia układu, który jest rozpoznawany przez sąd.

W § 6 ust. 1 Strony postanowiły, że roboty torowe (inżynierskie) na szlaku Tarnów-Dębica (opisane szczegółowo w Załączniku nr 4 do Umowy) będą wykonywane z materiałów powierzonych przez Intercor według wykazu stanowiącego Załącznik nr 5 do Umowy („Materiały"). Zgodnie z ust. 2 dostawa materiałów następować będzie wyłącznie w zakresie, ilości i od dostawcy wskazanego przez Feroco w Zamówieniu zgodnie z Wzorem Zamówienia stanowiącym załącznik nr 7 do niniejszej Umowy. Partner Feroco każdorazowo składać będzie zamówienia materiałowe zgodnie ze Wzorem Zamówienia do Lidera Intercor, wskazując ilości oraz uzgodnioną cenę, wysłane na numer faksu/adres e-mail wskazane w § 11 Umowy, ze skutkiem doręczenia. […]. W sytuacji niemożliwości dokonania zakupów, przez Intercor, Feroco zobowiązane jest wskazać alternatywnego dostawcę. Dopuszcza się również możliwość wskazania dostawcy przez Intercor. Jeżeli Feroco odmówi akceptacji ceny wynegocjowanej przez Intercor, Feroco bierze na siebie pełną odpowiedzialność z konsekwencji wynikających z tytułu braku realizacji dostaw. Zgodnie z ust. 6 zdanie pierwsze za koordynację dostaw materiałów odpowiedzialne będzie Feroco.

W § 7 ust. 1 Intercor oświadczył, iż dysponuje odpowiednimi maszynami i sprzętem potrzebnymi do realizacji robót objętych Kontraktem Głównym. W przypadku gdy Feroco nie dysponuje maszynami i sprzętem potrzebnymi do realizacji całości lub części Robót objętych niniejszą Umową, a także prac pomocniczych do wykonania tych Robót, Intercor - za

odrębnym wynagrodzeniem i na warunkach wskazanych w ust. 2 i 3 poniżej - wynajmie takie maszyny i sprzęt Partnerowi. Zgodnie z ust. 2 zdanie pierwsze najem maszyn i sprzętu następować będzie na podstawie zapotrzebowania zgłoszonego przez Feroco Intercor.

Jak wynika z załącznika nr 1 (RCO z przydzieleniem zakresów robót poszczególnym partnerom), a także załącznika nr 2 (Szczegółowy zakres robót Partnera) i 3 (RCO wg cen dla Partnera)Feroco odpowiedzialne było za wykonanie prac projektowych i robót budowlano – montażowych (obejmujących m.in. roboty torowe, elektroenergetyczne, sieć trakcyjną, sterowanie ruchem kolejowym, teletechnikę) dla przebudowy szlaku Tarnów – Wola Rzędzińska, Stacji Wola Rzędzińska, szlaku Wola Rzędzińska – Czarna Tarnowska, p.odg. Czarna Tarnowska, szlaku Czarna Tarnowska – Grabiny, stacji Grabiny, szlaku Grabiny – Dębica, stacji Dębica. Z załącznika nr 1 wynika ponadto, że zakresem prac Intercor objęta była budowa obiektów inżynieryjnych (modernizacja i likwidacja mostów wiaduktów, budowa nowych przepustów, przejść pod torami, kładek dla pieszych, etc.) oraz budowa ekranów akustycznych.

Załącznik nr 1 oraz załącznik nr 5 (Wykaz robót wykonanych do dnia 10 lipca 2014 r.) wskazywały także na stan wykonania poszczególnych prac na dzień 10 lipca 2014 r. Ogółem wykonano 38,24%, zaś w odniesieniu do prac wykonanych przez Feroco w zakresie robót budowlano - montażowych dotyczących przebudowy szlaku Tarnów – Wola Rzędzińska 74,43%, Stacji Wola Rzędzińska 54,86%, szlaku Wola Rzędzińska – Czarna Tarnowska 5,61%, p.odg. Czarna Tarnowska 5,6%, szlaku Czarna Tarnowska – Grabiny 77,5%, stacji Grabiny 35,49%, szlaku Grabiny – Dębica 1%, stacji Dębica 52,54%.

Zmiana Lidera Konsorcjum wprowadzona została również do umowy z Zamawiającym w drodze aneksu nr 3 z dnia 27 sierpnia 2014 r.

W dniu 18 września 2015 r. Intercor i Feroco zawarły aneks nr 3 do Umowy Wykonawczej nr 01/MG/Tarnów-Dębica/2014, wskazujący na zlecenie przez Feroco Intercor zakresu robót torowych dla odcinka 2.1-18 od km 90+900 do km 98+400 (7500 mb), obejmujący zgodnie z § 1 ust. 1 wyłącznie następujące czynności: wykonanie subwarstwy gr. 23 cm z tłucznia dostarczonego przez Feroco; budowa toru z szyn dostarczonych przez Feroco; balastowanie, podbicie i oprofilowanie toru na subwarstwie tłuczniowej; wykonanie zgrzein szynowych; jednorazowe podbicie stabilizacyjne. Zgodnie z ust. 3 pozostałe roboty torowe na przedmiotowym odcinku wymagane postanowieniami Kontraktu pozostają w zakresie Partnera.

W dniu 11 sierpnia 2016 r. wystawiono przejściowe świadectwo płatności według stanu na dzień 29 lipca 2016 r., do którego załączono tabelę obrazującą stan robót według kontraktu, w tym % zaawansowania poszczególnych prac realizowanych w ramach Inwestycji E-30. Ogółem stopień zaawansowania prac wynosił 89,64%. W odniesieniu do robót budowlano – montażowych dot. przebudowy szlaku Tarnów – Wola Rzędzińska wskazano 90,43% (roboty torowe 97,46%, sieć trakcyjna 100%), Stacji Wola Rzędzińska 90,96% (roboty torowe 98,83%, sieć trakcyjna 100%), szlaku Wola Rzędzińska – Czarna Tarnowska 86,24% (roboty torowe 97,76%, sieć trakcyjna 100%), p.odg. Czarna Tarnowska 90,61% (roboty torowe 97,55%, sieć trakcyjna 100%), szlaku Czarna Tarnowska – Grabiny 87% (roboty torowe 98,83%, sieć trakcyjna 100%), stacji Grabiny 79,34% (roboty torowe 98,46%, sieć trakcyjna 100%), szlaku Grabiny – Dębica 95,09%, (roboty torowe 94,71%, sieć trakcyjna 100%), stacji Dębica 90,63%.(roboty torowe 98,35%, sieć trakcyjna 90,47%),

W dniu 13 października 2016 r. Intercor i Feroco zawarły porozumienie do Umowy Wykonawczej nr 01/MG/Tarnów-Dębica/2014, w którym uregulowały wzajemne prawa i obowiązki wynikające z umowy konsorcjum z uwagi na fakt, iż Feroco nie dysponowało już dostatecznymi środkami finansowymi oraz zasobami osobowymi pozwalającymi na wykonanie robót pozostałych po stronie Feroco do realizacji w ramach Kontraktu Głównego.Zgodnie z § 1 pkt 1.1 ww. porozumienia Intercor przejmuje od Feroco do wykonania roboty budowlane, pozostające w ramach Kontraktu Głównego, Umowy Konsorcjum, Umowy Wykonawczej 2, zmienionej następnie Aneksem numer 1, Aneksem numer 2 oraz Aneksem numer 3, uzupełnionej Porozumieniem Wykonawczym, do wykonania, których szczegółowy wykaz stanowi Załącznik numer 1 do Porozumienia („Roboty"). Zgodnie z pkt 1.3 Intercor przyjmuje odpowiedzialność za całość Robót na Kontrakcie, leżących po stronie Feroco wynikających z Umowy Konsorcjum i Kontraktu Głownego. W § 1 ust. 2 wskazano, iż celem wyeliminowania wszelkich wątpliwości, procentowy udział Feroco oraz Intercor w realizacji Zamówienia oraz całości Robót począwszy od dnia podpisania niniejszego Porozumienia wynosić będzie dla Intercor - 100,00 % (sto procent) a dla Feroco - 0,00 % (zero procent).

Załącznik nr 1 do porozumienia zawierał opis robót według kontraktu zgodnie z Umową Wykonawczą nr 01/MG/Tarnów-Dębica oraz Aneksem nr 1 i 3 do ww. Umowy. Załącznik ten wskazywał m.in. procent zaawansowania robót od początku kontraktu ogółem (94,18%) oraz w odniesieniu do poszczególnych prac, a także pozostały do wykonania przez Intercor zakres robót. Procent zaawansowania robót wynosił w odniesieniu do prac wykonanych przez Feroco dot. przebudowy szlaku Tarnów – Wola Rzędzińska 93,24% (sieć trakcyjna 100%), Stacji Wola Rzędzińska 94,71% (sieć trakcyjna 100%), szlaku Wola Rzędzińska - Czarna Tarnowska 94,83% (sieć trakcyjna 100%), p.odg. Czarna Tarnowska 92,82% (sieć trakcyjna 100%), szlaku Czarna Tarnowska - Grabiny 90,07% (sieć trakcyjna 100%), stacji Grabiny 83,06% (sieć trakcyjna 100%), szlaku Grabiny – Dębica 90,96% (sieć trakcyjna 100%), stacji Dębica 96,06% (sieć trakcyjna 94,47%).

Odbiorów końcowych robót z branży tory i odwodnienie dokonano odpowiednio dla poszczególnych zakresów w dniach 8 sierpnia 2017 r., 18 sierpnia 2017 r., 24 sierpnia 2017 r., 8 września 2017 r., 13 września 2017 r., 27 września 2017 r., 7 listopada 2017 r., 29 grudnia 2017 r., 18 stycznia 2018 r. oraz 13 lipca 2018 r. Odbiorów końcowych robót z branży sieć trakcyjna dokonano odpowiednio dla poszczególnych zakresów w dniach 21 grudnia 2017 r., 9 stycznia 2018 r., 16 stycznia 2018 r. oraz 1 lutego 2018 r.

Dnia 26 stycznia 2018 r. wystawione zostało Świadectwo Przejęcia potwierdzające ukończenie robót w dniu 31 grudnia 2017 r. w zakresie zgodnym z kontraktem.

Izba zważyła, co następuje:

Sygn. akt KIO 10/20

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu w zakresie niepodlegającym odrzuceniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 10/20 nie zasługuje na uwzględnienie.

Za bezzasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 7 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp

oznaczony nr 1 w odwołaniu Konsorcjum Torpol.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, zaś wedle ust. 3 zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Z kolei w myśl art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

Odwołujący 1 opierał ww. zarzut na dwóch aspektach. Pierwszym z nich (zarzut nr 1 lit. a) była okoliczność posłużenia się przez Konsorcjum Intercor na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1 IDW, jedną robotą budowlaną zrealizowaną przez członka Konsorcjum - firmę Intercor oraz drugą robotą budowlaną zrealizowaną przez podmiot trzeci, na którego zasoby Konsorcjum Intercor się powołało. Zdaniem Odwołującego 1 matematyczne sumowanie ww. doświadczenia celem spełnienia warunku udziału, w którym Zamawiający wymagał wykonania dwóch robót budowlanych nie było prawidłowe.

Tak postawiony zarzut Izba uznała za chybiony.

Podkreślić trzeba, że możliwość posłużenia się doświadczeniem podmiotu trzeciego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wynika wprost z przepisów. Zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Z kolei według ust. 4 w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Istotą powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego jest zatem możliwość posłużenia się jego doświadczeniem, pod warunkiem dysponowania tymi zasobami podczas realizacji zamówienia. Dodatkowo dopuszczalność polegania na zasobach podmiotów trzecich w odniesieniu do doświadczenia została uzależniona od tego, czy podmiot trzeci zrealizuje roboty budowlane i usługi, do realizacji których zasoby te są potrzebne.

Regulacja ta znajduje zastosowanie także w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, o których mowa w art. 23 ust. 1 ustawy Pzp, na co wskazuje wprost odesłanie zawarte w art. 23 ust. 3 ustawy Pzp („Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1"). Zarzucana przez Odwołującego 1 niedopuszczalność łączenia doświadczenia dwóch podmiotów celem spełnienia warunku odnoszącego się do dwóch robót budowlanych nie znajduje zatem oparcia w treści obowiązujących przepisów. Potwierdza to wyrok TSUE z dnia 7 kwietnia 2016 r., C-324/14*Partner A. D*., (odnoszący się co prawda do dyrektywy 2004/18, niemniej zachowujący aktualność) gdzie wskazano, iż przepisy przyznają każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi powiązań, o ile instytucji zamawiającej zostanie wykazane, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia. Jednocześnie Trybunał wskazał, iż przepisy dyrektywy nie sprzeciwiają się temu, aby korzystanie z ww. prawa było ograniczone w wyjątkowych okolicznościach. Jak zwrócił jednak uwagę Rzecznik Generalny w opinii z dnia 24 listopada 2016 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt*, „zamówienia publiczne powinny być zasadniczo otwarte na konkurencję. W świetle tego celu wykluczenie możliwości polegania na doświadczeniu innych podmiotów stanowi wyjątek (…) W konsekwencji jeżeli w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia takie wykluczenie nie występuje, to nie należy go po prostu domniemywać. Musi ono być w jasny sposób wyrażone." Jeżeli zatem zamawiający decyduje się na odejście od ww. zasady łączenia doświadczenia kilku podmiotów, powinien dać temu jasny wyraz w treści postanowień SIWZ, mając jednocześnie na względzie, że wszelkie tego rodzaju ograniczenia powinny mieć związek z przedmiotem zamówienia i być do niego proporcjonalne.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie zawarł w IDW ograniczenia, aby którykolwiek warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 8.6.1 IDW, musiał zostać spełniony samodzielnie przez jeden tylko podmiot (wykonawcę osobiście, a w przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie u udzielenie zamówienia przez jednego z członków konsorcjum, ewentualnie przez podmiot trzeci, na zasoby którego się powołano). Powyższej oceny, wbrew stanowisku Konsorcjum Torpol, nie zmienia fakt, że Zamawiający w IDW zastrzegł do osobistego wykonania część zamówienia dotyczącą robót torowych w określonym w IDW zakresie. Zamawiający nie zdecydował się bowiem na takie ukształtowanie treści warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, na jaką powołuje się obecnie Konsorcjum Torpol, tj. na brak możliwości łączenia potencjałów i posłużenia się na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.1 lit. a IDW jedną robotą budowlaną realizowaną przez wykonawcę oraz jedną robotą budowlaną realizowaną przez podmiot trzeci, na zasoby którego się powołano. Co istotne, Zamawiający w treści IDW nie określił również szczególnego sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, do czego był uprawniony zgodnie z art. 23 ust. 5 ustawy Pzp. Nawet jednak, gdyby Zamawiający zdecydował się na ograniczenie sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu przez konsorcja, to nie mógłby on co do zasady ograniczyć prawa wykonawcy do posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego tylko z tego powodu, że zamierza on złożyć ofertę z innym podmiotem (por. m.in. wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 35/17).

W tym stanie rzeczy, w ocenie Izby brak jest podstaw, aby uznać, że Konsorcjum Intercor nie mogło powołać się na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.1 lit. a IDW na zasoby własne oraz podmiotu Alusta S.A. (jego doświadczenie w realizacji inwestycji wskazanej w poz. 2 wykazu robót budowlanych), deklarując jednocześnie udział tego podmiotu jako podwykonawcy w formularzu ofertowym w odniesieniu do robót torowych i składając oświadczenie tego podmiotu celem potwierdzenia realności udostępnienia zasobów. Ponadto Izba podzieliła stanowisko Przystępującego Konsorcjum Intercor przedstawione w piśmie procesowym z dnia 20 stycznia 2020 r., iż przywoływane w odwołaniu orzecznictwo (w szczególności wyrok KIO w sprawie o sygn. akt KIO 1495/14 oraz KIO 2751/14) nie jest adekwatne do przedmiotowej sytuacji wobec istotnych odmienności w zakresie stanu

faktycznego.

Drugą podstawą faktyczną, na której Odwołujący Konsorcjum Torpol opierał zarzut naruszenia art. 7 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp (zarzut nr 1 lit. b) była okoliczność, iż doświadczenie wskazane przez Konsorcjum Intercor w poz. 1 Wykazu robót budowlanych nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.1 lit. a i b., gdyż zdaniem Odwołującego czynności realizowane w ramach Inwestycji E-30 przez firmę Intercor nie dowodzą nabycia stosownego doświadczenia. Powyższe w ocenie Odwołującego 1 powinno skutkować wykluczeniem Konsorcjum Intercor z postępowania.

Na wstępie należy wyjaśnić, iż skład orzekający co do zasady podziela stanowisko Odwołującego 1, iż Konsorcjum Intercor nie było legitymowane do powołania się na robotę budowlaną wskazaną w poz. 1 Wykazu robót budowlanych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 8.6.1 IDW. Szczegółowa argumentacja w tym zakresie przedstawiona została w dalszej części uzasadnienia, odnoszącej się do zarzutu nr 7 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 16/20, do której należy w tym miejscu odesłać. Niezależnie jednak od oceny czy zakres czynności realizowanych przez spółkę Intercor w ramach Inwestycji E-30 uprawniał Konsorcjum Intercor do legitymowania się tym doświadczeniem w przedmiotowym postępowaniu, ww. zarzut uznać należy za niezasadny, z tego względu, iż wykluczenie Konsorcjum Intercor z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, którego domagał się Odwołujący 1, byłoby przedwczesne, wobec konieczności zagwarantowania temu wykonawcy możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.1 IDW w trybie określonym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z tym przepisem jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Przepis ten wskazuje na obligatoryjność zastosowania przez zamawiającego określonej w nim procedury, z wyłączeniem przypadków, gdy pomimo jej zastosowania oferta i tak podlegałaby odrzuceniu bądź zachodziłaby konieczność unieważnienia postępowania. Zamawiający zobowiązany jest zatem do wezwania wykonawcy do złożenia brakujących oświadczeń lub dokumentów, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów i oświadczeń złożonych fizycznie, lecz nieodpowiadających wymaganiom określonym przez zamawiającego zarówno co do treści, jak i formy, udzielenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, co do których zamawiający powziął wątpliwości. Czynność wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wymaga wcześniejszego zastosowania przez zamawiającego procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 tej ustawy (por. m.in. wyrok KIO z dnia 4 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 104/19).

Treść odwołania Konsorcjum Torpol w sposób jednoznaczny wskazuje, iż zamiarem Odwołującego było postawienie zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum Intercor z postępowania, co potwierdza m.in. brzmienie korelującego z zarzutem żądania wskazanego w pkt 5 tiret drugie *petitum* odwołania. Powyższą intencję Odwołujący 1 potwierdził także w treści pisma procesowego z dnia 20 stycznia 2020 r., gdzie powołał się na orzeczenie Izby w sprawie o sygn. akt KIO 459/19 dotyczące innego postępowania, w którym PKP PLK S.A. wykluczyło wykonawcę pierwotnie zobowiązanego do złożenia wyjaśnień, wskazujące, że zwracanie się kolejny raz do uzupełnienia wykazu usług naruszałoby zasadę z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (str. 6 pisma procesowego).

Jakkolwiek podzielić należy ugruntowane od wielu lat w orzecznictwie stanowisko, zgodnie z którym niedopuszczalne jest wielokrotne wzywanie przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w tym samym zakresie, to nie sposób uznać, aby w przedmiotowej sprawie wezwanie Konsorcjum Intercor do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp miałoby pozostawać w sprzeczności z tą zasadą. Zauważyć trzeba, że Zamawiający nie zwracał się jeszcze do Konsorcjum Intercor trybie określonym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów służących potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1 IDW. Podstawą wezwania skierowanego do Konsorcjum Intercor w dniu 5 grudnia 2019 r. był art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a przedmiotem tego wezwania było udzielenie wyjaśnień m.in. w zakresie udziału spółki Intercor w realizacji roboty budowlanej wskazanej w poz. 1 Wykazu robót budowlanych. Celem procedury określonej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp jest bowiem wyjaśnienie wątpliwości powstałych w odniesieniu do danych oświadczeń czy dokumentów, a nie uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów, co należy wyraźnie rozgraniczyć.

W treści pisma z dnia 5 grudnia 2019 r. Zamawiający przedstawił swoje wątpliwości co do wykazania spełniania przez Konsorcjum Intercor warunków udziału w postępowaniu i zwrócił się o wyjaśnienie w kwestiach, które te wątpliwości wywoływały. Na podstawie tego wezwania Przystępujący Konsorcjum Intercor nie wiedział, jak ostatecznie przedstawiona w poz. 1 wykazu robota budowlana zostanie oceniona i ewentualnie w jakim zakresie zostanie zakwestionowana. Nie można więc stwierdzić, że wezwanie z dnia 5 grudnia 2019 r. stanowiło realizację obowiązku Zamawiającego i jednocześnie uprawnienia wykonawcy, wynikających z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba wskazuje, iż przepis ten nie tylko bowiem statuuje po stronie Zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w sytuacji, gdy złożone dokumenty są wadliwe, ale również kształtuje po stronie wykonawcy uprawnienie do umożliwienia mu takiego uzupełnienia. Aby to uprawnienie zostało prawidłowo zrealizowane, zamawiający musi zakomunikować wykonawcy, jak ocenił złożone dokumenty, jakie błędy w nich dostrzegł i w jakim zakresie konieczna jest ich poprawa lub uzupełnienie. W związku z tym procedura wskazana w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie może co do zasady zastępować procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (por. m.in. wyrok KIO z dnia 14 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1340/17, wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2846/13). Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 4 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 62/14 „jeżeli uzyskane od wykonawcy wyjaśnienia będą niewystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu lub będą wskazywały na niespełnianie tego warunku, Zamawiający ma obowiązek zastosować procedurę przewidzianą w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to znaczy ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku."

W konsekwencji za nieprawidłowe uznać należy stanowisko Odwołującego 1, iż Konsorcjum Intercor powinno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, niezbędne jest bowiem uprzednie wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący nie podjął jakiejkolwiek próby uzasadnienia dlaczego w przedmiotowym przypadku skierowanie przez Zamawiającego do Konsorcjum Intercor wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 miałoby prowadzić do

niedopuszczalności zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 w zakresie odnoszącym się do Wykazu robót budowlanych.

Z tego względu tak postawiony zarzut Izba uznała za wadliwy, co przesądzało o jego oddaleniu. Podkreślić bowiem należy, że Izba jest uprawniona do oceny tylko tych podjętych czynności lub zaniechania czynności, które zostały podniesione w odwołaniu. Wobec tego precyzyjne wskazanie przez wykonawcę czynności Zamawiającego, których prawidłowość podlega kwestionowaniu, a następnie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania, ma decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuuje zarzuty podlegające rozpoznaniu.

Izba oddaliła również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zgodnie z art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu skorzystał z uprawnienia, jakie dawał mu art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wskazując w pkt 23.1 IDW, iżwykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania następujących kluczowych części zamówienia: minimum 50% robót z zakresu nawierzchni torowej na szlakach i torach głównych zasadniczych w stacjach. Zamawiający wskazał jednocześnie, iż dopuszcza powierzenie pozostałych części zamówienia podwykonawcom.

Jak podnosi się konsekwentnie w orzecznictwie, niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku zamawiającego polegającego na poprawieniu oferty, zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Rzeczona niezgodność oferty dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę, bądź polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy (por. m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt KIO 346/18). Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp musi być zatem możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1402/17).

Z uwagi na kontradyktoryjność postępowania odwoławczego Odwołujący 1 stawiając zarzut niezgodności oferty Konsorcjum Intercor z treścią SIWZ zobowiązany był wykazać na czym konkretnie polega ta niezgodność w odniesieniu do pkt 23.1 IDW, który przywołał w treści zarzutu. To Odwołujący 1 zakwestionował podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny oferty jego konkurenta, a zatem zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to na nim spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności, którymi jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

W ocenie Izby Odwołujący 1 nie podołał ciążącemu na nim obowiązkowi wykazania, że oferta Przystępującego Konsorcjum Intercor nie odpowiada treści SIWZ. Przede wszystkim należy podkreślić, że w odwołaniu - poza lakonicznym stwierdzeniem zawartym w treści zarzutu, że Konsorcjum Intercor zadeklarowało powierzenie podmiotowi trzeciemu robót budowlanych tych części zamówienia, które Zamawiający uznał za kluczowe - próżno szukać jakiejkolwiek szczegółowej argumentacji dla tak postawionego zarzutu. Odwołujący 1 nie wyjaśnił z czego wywodzi niezgodność oferty Konsorcjum Intercor w postanowieniem pkt 23.1 IDW, odwołując się do okoliczności braku posiadania doświadczenia niezbędnego dla realizacji zamówienia, co pozostaje bez znaczenia z perspektywy oceny oferty pod kątem jej zgodności z SIWZ. Odwołujący 1 nie wskazał, jaka konkretnie treść oferty Konsorcjum Intercor miałaby pozostawać w sprzeczności z pkt 23.1 IDW, wobec czego zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zaznaczyć należy, że stanowisko Odwołującego 1 nie broni się w konfrontacji z materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie, w tym z treścią formularza ofertowego i treścią SIWZ. Treść oferty Konsorcjum Intercor przeczy tezie, że ww. wykonawca powierzył podmiotowi, na którego zasoby się powołuje (Alusta S.A.) wykonanie kluczowych części zamówienia. Jak wynika wprost z treści formularza ofertowego (pkt 13.i) zakres zamówienia powierzony Alusta S.A. obejmował „roboty branży torowej z wyłączeniem kluczowych części zamówienia, tj. minimum 50% robót z zakresu nawierzchni torowej na szlakach i torach głównych zasadniczych w stacjach, które wykonawca zobowiązany jest wykonać osobiście, zgodnie z pkt 23.1 IDW.” A zatem zakres robót powierzonych ww. podmiotowi trzeciemu nie obejmował kluczowych części zamówienia zastrzeżonych do osobistego wykonania.

W tym stanie rzeczy przedmiotowy zarzut należy uznać za nieuzasadniony.

Izba nie uwzględniła także zarzutu oznaczonego nr 3 w odwołaniu, tj. zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Intercor do złożenia wyjaśnień, jaki faktycznie zakres zamówienia został wykonany przez firmy Alusta S.A. oraz Electren S.A., na których zasoby powołano się celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w ramach robót budowlanych wskazanych odpowiednio pod poz. 2 i 3 Wykazu robót budowlanych.

Na wstępie zauważyć należy, iż słusznie wskazywał Zamawiający, że podstawa prawną ww. zarzutu powinien być art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, niemniej powyższe uchybienie nie wpływało na możliwość rozpoznania tego zarzutu przez Izbę, jako że podstawa prawna była możliwa do wywiedzenia z przedstawionej w odwołaniu podstawy faktycznej.

Izba zważyła, że jedyną okolicznością mającą wskazywać na konieczność wezwania Konsorcjum Intercor do

wyjaśnień w powyższym zakresie było twierdzenie Odwołującego 1, że zarówno Alusta S.A. jak i Electren S.A realizowały roboty budowlane w ramach konsorcjów. Jakkolwiek zgodzić należy się z tym, że badanie faktycznego zakresu prac realizowanych przez członka konsorcjum ma znaczenie istotne z perspektywy oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to należy zauważyć, że zamawiający jest zobowiązany wszcząć procedurę wyjaśniającą co do zasady wtedy, kiedy na gruncie złożonych oświadczeń lub dokumentów w jego ocenie pojawią się pewne nieścisłości czy wątpliwości. Co prawda wezwanie do złożenia wyjaśnień jest czynnością obligatoryjną, niemniej niewątpliwie wzywając wykonawcę do wyjaśnień zamawiający powinien wskazać na wątpliwości, jakie stały się podstawą tego wezwania, aby wykonawca miał możliwość odniesienia się do nich i obrony swojej oferty. Korzystanie z at. 26 ust. 4 ustawy Pzp w sytuacji, gdy Zamawiający nie ma wątpliwości co do określonych oświadczeń lub dokumentów byłoby nadmiernym formalizmem i wpływać mogłoby na wydłużenie postępowania (podobnie wskazała Izba w uchwale z dnia 18 marca 2016 r., sygn. akt KIO/KU 18/16).

W ocenie Izby Odwołujący 1 nie udowodnił, że po stronie Zamawiającego powinien zaktualizować się obowiązek wezwania Konsorcjum Intercor do wyjaśnienia zakresów zamówienia realizowanych przez Alusta S.A. i Electren S.A., nie przedstawił żadnych argumentów, które wskazywałyby, że ww. podmioty nie mogły legitymować się doświadczeniem zdobytym podczas realizacji inwestycji wskazanych w poz. 2 i 3 Wykazu robót budowlanych, że faktycznie nie wykonywały one prac, na które powołało się Konsorcjum Intercor. Odwołujący 1 nawet nie uprawdopodobnił, że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości co do możliwości posłużenia się tym doświadczeniem przez Konsorcjum Intercor na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt. 8.6.1 lit. a i b IDW. Jak podnosili przeciwnicy procesowi Odwołującego zarówno inwestycja wskazana w poz. 2, jak i inwestycja z poz. 3 Wykazu robót budowlanych, realizowana była na rzecz Zamawiającego i dysponował on dokumentacją odnoszącą się do ich realizacji. Ponadto Zamawiający do pisma złożonego w dniu 28 stycznia 2020 r. załączył szereg dowodów na potwierdzenie, że Alusta S.A. w ramach inwestycji wskazanej w poz. 2 Wykazu robót budowlanych nabyła doświadczenie, które spełnia warunek udziału w postepowaniu. Z kolei dowody odnoszące się do realizacji inwestycji wskazanej w poz. 3 Wykazu robót budowlanych przez Electren S.A. złożył na rozprawie Przystępujący Konsorcjum Intercor. Konsorcjum Torpol, pomimo umożliwienia mu przez Izbę odniesienia się do tych dowodów na piśmie, nie przedstawiło argumentacji, która podważałaby wiarygodność twierdzeń Zamawiającego i Konsorcjum Intercor w zakresie doświadczenia Alusta S.A. i Electren S.A.

Z uwagi na powyższe Izba uznała przedmiotowy zarzut za nieuzasadniony.

Sygn. akt KIO 16/20

Izba uwzględniła odwołanie Konsorcjum CCECC w zakresie zarzutu oznaczonego nr 7 dotyczącego zaniechania wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.1 IDW.

Osią sporu w omawianym zakresie była okoliczność czy doświadczenie zdobyte przez firmę Intercor podczas Inwestycji E-30 realizowanej w ramach grupy wykonawców (konsorcjum) uprawniało Przystępującego Konsorcjum Intercor do legitymowania się tym doświadczeniem na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 8.6.1 lit. a-h IDW.

Na wstępie należy wskazać, iż z samego faktu, że zamówienie było realizowane przez grupę podmiotów działających wspólnie nie wynika, że uczestnik tego konsorcjum nie nabył doświadczenia w realizacji tego zamówienia publicznego. Nie oznacza to jednakże, że wykonawca może się wykazać jakimkolwiek doświadczeniem odpowiadającym zakresowi zamówienia publicznego, w którego realizacji brał udział. Nie można zaaprobować poglądu, że wykonawca, który bierze czynny udział w wykonaniu inwestycji realizowanej w ramach konsorcjum (jakiejkolwiek jej części) automatycznie nabywa doświadczenie także w zakresie części realizowanych przez innych konsorcjantów. Wykonawca może posłużyć się nabytym doświadczeniem wyłącznie w takim zakresie, jaki faktycznie i realnie wykonywał.

Powyższe wynika wprost z orzeczenia TSUE w sprawie C-387/14 *Esaprojekt,* gdzie wskazano, iż gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego (pkt 62). Trybunał w sposób jednoznaczny wskazał zatem, że nabyte doświadczenie jest zależne od konkretnego zakresu udziału danego konsorcjanta, jego faktycznego wkładu. W ocenie TSUE wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału (pkt 64). *A contrario* wykonawca uprawniony jest do polegania wyłącznie na tych świadczeniach wykonanych przez innych członków konsorcjum, w których realizacji faktycznie i konkretnie brał udział. Jak słusznie zwrócił uwagę Rzecznik Generalny w opinii z dnia 24 listopada 2016 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt* „konkretna rola i związane z nią doświadczenie podmiotu należącego do grupy wykonawców ma kluczowe znaczenie. (…) Wykonawca, który realizował zamówienie jako jeden z grupy wykonawców, jako na własne może powoływać się jedynie na doświadczenie, które sam zdobył realizując dane zamówienie." (pkt 49 i 55 opinii). W ocenie składu orzekającego uzasadnienie orzeczenia w sprawie *Esaprojekt* nie pozostawia wątpliwości, że wykazywanie doświadczenia nabytego w związku z realizacją zamówienia w konsorcjum jest ograniczone do tej jego części, w której dany wykonawca uczestniczył i którą rzeczywiście wykonywał. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 11 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 568/18 istotny jest zakres prac wymagany przez zamawiającego w warunku oraz to, w jakim zakresie każdy z podmiotów rzeczywiście partycypował w wykonywaniu tych prac. W sytuacji, gdy warunek udziału w postępowaniu odnosi się do konkretnego zakresu doświadczenia, faktyczny i realny udział wykonawcy w realizacji zamówienia należy odnosić właśnie do tego zakresu.

Podkreślić należy, że do oceny doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum należy każdorazowo podchodzić indywidualnie biorąc pod uwagę przede wszystkim treść warunku udziału w postępowaniu, konkretne działania wykonawców podejmowane podczas realizacji wskazanej na potwierdzenie spełnienia tego warunku inwestycji oraz faktyczną możliwość wyodrębnienia i podziału zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum.

Skład orzekający Izby dokonał *ad casum* oceny konkretnych działań podejmowanych przez spółkę Intercor podczas realizacji Inwestycji E-30, zestawiając je z elementami warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.6.1 IDW. Zdaniem Izby zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący Konsorcjum Intercor w swojej argumentacji konsekwentnie pomijali aspekt mający zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia, a mianowicie treść ww. warunku udziału w postępowaniu.

Niewątpliwie celem przedmiotowego warunku było zagwarantowanie, by wykonawca, który podejmie się realizacji zamówienia, posiadał dostateczne doświadczenie w konkretnie wskazanym przez Zamawiającego obszarze, m.in. w zakresie budowy lub przebudowy nawierzchni torowej (pkt 8.6.1 lit. a IDW) i odpowiednio budowy lub przebudowy sieci trakcyjnej (pkt 8.6.1 lit. b IDW). Zamawiający wymagał konkretnie wyspecyfikowanego doświadczenia w wykonywaniu robót budowlanych z branży torowej i trakcyjnej, przy czym nie jakichkolwiek, lecz wykonywanych w ściśle określonych warunkach i zakresie, tj. na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, gdzie suma długości budowanych lub przebudowywanych torów szlakowych i torów głównych zasadniczych wynosiła łącznie co najmniej 20 km (lit. a) oraz gdzie suma długości budowanej lub przebudowywanej sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi dla torów szlakowych i torów głównych zasadniczych wynosiła łącznie co najmniej 20 km (lit. b). Ponadto zarówno w odniesieniu do warunku z lit. a, jak i b, przedstawiono dodatkowy wymóg, aby co najmniej 10km tych robót została wykonana przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich. Zamawiający kształtując wymagania dotyczące zdolności technicznej i zawodowej w ten właśnie sposób dał wyraz przekonaniu, że tylko wykonawca legitymujący się doświadczeniem w takim zakresie daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Istotność wykazania się takim doświadczeniem na potrzeby przedmiotowego zamówienia pośrednio potwierdza zastrzeżenie przez Zamawiającego osobistej realizacji kluczowej części zamówienia - minimum 50% robót z zakresu nawierzchni torowej.

W konsekwencji rozstrzygające znaczenie w przedmiotowej sprawie ma to, czy spółka Intercor na doświadczenie której powołał się Przystępujący Konsorcjum Intercor w Wykazie robót budowlanych (poz. 1) w ramach Inwestycji E-30 rzeczywiście wykonywała prace polegające na:

- budowie lub przebudowie nawierzchni torowej na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, gdzie suma długości budowanych lub przebudowywanych torów szlakowych i torów głównych zasadniczych wynosiła łącznie co najmniej 20,0 km, przy czym co najmniej 10,0 km robót wykonana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich;
- budowie lub przebudowie sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, gdzie suma długości budowanej lub przebudowywanej sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi dla torów szlakowych i torów głównych zasadniczych, wynosiła łącznie co najmniej 20,0 km, przy czym co najmniej 10,0 km robót wykonana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich.

Sam bowiem fakt, że dany wykonawca uczestniczył w realizacji roboty budowalnej, która obejmowała m.in. ww. prace, nie przesądza jeszcze, że zdobył on doświadczenie w tym właśnie zakresie. Izba podziela stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego wyrażone w wyroku z dnia 1 lutego 2018 r., sygn. akt II GSK 4133/17, iż „w ramach zespołu podmiotów tworzących konsorcjum każdy z nich ma inny zasób doświadczenia i wiedzy, gdyż realizuje swoje zadania na różnych odcinkach i z różnym zaangażowaniem. Wykonanie zadania przez konsorcjum nie jest faktycznym wykonaniem zadania przez danego wykonawcę. Każdy z wykonawców w ramach konsorcjum realizuje przypisane mu zadania, nabywając doświadczenie w tym zakresie, a nie w zakresie zadań realizowanych przez innych wykonawców. (…) doświadczenie wykonawcy należy postrzegać w kategoriach faktycznych a nie prawnych. Powyższe wynika z istoty art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dotyczący doświadczenia, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się do rzeczywistego zrealizowania przez wykonawcę części lub całości zamówienia, a nie skutków prawnych powiązań wynikających z wcześniej zawartych przez wykonawcę umów.” Ponadto Naczelny Sąd Administracyjny w ww. wyroku podkreślił, co Izba w pełni podziela, iż istnienie odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów za wykonanie zamówienia, wynikające z art. 141 ustawy Pzp nie pociąga za sobą konsekwencji w postaci dopuszczalności powoływania się przez jednego członka konsorcjum na doświadczenie zdobyte przez innego konsorcjanta w trakcie wykonywania wspólnego zamówienia, a więc uprawnienia do legitymowania się pełnym doświadczeniem wynikającym z wykonanego przez konsorcjum zamówienia.

Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 18 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 588/19 „Nie jest tak, jak twierdził Przystępujący, że wystarczy, by wykonawca faktycznie i realnie uczestniczył w realizacji jakiejkolwiek części zamówienia, aby mógł powoływać się na jego całość, np. będąc odpowiedzialnym za budowę drogi, mógł też wskazywać na doświadczenie w budowie mostu, której dokonał inny wykonawca albo będąc odpowiedzialnym za prace elektryczne, wskazywał też na wykonanie robót sanitarnych - nie uzyskał bowiem żadnego faktycznego/realnego doświadczenia w tym zakresie.” Nie oznacza to jednak konieczności faktycznego wykonywania wszelkich prac będących przedmiotem zamówienia realizowanego w ramach konsorcjum, chodzi tu bowiem o faktyczną realizację tego zakresu zamówienia, który odpowiada doświadczeniu niezbędnemu do spełnienia danego warunku udziału w postępowaniu. Nie można także zgodzić się z Zamawiającym, że w takiej sytuacji żaden z członków konsorcjum nie będzie miał realnej możliwości powoływania się na zdobyte doświadczenie w realizacji zamówienia wykonanego w konsorcjum - wręcz przeciwnie, każdy członek konsorcjum będzie uprawiony do wykazania się doświadczeniem w realizacji tej inwestycji, jednakże w takim zakresie, w jakim faktycznie brał udział.

Należy podkreślić, że dysponowanie przez wykonawcę określonym potencjałem ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia. Aby wykonawca dawał rękojmię należytej realizacji powierzonego zadania, musi wymagany potencjał rzeczywiście, a nie tylko formalnie, posiadać. W odniesieniu do doświadczenia oznacza to, że musi to być doświadczenie faktycznie przez danego wykonawcę nabyte poprzez realizację określonych zadań. Przyjęcie stanowiska przeciwnego byłoby tożsame z zezwoleniem na ukształtowanie się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego praktyki dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, dając możliwość uzyskania zamówień podmiotom, które nie są zdolne do ich właściwej realizacji (por. m.in. wyrok z dnia 11 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 568/18). Słusznie zatem wskazywał Odwołujący 2, że nie chodzi tutaj o wylegitymowanie się przez Konsorcjum Intercor doświadczeniem w realizacji całej Inwestycji E-30, lecz o wykazanie się kluczowymi z perspektywy Zamawiającego elementami – doświadczeniem w realizacji robót budowlanych dotyczących nawierzchni torowej i sieci trakcyjnej, wykonywanych w ściśle określonych warunkach i o określonej długości, tak aby wykonawca, który realizował będzie zamówienie, w tym osobiście kluczowe części zamówienia, posiadał doświadczenie dające rękojmię należytego wykonania tych robót.

W ocenie Izby zgromadzony w sprawie obszerny materiał dowodowy dotyczący przebiegu Inwestycji E-30 nie potwierdza, aby spółka Intercor brała czynny udział w realizacji - czy to samodzielnie, czy wspólnie z firmą Feroco - robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie nawierzchni torowej i sieci trakcyjnej na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej o długości co najmniej 20,0 km, z czego co najmniej 10,0 km robót wykonana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich, a zatem Konsorcjum Intercor nie było uprawnione do legitymowania się doświadczeniem wskazanym w poz. 1 Wykazu robót budowlanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.6.1 IDW.

Podkreślenia wymaga okoliczność, iż co do zasady sam przebieg Inwestycji E-30 nie był pomiędzy Stronami i Uczestnikami sporny, a składne przez Strony i Uczestników dowody dokumentujące realizację tej inwestycji (w tym m.in. umowy i porozumienia wykonawcze wraz z załącznikami, aneksami, notatki ze spotkań, pozwolenia na budowę, protokoły odbiorów, wyciągi z dzienników budowy, etc.) uzupełniały się wzajemnie i ich treść nie była kwestionowana. Różne były natomiast wnioski, jakie Strony i Uczestnicy wywodzili ze zgromadzonego materiału dowodowego.

Nie było okolicznością sporną, że kontrakt E-30 od początku faktycznie realizowany był tylko przez dwa podmioty - Feroco (Lidera) i Intercor (Partnera), ani to, że zakresem obowiązków Intercor wynikającym z umowy wykonawczejnr 23/05/2011/2.1 z dnia 4 maja 2011 r. były objęte wyłącznie prace przedprojektowe i projektowe na obiekty inżynieryjne, wykonanie obiektów inżynieryjnych i ekranów akustycznych (§ 1 ust. 1 umowy). Ani treść korespondencji przedstawionej przez Konsorcjum Intercor w odniesieniu do realizacji Inwestycji E-30 w okresie od jej rozpoczęcia do 2014 r., ani złożona w postępowaniu odwoławczym dokumentacja kontraktowa nie potwierdza, aby w ww. okresie firma Intercor była jednym z podmiotów faktycznie wykonujących roboty torowe i roboty dotyczące sieci trakcyjnej, których wykonaniem zajmowała się firma Feroco. Wręcz przeciwnie - z przedstawionej przez Konsorcjum Intercor korespondencji do 2014 r., w szczególności ustaleń z narad, wynika, że to Feroco realizowało roboty z ww. zakresu, a zakres obowiązków Intercor tego rodzaju prac nie obejmował.

Dalej należy wskazać, że również obszerny materiał dowodowy dotyczący okresu realizacji Inwestycji od 2014 r., kiedy to ujawniły się problemy finansowe firmy Feroco, a w szczególności od momentu kiedy Intercor zastąpił Feroco na pozycji lidera konsorcjum, do zakończenia realizacji, nie potwierdza, aby Intercor wykonywał roboty z branży torowej i trakcyjnej w takim zakresie, jaki uprawniałby go do legitymowania się tym doświadczeniem na potrzeby spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 8.6.1 lit. a i b IDW. Przede wszystkim podkreślenia wymaga, że sam fakt pełnienia funkcji lidera nie przesądza automatycznie o nabyciu całościowego, kompleksowego doświadczenia w realizacji danej inwestycji. Podnoszona przez Zamawiającego argumentacja, iż po objęciu funkcji lidera przez Intercor zrealizowane zostały roboty na szlaku Wola Rzędzińska – Czarna Tarnowska i Grabiny - Dębica obejmujące ponad 30km torów, nie jest równoznaczna z tym, że Intercor uzyskał doświadczenie w wykonaniu takich robót. Na okoliczność przeciwną wskazuje zgromadzony w sprawie materiał dowodowy. Zgodnie z umową wykonawczą nr 01/MG/Tarnów-Dębica/2014 z dnia 4 sierpnia 2014 r., to Feroco w dalszym ciągu pozostawało odpowiedzialne za realizację robót torowych i robót związanych z budową/przebudową sieci trakcyjnej, w tym ww. robót na szlaku Wola Rzędzińska – Czarna Tarnowska i Grabiny – Dębica, co potwierdza wskazany w załączniku do tej umowy zakres robót przydzielonych Feroco.Z załącznika tego wynika ponadto, że zakresem prac Intercor objęta była jedynie budowa obiektów inżynieryjnych (modernizacja i likwidacja mostów wiaduktów, budowa nowych przepustów, przejść pod torami, kładek dla pieszych, etc.) oraz budowa ekranów akustycznych. Zestawienie złożone przez Konsorcjum Intercor na rozprawie obrazujące długość torów wykonanych po lipcu 2014 r. (pomijając okoliczność, że stanowi wyłącznie oświadczenie własne Przystępującego uzupełniające jego stanowisko, a nie dowód), nie odnosi się do robót realizowanych przez Intercor, lecz do robót wykonywanych przez Konsorcjum po objęciu przez Intercor funkcji Lidera.

Jedynym dokumentem wskazującym na faktyczne wykonywanie przez Intercor robót torowych jest aneks nr 3 do Umowy Wykonawczej nr 01/MG/Tarnów-Dębica/2014 zawarty 18 września 2015 r., z którego wynika zlecenie Intercor przez Feroco wykonania robót torowych na odcinku jedynie 7500mb, do tego w ograniczonym zakresie (§ 1 ust. 1 w zw. z ust. 3 ww. aneksu). Przy czym zauważyć trzeba, że zawarcie przez Intercor i Feroco aneksu do umowy wykonawczej w sytuacji zaistnienia konieczności powierzenia Intercor robót torowych do wykonania uprawdopodabnia, że były to jedyne prace zrealizowane w tym zakresie przez Intercor, skoro nie przedstawiono innych aneksów w tym przedmiocie. Dalej należy wskazać, że z żadnych dokumentów zgromadzonych w sprawie nie wynika również, aby Intercor brał czynny, faktyczny udział w budowie czy przebudowie sieci trakcyjnej. Zwrócić należy uwagę na wynikający z tabeli załączonej do przejściowego świadectwa płatności stan zaawansowania robót na dzień 29 lipca 2016 r. (załącznik do wyjaśnień Konsorcjum Intercor), z którego wprost wynika, że roboty w pozycji sieć trakcyjna w tym okresie były wykonane dla prawie wszystkich odcinków i stacji w 100% (za wyjątkiem stacji Dębica, gdzie stopień zaawansowania wynosił 90,47%). Ponadto materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie wskazuje także na okoliczność faktycznego udziału Intercor w realizacji robót budowlanych (czy to w odniesieniu do nawierzchni torowej czy sieci trakcyjnej) przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich, co było jednym z elementów warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.1 lit. a i b IDW i na co w treści odwołania zwracało uwagę Konsorcjum CCECC.

Powyższych okoliczności nie potwierdza także Porozumienie do Umowy Wykonawczej nr 01/MG/Tarnów-Dębica/2014 zawarte 13 października 2016 r., na mocy którego Intercor przejął od Feroco pozostały do realizacji zakres robót. Jak wynika bowiem z załącznika do tego porozumienia zdecydowana większość prac z zakresu robót torowych i w zasadzie wszystkie prace dotyczące sieci trakcyjnej zostały już na ten moment wykonane przez Feroco. Pełnomocnik Konsorcjum Intercor na rozprawie w dniu 20 stycznia 2020 r. potwierdził, iż Intercor samodzielnie kończył jedynie mały procent robót. Podobnie pozostałe przedstawione przez Konsorcjum Intercor dowodynie potwierdzają faktycznego udziału Intercor w wykonaniu robót budowlanych będących przedmiotem warunku udziału z pkt 8.6.1 IDW. Złożone oświadczenia pana K. K. z dnia 16 stycznia 2020 r., pana G. F. z 15 stycznia 2020 r. oraz pana P. R. z 17 stycznia 2020 r. wskazują jednie na zaangażowanie Intercor w proces decyzyjny i sferę organizacyjną, zaś oświadczenie pana T. nie odnosi się do ewentualnego zakresu udziału Konsorcjum Intercor w wykonywaniu prac torowych. Okoliczność wydania pozwoleń na budowę niezbędnych do realizacji części robót po objęciu przez Intercor funkcji Lidera Konsorcjum w żaden sposób nie uprawdopodabnia czynnego udziału Intercor w wykonywaniu tych robót, gdy w świetle dokumentacji kontraktowej to Feroco wykonywało roboty torowe i roboty dotyczące sieci trakcyjnej do połowy 2016 r., realizując je prawie w całości w stosunku do zakresu objętego zamówieniem, jak również to Feroco co do zasady zgodnie z § 5 umowy wykonawczej nr 01/MG/Tarnów-Dębica/2014 było zobowiązane do uzyskania decyzji administracyjnych. Dokumenty załączone przez Konsorcjum Intercor do pisma z dnia 28 stycznia 2020 r., takie jak notatki ze spotkań, wyciągi z dziennika budowy, protokoły odbiorów, co do zasady wskazują jedynie na uczestnictwo w danych czynnościach określonych osób nadzorujących inwestycję (kierowników budowy, kierowników robót) i zaangażowanie Intercor w organizację czy nadzorowanie robót, nie na faktyczne ich wykonywanie.

W tym miejscu wskazać należy, iż Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego i Przystępującego Konsorcjum Intercor, iż wystarczające dla możliwości posłużenia się doświadczeniem w realizacji Inwestycji E-30 w całości były czynności podejmowane przez Intercor po objęciu funkcji Lidera Konsorcjum, tj. po 11 lipca 2014 r. Zaangażowanie Intercor w proces zarządzania inwestycją i jej organizacją nie było sporne. Intercor zgodnie z Umową Wykonawczą nr 01/MG/Tarnów-Dębica/2014 odpowiadał m.in. za zapewnienie koordynacji robót, reprezentację Konsorcjum przed

zamawiającym i podmiotami trzecimi, dostawę materiałów (jednakże w zakresie, ilości i od dostawcy wskazanego przez Feroco) czy najem maszyn i sprzętu (na podstawie zapotrzebowania zgłoszonego przez Feroco). W konsekwencji dowody złożone przez Konsorcjum Intercor w postaci materiałów torowych, wykonawstwa torowego, najmu sprzętu kolejowego, szlifowania szyn (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) dotyczyły okoliczności bezspornych. W dalszym ciągu to Feroco pozostawało jednak odpowiedzialne za wykonanie robót z branży torowej i trakcyjnej. W ocenie Izby na możliwość posłużenia się doświadczeniem w zakresie wymaganym w warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt 8.6.1 IDW nie wskazuje także fakt, że to Intercor, jako Lider Kosnorcjum uczestniczył w odbiorach końcowych robót z branży torowej i trakcyjnej, co było uzasadnione po pierwsze pełnioną funkcją, a po drugie okolicznością, że względem wykonawcy realizującego te prace (Feroco) ogłoszona została upadłość likwidacyjna. Również okoliczność, że spółka Intercor delegowała personel do nadzorowania czy koordynowania robót, na co wskazują przedstawione notatki ze spotkań, protokoły odbioru czy wpisy w dzienniku budowy, nie świadczą jeszcze o tym, że spółka ta nabyła doświadczenie w zakresie realizacji robót stanowiących przedmiot warunku, a co najwyżej że doświadczenie mogły pozyskać te konkretne osoby.

Zauważyć bowiem należy, że warunek udziału w postępowaniu dotyczył *stricte* budowy lub przebudowy nawierzchni torowej i sieci trakcyjnej, a nie dostarczania sprzętu, materiałów, zapewnienia personelu nadzorującego, obsługi procesu administracyjnego, dokonywania odbiorów, rozliczeń czy organizowania spotkań. Czynności składające się na kierowanie, koordynację czy zarządzanie Inwestycją E-30, jakie podejmowała spółka Intercor, były niewątpliwie związane z realizacją tego zamówienia i istotne, niemniej Przystępujący Konsorcjum Intercor nie wykazał, aby przez udział w tych czynnościach spółka Intercor nabyła doświadczenie w samym wykonywaniu robót budowlanych opisanych w pkt 8.6.1 IDW. W szczególności brak jest argumentacji i dowodów, które potwierdzałyby, że spółka Intercor faktycznie brała udział w realizacji robót torowych przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich oraz realizacji robót obejmujących budowę lub przebudowę sieci trakcyjnej. Zgromadzony materiał dowodowy wskazuje na okoliczności przeciwne, przy czym podkreślenia wymaga również fakt, iż na jego podstawie istnieje możliwość przyporządkowania do określonych członków konsorcjum wykonawstwa poszczególnych robót, w tym robót torowych i robót dotyczących sieci trakcyjnej w odniesieniu do poszczególnych szlaków i stacji. Ze złożonych dowodów wynika bowiem, iż Intercor i Feroco, zawierając umowy wykonawcze, podzielili między siebie w sposób szczegółowy roboty wchodzące w skład Inwestycji E-30, co potwierdza tym samym, iż istniała faktyczna możliwość wyodrębnienia zadań i ich podziału pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum.

Za chybioną należy także uznać argumentację Zamawiającego, jakoby na ocenę, iż zakres prac realizowanych przez spółkę Intercor był wystarczający dla celów spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.6.1 IDW, miał mieć wpływ brak określenia w IDW szczególnego sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Okoliczność nieskorzystania przez Zamawiającego z instytucji wskazanej w art. 23 ust. 5 ustawy Pzp pozostaje bez znaczenia dla oceny przedmiotowej sytuacji, bowiem nie wpływa na konieczność zastosowania się do ogólnej zasady, że doświadczenie, na które wykonawca powołuje się na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu, musi być faktycznie i realnie nabyte.

W tym stanie rzeczy Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i uwzględniła odwołanie, nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Konsorcjum Intercor na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1 IDW.

W pozostałym zakresie Izba uznała, że zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba oddaliła zarzuty oznaczone nr 1 i 2, odnoszące się do zaniechania wszczęcia przez Zamawiającego procedury wyjaśnień w sytuacji, gdy znaczne obniżenie ceny ofertowej przez Konsorcjum Intercor na skutek aukcji elektronicznej powinno skutkować powstaniem po stronie Zamawiającego wątpliwości co do uwzględnienia w cenie wszelkich elementów niezbędnych do realizacji zamówienia i możliwości wykonania zamówienia. Odwołujący zarzucał naruszenie przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzpw toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Z kolei w myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Jak stanowi zaś art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie wskazanym w pkt 1) – 5) tego przepisu. W ust. 3 tego przepisu wskazano, iż Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż oba ww. zarzuty oparte zostały przez Odwołującego Konsorcjum CCECC na tożsamej podstawie fatycznej, a mianowicie na fakcie obniżenia ceny przez Konsorcjum Intercor w toku prowadzonej aukcji elektronicznej o ponad 20% (o kwotę 911 691 031,45 zł). W ocenie Izby ani w odniesieniu do zgodności oferty Konsorcjum Intercor z treścią SIWZ, ani w odniesieniu do sposobu wyliczenia ceny Odwołujący nie sprostał spoczywającemu na nim ciężarowi wykazania, że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości skutkujące koniecznością wezwania Konsorcjum Intercor do wyjaśnień w ww. zakresie.

Należy zauważyć, iż Odwołujący 2 nie stawiał w odwołaniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor z uwagi na rażąco niską cenę, lecz zarzuty związane z zaniechaniem Zamawiającego w zakresie badania oferty pod kątem ustalenia czy nie zawiera ona rażąco niskiej ceny, tj. z zaniechaniem wezwania Konsorcjum Intercor do

wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji w tej sytuacji zastosowanie znajdowała klasyczna zasada rozkładu ciężaru dowodu określona w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, nie zaś zasada szczególna wskazana w art. 190 ust. 1a ustawy Pzp, wedle której ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

Izba podziela wyrażany w orzecznictwie pogląd, iż art. 190 ust. 1a ustawy Pzp odnosi się wyłącznie do sytuacji, w których zamawiającemu zostały złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Skoro bowiem nie można odrzucić oferty z powodu rażąco niskiej ceny przed uzyskaniem od składającego ją wykonawcy wyjaśnień w tej materii, to ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywać będzie na wykonawcy (stronie, bądź - zależnie od okoliczności - uczestniku postępowania odwoławczego) albo gdy popierać będzie stanowisko zamawiającego o pozytywnej weryfikacji złożonych przez niego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, albo gdy będzie kwestionował negatywną ocenę jego wyjaśnień dokonaną przez zamawiającego. W każdej z opisanych sytuacji musi jednak dojść do złożenia wyjaśnień, w przeciwnym razie zastosowanie znajdzie przepis art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, przewidujący klasyczny rozkład ciężaru dowodu. W sytuacji braku wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp uprawnione jest co najwyżej twierdzenie o podejrzeniu zaoferowania rażąco niskiej ceny, czy wątpliwościach odnośnie jej określenia. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania powodowałoby, że odwołanie, w którym kwestionowane jest zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny mogłoby ograniczać się jedynie do wskazania na tą okoliczność, bez przytaczania przez odwołującego szczegółowej argumentacji uzasadniającej zarzut (por. wyrok KIO z dnia 31 października 2018 r., sygn. akt KIO 2159/18).

W konsekwencji to Odwołującego 2 obciążał obowiązek dowodowy w zakresie wykazania ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Konsorcjum CCECC zobowiązane było zatem wykazać, że cena (lub koszt lub istotne części składowe) w ofercie Konsorcjum Intercor powinna wydawać się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Mając na względzie, iż wskaźniki pomocnicze określone w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp nie zostały przekroczone, Odwołujący 2 domagając się wezwania wykonawcy do wyjaśnień, winien był wykazać okoliczności, które jego zdaniem prowadzić powinny do powstania u Zamawiającego tego rodzaju wątpliwości. Co więcej, w treści omawianego przepisu, jest mowa o tym, że cena ma wydawać się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia z podkreśleniem słowa „rażąco" - nie wystarczy zatem wykazać, że cena powinna wydawać się zamawiającemu niska, lecz rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Tymczasem wywodzony przez Konsorcjum CCECC wniosek, że wątpliwości Zamawiającego powinna wzbudzić już sama wysokość dokonanego w toku aukcji przez Konsorcjum Intercor postąpienia, nie został poparty żadną argumentacją. Odwołujący 2 nie wykazał nawet dlaczego dokonanie postąpienia w takiej wysokości miałoby rzutować na powstanie wątpliwości w kwestii rażącego zaniżenia ceny ostatecznej. Słusznie wskazywał Zamawiający oraz Przystępujący Konsorcjum Intercor, że w odwołaniu skoncentrowano się na wysokości samego postąpienia, zamiast na argumentacji dotyczącej zaoferowanej w wyniku aukcji ceny. W ocenie Izby poprzestanie na odniesieniu się do samej wysokości postąpienia – nawet w sytuacji, gdy faktycznie wysokość postąpienia była znaczna – nie przesądza jeszcze o tym, że po stronie Zamawiającego powinny pojawić się wątpliwości co do wysokości ceny. Odwołujący 2 pominął również okoliczność, na którą zwracali uwagę jego przeciwnicy procesowi, że ostateczna cena Konsorcjum Intercor odbiega jedynie o ok. 3,8% od wartości szacunkowej i o ok. 1620 zł od ceny oferty samego Konsorcjum CCECC.

Zauważyć należy także, że Odwołujący 2 nie przedstawił żadnych szczegółowych argumentów mogących wskazywać na nieprawidłowości w procesie kalkulacji ceny Konsorcjum Intercor, podczas gdy dysponował on konkretnymi danymi wynikającymi ze złożonych przez Konsorcjum Intercor wraz z ofertą przedmiarów robót i RCO. Za chybione Izba uznała stanowisko Odwołującego 2 prezentowane podczas rozprawy, że przedstawianie szczegółowej argumentacji w tym zakresie byłoby przedwczesne. W ocenie składu orzekającego należyta staranność wymagana od profesjonalisty nakazuje, aby Odwołujący w sposób daleko idący uprawdopodobnił okoliczności mające wskazywać na konieczność wyjaśniania oferty w zakresie ceny. W tym przypadku wymagało to bezpośredniego odniesienia się do ceny i tych jej konkretnych elementów składowych, które powinny wydawać się Zamawiającemu rażąco niskie i budzić jego wątpliwości. Okoliczności te mogły zostać podniesione już w odwołaniu – możliwość taką potwierdziło samo Konsorcjum CCECC powołując się na rozprawie na przykładowe pozycje RCO, w których mogło dojść do zaniżenia ceny. Odwołujący 2 nie kwestionował także stanowiska swoich przeciwników, iż bazując na treści postanowień SIWZ (pkt 20.10.25 IDW) był w stanie ustalić, jak kształtują się poszczególne pozycje cenowe po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej. Ponadto zwrócić należy uwagę na odwołanie wniesione przez Konsorcjum Torpol w sprawie o sygn. akt KIO 2234/19, której uczestnikiem był Odwołujący 2, gdzie wprost odniesiono się do konkretnych pozycji RCO dotyczących m.in. kosztów budowy stacji Racibory i Baciuty, co także potwierdza, iż Odwołujący 2 w momencie wnoszenia niniejszego odwołania mógł skonkretyzować odpowiednio zarzuty.

Konsekwencje zaniechań Odwołującego 2 w powyższym zakresie przełożyły się na wynik postępowania odwoławczego. Precyzyjne podstawy faktyczne zarzutów Odwołujący 2 nie tylko mógł, ale powinien był wskazać już w treści odwołania, a na rozprawie składać jedynie ewentualne dowody na poparcie przedstawionych w odwołaniu twierdzeń. O ile bowiem dowody na mocy art. 190 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Przeciwna praktyka (rozszerzanie podstaw faktycznych zarzutów w toku postępowania odwoławczego) nie tylko uniemożliwia pozostałym Stronom i Uczestnikom przygotowanie się do rozprawy i odniesienie do zarzutów, ale także stanowi próbę przywrócenia terminu na wniesienie odwołania, który to termin ma charakter zawity i nie podlega przywróceniu. Wszelkie zaniechania w tym zakresie obciążają wnoszącego odwołanie, będącego wszak podmiotem profesjonalnym, zobowiązanym do działania z należytą starannością.

Powyższa argumentacja znajduje także odniesienie do zarzutu zaniechania wezwania Konsorcjum Intercor na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie zgodności jego oferty z treścią SIWZ. Stawiając w odwołaniu taki zarzut Odwołujący 2 zobowiązany był wskazać, na czym konkretnie miałaby polegać potencjalna niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a specyfikacją zamawiającego, mająca powodować powstanie u Zamawiającego wątpliwości co do treści oferty. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert zasadniczo wówczas, gdy pojawią się u niego wątpliwości

wymagające wyjaśnienia. To wątpliwości zamawiającego stanowią podstawę wezwania, procedura wyjaśnienia treści oferty nie służy rozwiewaniu wątpliwości wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Odwołujący 2 nie przedstawił żadnych konkretnych okoliczności w oparciu o treść oferty Konsorcjum Intercor, które wskazywać mogłyby na wątpliwości co do jej zgodności z wymaganiami wynikającymi z SIWZ. W odwołaniu (poza omówioną powyżej kwestią wysokości postąpienia) zasygnalizowano jedynie wątpliwości w zakresie uwzględnienia wszystkich elementów wymaganych w SIWZ w cenie oferty Konsorcjum Intercor, nie wskazując jednak w żaden sposób, jakich elementów miałoby to dotyczyć i do których pozycji cenowych się odnosić. Konsorcjum CCECC nie przedstawiło żadnych argumentów, które mogłyby chociażby uprawdopodobnić fakt, że określona pozycja RCO (czy przedmiarów robót) nie uwzględnia wymaganego w SIWZ zakresu. Zamiast tego poprzestano na lakonicznym stwierdzeniu, że cena oferty będąca wynikiem aukcji znacznie odbiega od ceny pierwotnej.

W tym stanie rzeczy powyższe zarzuty, jako niewykazane przez Odwołującego 2, nie podlegały uwzględnieniu.

Izba nie uwzględniła również zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp opartego na twierdzeniu, iż Konsorcjum Intercor w piśmie z dnia 9 października 2019 r. przekazało Zamawiającemu nieprawdziwe informacje co do wadliwości oferty Konsorcjum CCECC.

Zgodnie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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. Dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki: 1) przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzającej w błąd; 2) przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa; 3) informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Oznacza to, że aby wykluczyć wykonawcę z postępowania wszystkie ww. przesłanki muszą wystąpić łącznie, zaś niewykazanie zaistnienia chociażby jednej z nich jest wystarczające do stwierdzania, że nie ma podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu (por. m.in. wyrok KIO z dnia 30 maja 2018 r., sygn. akt KIO 925/18). Pod pojęciem „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego", o których mowa w ww. przepisie należy rozumieć co do zasady takie informacje, które pozostają w sprzeczności
z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje niezgodne
z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości.

Odwołujący 2 oparł zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp na okoliczności, że pismo Konsorcjum Intercor z dnia 9 października 2019 r. zawierało informacje nieprawdziwe o niezgodnościach treści oferty Konsorcjum CCECC z treścią SIWZ, których nierzetelność potwierdziła Izba w wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 2234/19 Odwołujący 2 błędnie utożsamia jednak fakt z oceną tego faktu. Odróżnienia wymaga sytuacja, w której wykonawca przekazuje zamawiającemu informacje nieodpowiadające rzeczywistemu stanowi faktycznemu (informacje nieprawdziwe) od sytuacji, w której wykonawca przedstawia informacje zgodne z rzeczywistością (prawdziwe), prezentując jednocześnie ich subiektywną ocenę, której prawidłowość została podważona, co zostało wywiedzione w orzeczeniu w sprawie o sygn. akt KIO 2234/19. To właśnie z tym drugim przypadkiem mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Konsorcjum Intercor w piśmie odwołało się do postanowień SIWZ dotyczących sposobu kalkulowania i przedstawienia ceny oraz przywołało konkretne pozycje RCO z oferty Konsorcjum CCECC. Powyższe informacje odpowiadały treści dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, nie były zatem nieprawdziwe. Zestawiając powyższe dane Konsorcjum Intercor przedstawiło własne wątpliwości co do tego, czy ww. wykonawca uwzględnił w konkretnych pozycjach RCO wszystkie niezbędne elementy zakresu prac. Było to nic innego jak subiektywna ocena treści konkurencyjnej oferty, własne wnioski Konsorcjum Intercor co do interpretacji danych wynikających z tej oferty. Jak słusznie wskazywał Przystępujący Intercor nie były to zatem informacje o faktach, lecz ocena tych faktów, co należy wyraźnie rozgraniczyć.

Zdaniem składu orzekającego nie może stanowić informacji wprowadzających w błąd zamawiającego subiektywna ocena faktów dokonana przez jednego z uczestników postępowania - takie działanie nie odpowiada hipotezie normy zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zauważyć trzeba, że ww. przepis to przepis o charakterze sankcyjnym, którego konsekwencją jest wykluczenie wykonawcy z postępowania, a zatem nie jest dopuszczalna jego wykładnia rozszerzająca.

Na powyższą ocenie bez wpływu pozostaje okoliczność, iż celem złożenia przez Konsorcjum Intercor pisma z dnia 9 października 2019 r. mogło być (jak twierdzi Odwołujący) doprowadzenie do eliminacji oferty Konsorcjum CCECC z postępowania. Cel działania przesądzać może bowiem o zamiarze wykonawcy (o umyślnym charakterze jego działania), nie rzutuje jednak na ocenę przedstawianych informacji.

Ponadto słusznie zwracał uwagę Zamawiający, iż nie sposób mówić o tym, aby treść pisma Konsorcjum Intercor z dnia 9 października 2019 r. mogła wprowadzić Zamawiającego w błąd i mieć istotny wpływ na jego decyzje, skoro Zamawiający już w dniu 25 września 2019 r. zwrócił się do Konsorcjum CCECC na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny w zakresie, jaki był przedmiotem pisma Konsorcjum Intercor.

Jedynie uzupełniająco należy wskazać, iż nie można *a priori* wykluczyć sytuacji, w której za informacje wprowadzające w błąd zostaną uznane informacje odnoszące się do innego podmiotu niż podmiot przedstawiający informacje. W przeciwieństwie do art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, gdzie ustawodawca wprost objął zakresem regulacji jedynie te informacje, które dotyczą sytuacji podmiotowej wykonawcy, który je składa, w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp takiego ograniczenia nie znajdujemy. Ponadto w przepisie tym jest mowa o istotnym wpływie „na decyzje zamawiającego" czyli na wszelkie jego decyzje, a nie tylko decyzje odnoszące się do podmiotu, który informacje przedstawia.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który odnosił się do zaniechania wezwania Konsorcjum Intercor do uzupełnienia informacji KRK dotyczącej prokurenta firmy Alusta S.A., na której zasoby się powołano.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli

urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13. Zgodnie z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126 ze zm.) w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać następujących dokumentów: informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Argumentacja odwołania oparta została na okoliczności, iż osoba pełniąca funkcję prokurenta została z niej odwołania już po upływie terminu składania ofert, wobec czego Konsorcjum Intercor na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp powinno było złożyć informację o niekaralności także dla tej osoby. Izba nie podzieliła powyższego stanowiska.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z art. 25a ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z powyższego przepisu wynika wprost, że wykonawca wraz z ofertą składa oświadczenie o braku podstaw wykluczenia, które ma być aktualne na dzień składania ofert. Nowelizacja ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. nie zmieniła powyższej zasady. Zmianie uległ jednak moment składania przez wykonawców oświadczeń lub dokumentów (środków dowodowych) mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, które w poprzednim stanie prawnym składane były wraz z oświadczeniem o braku podstaw wykluczenia z postępowania (tj. w dacie składania oferty), zaś obecnie składane są dopiero na dalszym etapie postępowania, na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp i jedynie przez wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona (por. wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r., sygn. akt KIO 2056/17).

Oświadczenia lub dokumenty, które mają potwierdzić brak podstaw wykluczenia, składane na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp powinny być aktualne na dzień ich złożenia. Wskazuje na to wprost brzmienie zdania pierwszego ww. przepisu („Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1"). Przepis ten nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie „aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów." Oświadczenia lub dokumenty składane na wezwanie powinny potwierdzać brak podstaw wykluczenia na moment ich złożenia, tj. w czasie teraźniejszym, w odniesieniu do aktualnego stanu faktycznego.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 30 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 685/19, gdzie zwrócono uwagę, iż „w obecnie obowiązującym stanie prawnym intencją ustawodawcy europejskiego, jak i krajowego, jest ocena sytuacji podmiotowej wykonawców na podstawie możliwie najbardziej aktualnych informacji, ponadto zamawiający posiada uprawnienie do weryfikowania posiadania odpowiedniej zdolności podmiotowej wykonawcy, na każdym etapie postępowania." Wystarczające jest zatem obecnie przedstawienie aktualnego na dzień złożenia dokumentu potwierdzającego stan istniejący w chwili jego składania. Złożone przez Przystępującego Konsorcjum Intercor na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp dokumenty dotyczące niekaralności urzędujących członków organów i prokurentów potwierdzają stan istniejący w chwili złożenia tych dokumentów, a zarazem nie podważają okoliczności istnienia braku podstaw wykluczenia, co do której Przystępujący Konsorcjum Intercor złożył wcześniej oświadczenie wstępne.

Dodać należy, iż normalną i nieuniknioną praktyką biznesową są zmiany osób wchodzących w skład organów zarządzających czy prokurentów. W ocenie Izby w sytuacji, gdy skład ten uległ zmianie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, decydujące znaczenie ma stan istniejący w chwili składania dokumentów mających potwierdzać brak podstaw do wykluczenia. Oświadczenia i dokumenty są aktualne wtedy, kiedy potwierdzają stan istniejący na moment ich złożenia, przy czym mogą być wystawione z datą wcześniejszą, z zastrzeżeniem zachowania warunków wynikających z Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zwrócić należy także uwagę na brzmienie samego art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, który odnosi się do „urzędujących" członków organów zarządzających, komplementariuszy czy prokurentów. W tym zakresie podzielić należy stanowisko Izby wyrażone w przywołanym przez Zamawiającego wyroku z dnia 4 września 2019 r., sygn. akt KIO 1796/19, gdzie wyjaśniono, iż „Ustawa jednoznacznie wskazuje na „urzędującego członka organu", a więc wymóg wykazania niekaralności nie dotyczy członka organu, który złożył rezygnację. Jeżeli na dzień uzupełnienia dokumentów członek zarządu złożył rezygnację, nie ma podstaw do oczekiwania, że wykonawca złoży wówczas informację z KRK dotyczącą tej osoby. Wbrew argumentacji Odwołującego, nie pozwala to na dowolną wymianę członków zarządu w trakcie postępowania, jeżeli zostaną prawomocnie skazani - wykonawca ma nie podlegać wykluczeniu przez cały okres od momentu złożenia ofertą. Wykonawca składa oświadczenie. że spełnia warunki udziału i nie podlega wykluczeniu przez cały okres związania ofertą, od momentu jej złożenia."

W konsekwencji skoro Pani M. P., w momencie składania przez Konsorcjum Intercor oświadczeń i dokumentów w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, nie pełniła już funkcji prokurenta w firmie Alusta S.A., to brak było obowiązku po stronie Konsorcjum Intercor do złożenia dokumentu, o którym mowa w § 5 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, odnoszącego się do niekaralności ww. osoby. Z kolei prawidłowość dokumentów przedstawionych przez Konsorcjum Intercor na wezwanie w odniesieniu do tych osób, które na moment ich złożenia pełniły funkcję zarządzające w firmie Alusta S.A., nie była przez Odwołującego CCECC kwestionowana.

Izba za bezzasadny uznała także zarzut nr 6 odwołania, który Konsorcjum CCECC oparło na twierdzeniu, iż powołanie się przez Konsorcjum Intercor na inwestycję wskazaną w poz. 1 wykazu robót budowlanych (Inwestycja E-30) celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1 IDW, wypełniało przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Odwołujący 2 nie wykazał, aby informacje przedstawione przez Konsorcjum Intercor w złożonym Wykazie robót budowlanych czy informacje zawarte w wyjaśnieniach dotyczące przebiegu realizacji inwestycji, były informacjami mogącymi wprowadzać Zamawiającego w błąd. Konsorcjum Intercor w treści złożonych oświadczeń i dokumentów nie ukrywało przed Zamawiającym okoliczności związanych z realizacją Inwestycji E-30, a jedynie przedstawiło własną ocenę co do tego, czy realizowany przez Intercor zakres prac w ramach tej inwestycji potwierdzał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Konsorcjum CCECC nie wskazywało, aby jakiekolwiek dane dotyczące faktycznego przebiegu tej inwestycji były niezgodne z rzeczywistością. Kwestia tego zaś, czy udział Intercor w realizacji Inwestycji E-30 uprawniał Konsorcjum Intercor do posłużenia się tym doświadczeniem na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1 IDW jest kwestą *stricte* oceną i - jak pokazało niniejsze postępowanie odwoławcze – wysoce sporną. Zgodzić należy się z Przystępującym Konsorcjum Intercor, że Odwołujący nie udowodnił i nie skonkretyzował okoliczności faktycznych, które przemawiałyby za tym, że Konsorcjum Intercor wprowadziło Zamawiającego w błąd, w tym nie wskazał, które dokładnie informacje podane przez Przystępującego są wprowadzające w błąd co do stanu faktycznego, a nie co do interpretacji prawa.

Nadto nie bez znaczenia pozostaje okoliczność, iż Inwestycja E-30 była realizowana na rzecz Zamawiającego. Trudno w takiej sytuacji uznać, że informacje dotyczące realizacji tej inwestycji stanowić mogą informacje mające lub mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, dla którego decydujące znaczenie ma jego własna wiedza co do faktycznego przebiegu inwestycji i posiadane przez niego w tym zakresie dokumenty. Izba podziela stanowisko prezentowane w wyroku z dnia 3 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1428/18, gdzie wskazano, iż „nie można mówić o przedstawieniu przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, jeśli informacje te dotyczą okoliczności znanych zamawiającemu. […] Inaczej rzecz biorą podczas oceny, czy dane informacje przedstawione przez wykonawcę wprowadziły w błąd zamawiającego, ponieważ były niezgodne z rzeczywistością, należy ustalić i uwzględnić stan wiedzy zamawiającego. Podkreślić należy, iż wprowadzające w błąd informacje nie polegają na błędnej interpretacji, czy też kwalifikacji faktów znanych zamawiającemu."

W ocenie Izby nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oznaczony nr 8 w odwołaniu, który odnosił się do zaniechania wezwania Konsorcjum Intercor do wyjaśnienia faktycznego zakresu udziału firmy Electren S.A. w realizacji roboty budowlanej wskazanej w poz. 3 wykazu robót budowlanych.

Izba zważyła, że jedyną okolicznością mającą wskazywać na konieczność wezwania Konsorcjum Intercor do wyjaśnień w powyższym zakresie było twierdzenie, że Electren S.A. realizowała przedmiotową robotę budowlane w ramach konsorcjum, nie będąc jego liderem. Analogicznie jak w przypadku zarzutu nr 3 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 10/20 wskazać trzeba, iż jakkolwiek zgodzić należy się z tym, że badanie faktycznego zakresu prac realizowanych przez członka konsorcjum ma znaczenie istotne z perspektywy oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to należy zauważyć, że zamawiający jest zobowiązany wszcząć procedurę wyjaśniającą co do zasady wtedy, kiedy na gruncie złożonych oświadczeń lub dokumentów w jego ocenie pojawią się pewne nieścisłości czy wątpliwości. Co prawda wezwanie do złożenia wyjaśnień jest czynnością obligatoryjną, niemniej niewątpliwie wzywając wykonawcę do wyjaśnień zamawiający powinien wskazać na wątpliwości, jakie stały się podstawą wezwania, aby wykonawca miał możliwość odniesienia się do nich i obrony swojej oferty. Korzystanie z at. 26 ust. 4 ustawy Pzp w sytuacji, gdy Zamawiający nie ma wątpliwości co do określonych oświadczeń lub dokumentów byłoby nadmiernym formalizmem i wpływać mogłoby na wydłużenie postępowania (podobnie wskazała Izba w uchwale z dnia 18 marca 2016 r., sygn. akt KIO/KU 18/16).

Odwołujący 2 nie udowodnił, że po stronie Zamawiającego powinien zaktualizować się obowiązek wezwania Konsorcjum Intercor do wyjaśnienia zakresu zamówienia realizowanego przez i Electren S.A., nie przedstawił argumentów, które poddałyby w wątpliwość faktyczne wykonanie robót przez podmiot, na którego zasoby powołało się Konsorcjum Intercor. Konsorcjum CCECC nie uprawdopodobniło, że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości co do możliwości posłużenia się tym doświadczeniem przez Konsorcjum Intercor na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt. 8.6.1 lit. a i b IDW. Jak podnosili przeciwnicy procesowi Odwołującego 2 inwestycja wskazana w poz. 3 Wykazu robót budowlanych, realizowana była na rzecz Zamawiającego i dysponował on dokumentacją odnoszącą się do jej realizacji. Przystępujący Konsorcjum Intercor złożył na rozprawie dokumenty dotyczące inwestycji wskazanej w poz. 3 Wykazu robót budowlanych, tymczasem Konsorcjum CCECC, pomimo umożliwienia mu przez Izbę odniesienia się do tych dowodów na piśmie, z uprawnienia tego nie skorzystało. Odwołujący 2 nie przedstawił zatem argumentacji, która podważałaby wiarygodność twierdzeń Zamawiającego i Konsorcjum Intercor w zakresie doświadczenia Electren S.A.

W tym stanie rzeczy nie sposób uznać, aby Konsorcjum CCECC wykazało zasadność postawionego zarzutu.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w odniesieniu do sprawy o sygn. akt KIO 10/20 na podstawie§ 3 pkt 1) i pkt 2 lit. b) w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1), zaś w odniesieniu do sprawy o sygn. akt KIO 16/20 na podstawie§ 3 pkt 1) i pkt 2 lit. b) w zw. z § 5 ust. 2 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:……

……

……