

WYROK
z dnia 7 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska
Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2020 r. przez wykonawcę: **ALUSTA S.A. z siedzibą w Poznaniu;**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.**

z siedzibą w Warszawie;

przy udziale wykonawcy: **SARINŻ Spz o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania w wysokości 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) obciąża wykonawcę: **ALUSTA S.A. z siedzibą w Poznaniu, i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (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 3038/20

UZASADNIENIE

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zaprojektowanie i wykonanie robót dla projektu „Budowa zintegrowanych węzłów multimodalnych wraz z budową i przebudową przystanków kolejowych na terenie województwa łódzkiego”; numer referencyjny zamówienia: IREZA5e-216-02/2020 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”). Zamówienie zostało podzielone na dwie części, przy czym przedmiotem niniejszego odwołania jest wybór oferty dokonany przez zamawiającego dla części I zamówienia.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 23 kwietnia 2020 r., pod numerem: 2020/S 099-238195.

W dniu 20 listopada 2020 r. przez wykonawcę: **ALUSTA S.A. z siedzibą w Poznaniu** (dalej „odwołujący”), zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp złożył odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy SARINŻ Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „SARINŻ” lub „przystępujący”) z postępowania i wybraniu złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia SARINŻ z postępowania, z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt 8.6.1. IDW dla Części 1 zadania pomimo, iż doświadczenie wykazane przez SARINŻ w ramach realizacji kontrakt „Wykonanie robót budowlanych związanych z przebudową i rewitalizacją obiektów inżynierskich, wymianą drutu jezdni i konstrukcji wsporczych na odcinku Munina Żurawica oraz dostosowanie do obecnych przepisów posiadanej dokumentacji projektowej dla przebudowy peronów na p.o. Sośnica Jarosławska, Niziny, Wąława wraz z uzyskaniem niezbędnych decyzji administracyjnych dla ich przebudowy i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 91 Kraków Główny Osobowy - Medyka i linii nr 92 Przemyśl-Medyka, odcinek Rzeszów-granica państwa - nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp - poprzez niewykluczenie z postępowania SARINŻ pomimo, że wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa bądź lekkomyślności wprowadził w błąd zamawiającego w przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;
3. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie uznania oferty złożonej przez SARINŻ za odrzuconą, mimo ziszczenia się przesłanek wskazujących na konieczność wykluczenia tego wykonawcy z postępowania;
4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na dokonaniu wyboru oferty SARINŻ pomimo, że jego oferta powinna zostać odrzucona, i nie powinna podlegać wyborowi;
5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez przeprowadzenie, postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z wymienionymi czynnościami i sformułowanymi wyżej zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; powtórzenia czynności badania i oceny ofert; wykluczenia SARINŻ, a także uznania oferty złożonej przez tego wykonawcę za odrzuconą wobec faktu podlegania wykonawcy wykluczeniu z postępowania; dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, a także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwolujący podnosił, że SARINŻ, na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej przedłożył, zgodnie z instrukcją zamieszczoną przez zamawiającego w SIWZ, wykaz robót budowlanych. Wynika z niego, że wykonał on zamówienie pn. „Wykonanie robót budowlanych związanych z przebudową i rewitalizacją obiektów inżynierskich, wymianą drutu jezdni i konstrukcji wsporczych na odcinku Munina Żurawica oraz dostosowanie do obecnych przepisów posiadanej dokumentacji projektowej dla przebudowy peronów na p.o. Sośnica Jarosławska, Niziny, Walawa wraz z uzyskaniem niezbędnych decyzji administracyjnych dla ich przebudowy i wykonanie robót budowlanych

w ramach zadania pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 91 Kraków Główny Osobowy -Medyka i linii nr 92 Przemysł-Medyka, odcinek Rzeszów-granica państwa”. W opisie zakresu przystępujący przepisał treść warunku z IDW. W wyniku czynności zamawiającego ustalono, że wskazane w wykazie prace wykonało Konsorcjum, w którym SARINŻ działał jako jego Lider, a nie SARINŻ samodzielnie, jak podano w złożonym wykazie. Ustalono również, że w zakresie prac obejmujących perony z całą pewnością nie realizował on całego zakresu prac, a być może jedynie ich część. Ustaleń tych zamawiający dokonał, na podstawie złożonych przez wykonawcę, umów z podwykonawcami, umowy konsorcjum oraz na podstawie oświadczenia konsorcjanta tj. INTOP Warszawa Sp. z o.o.

Ze złożonych przez SARINŻ wyjaśnień oraz dokumentów wynika, że: (1) był on Liderem Konsorcjum; (2) pomiędzy nim a Partnerem uzgodniono wstępny podział procentowy wynagrodzenia; (3) zatrudniał podwykonawców na potrzeby Konsorcjum; (4) brał udział

w bliżej nieokreślonym zakresie w wykonaniu przez Partnera części robót obejmujących usunięcia kolizji, części robót konstrukcyjnych i brukarskich na peronie na p.o. Walawa. Analiza przedłożonej przez SARINŻ dokumentacji nie pozwala, zdaniem odwołującego na uznanie, że posiada on wymagane przez zamawiającego doświadczenie. Odwołujący przypomniał, że zamawiający wymagał wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej

w zakresie budowy lub przebudowy peronu. Przy czym, co ważne jak wyjaśniła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 31 lipca 2020 r. „Skoro no budowę zbiornika składa się szeregiem robót (o różnym stopniu skomplikowania), to doświadczenie zdobyte "w roli" kierownika robót przy realizacji jedynie części z nich nie odpowiada doświadczeniu zdobytemu "w roli" kierownika robót przy realizacji całości, robót, które składają się - jako całość - na efekt w postaci budowy podziemnego zbiornika retencyjnego. Deficyt doświadczenia dotyczyć będzie w takim przypadku jakiejś części robót - niezbędnej części robót, wobec czego takie doświadczenie nie może zostać uznane za wystarczające" (KIO 1267/20). Jakkolwiek orzeczenie to dotyczyło nieco innego stanu faktycznego, to łatwo jest odnieść je do realiów niniejszej sprawy. Z całą pewnością nawet gdyby uznać, że SARINŻ rzeczywiście realizował wskazane przez siebie czynności, to nie dokumentują doświadczenia wykonawcy w całym wymaganym przez zamawiającego zakresie tj. wybudowaniu lub przebudowaniu jednego peronu, a jedynie w zakresie części tych prac. O nabyciu przez SARINŻ doświadczenia w zakresie wymaganym przez zamawiającego w obecnym postępowaniu nie może świadczyć zarówno fakt, że SARINŻ pełnił funkcję Lidera konsorcjum, jaki i procentowy podział wynagrodzenia zawarty w tejże umowie. Zwrócić należy uwagę, że z umowy konsorcjum nie wynika: jaki był dokładnie podział zadań, jaki zakres prac realizowali poszczególni partnerzy, jakie zadania w trakcie realizacji robót budowlanych realizował SARINŻ jako Lider konsorcjum, oraz czy w jakikolwiek sposób SARINŻ nadzorował i koordynował wykonanie całego zadania.

Zdaniem odwołującego przedstawiona umowa konsorcjum szczegółowo reguluje jedynie współpracę stron na etapie postępowania przetargowego, pozostawiając kwestie współpracy na etapie wykonawstwa do ustalenia w odrębnej umowie. Zgodnie z §4 ust. 2 tejże umowy, strony zobowiązały się do wykonania prac związanych z przedmiotem kontraktu w oparciu o podział procentowy zawarty w umowie konsorcjum, który miał zostać uszczegółowiony w umowie wykonawczej. Co więcej, zgodnie z §4 ust. 3 umowy konsorcjum przyjęty podział procentowy miał charakter wstępny, mógł więc ulec zmianie w umowie wykonawczej. Z §7 natomiast wiadomo, że to umowa wykonawcza zawierała uszczegółowiony zakres robót i usług dla każdego z członków Konsorcjum w odniesieniu do pozycji RCO (Rozbicie Ceny Ofertowej), a więc poszczególnych prac. W konsekwencji umowa ta może regulować nie tylko kwestie zakresu robót do wykonania, ale także podział zadań w zakresie nadzoru nad podwykonawcami, koordynacji prac, czy innych aspektów realizowania kontraktu na rzecz zamawiającego. Z przyczyn dla odwołującego się niezrozumiałych umowa ta nie została jednak przez SARINŻ złożona, co nie pozwala na ocenę dowodów w postaci oświadczenia prezesa zarządu INTOP Warszawa Sp. z o.o., a także nie pozwala na ocenę znaczenia umów z podwykonawcami.

O ile bezspornym jest, że wykonawca realizujący samodzielnie zadanie inwestycyjne nabywa doświadczenie pomimo, że osobiście nie wykonał pewnych prac zlecając

je podwykonawcom, to jednak wynika to z faktu, że jest on wyłącznie odpowiedzialny

za wykonanie zobowiązania wobec zamawiającego, nadzoruje i koordynuje prace swoje

i podwykonawców, oraz wykonuje inne czynności związane z realizacją umowy. W przypadku Konsorcjum - niezależnie od tego, który z członków Konsorcjum podpisze umowę

z podwykonawcą - nie jest to już tak oczywiste, gdyż czynności związane ze współpracą

z podwykonawcami mogą w rzeczywistości wykonywać inni członkowie Konsorcjum,

w zależności od przyjętego podziału zadań. Zwrócił także uwagę, że w przypadku, gdy Lider konsorcjum odpowiada za całość kwestii rozliczeniowych w ramach umowy z zamawiającym, przyjęcie przez niego koordynacji płatności z podwykonawcami jest jak najbardziej uzasadnione. Niemniej jednak nie musi świadczyć to o faktycznym nadzorze nad wykonywanymi pracami. Jak się wydaje z taką sytuacją możemy mieć do czynienia na inwestycji wskazanej przez SARINŻ. Ze złożonej przez wykonawcę umowy, z TRANSBET Betoniarnie Sp. z o.o. Sp. k. wynika, że obejmowała ona dostawę betonu dla całej inwestycji, a więc również dla robót realizowanych przez Partnera Konsorcjum. Analogicznie mogła wyglądać sytuacja związana z pozostałymi umowami z podwykonawcami, przy czym nie da się tego ocenić bez umowy wykonawczej. W tej sytuacji fakt zawarcia umów

z podwykonawcami nie będzie powodował nabycia w tym zakresie doświadczenia przez SARINŻ. W zakresie pozostałych umów z podwykonawcami (tj. zawartych z M. B., I. M., i ART IN ENERGY Sp. z o.o.) podwykonawcy Ci byli zobowiązani do zapewnienia właściwego kierownictwa, w tym przedstawiciela posiadającego uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie. Co więcej, byli oni również zobowiązani do pełnienia pełnego nadzoru i koordynacji nad pracą swoich pracowników i w tym zakresie zwolnili Zlecającego z wszelkiej odpowiedzialności (§2 ust. 7 umów z podwykonawcami).

Ocenie, zdaniem odwołującego, należy poddać również oświadczenie INTOP Warszawa Sp. z o.o. z 21 października 2020 r. W oświadczeniu tym nie zawarto żadnych informacji na temat roli SARINŻ jako Lidera Konsorcjum przy realizacji prac, ani przy wykonywaniu prac na innych peronach niż peron Walawa. Pozostałe dokumenty złożone przez SARINŻ sugerują jego udział nie tylko w pracach dotyczących peronu Walawa. Co więcej, oświadczenie to jest niezwykle lakoniczne i ogólnikowe. Sformułowania „uczestnictwo siłami własnymi (pracownicy fizyczni oraz sprzęt z

operatorem)", „uczestnictwo w układaniu kostki oraz obrzeży", czy „wykonanie części prac rozbiórkowych" nie pozwalają na dokonanie oceny rzeczywistego zaangażowania wykonawcy w realizację tychże prac. Niezależnie od tego jednak uzasadnione wątpliwości budzi fakt, że SARINŻ oświadczeniem tym stara się zastąpić treść umowy wykonawczej jaką zawarli członkowie konsorcjum, a która kwestie te powinna regulować z całą pewnością bardziej szczegółowo i wyczerpująco. Jak wynika z aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej do oceny doświadczenia zdobywanego w ramach konsorcjum należy każdorazowo podchodzić indywidualnie.

W niniejszej sprawie jednak zamawiający dokonał takiej oceny jedynie pobieżnie.

Z pisma zamawiającego z 29 października 2020 r. w sprawie odtajnienia wyjaśnień SARINŻ wynika, że zdaniem zamawiającego „w umowie konsorcjum zawarto jedynie informacje o charakterze ogólnym oraz technicznym, np. w zakresie wadium, odpowiedzialności itd. Jedyne informacje o charakterze merytorycznym w zakresie planowanej współpracy dotyczą procentowe podziału prac". Trudno więc uznać, aby w oparciu o tę umowę można było samodzielnie ustalić czy wykonawca nabył jakiegokolwiek doświadczenie w zakresie prac peronowych. Brak umowy wykonawczej nie pozwala z kolei na ocenienie rzeczywistej roli SARINŻ w realizacji umowy na rzecz zamawiającego, w tym w szczególności na ocenienie jego roli w realizację prac peronowych. Co również ważne, biorąc pod uwagę nieujawnienie zakresu zadań SARINŻ na etapie wykonawstwa, nie sposób ocenić umów zawartych przez SARINŻ z podwykonawcami. W tej sytuacji nie sposób uznać, aby przystępujący wykazał swoje doświadczenie w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Pozostałe twierdzenia SARINŻ, zawarte w wyjaśnieniach dotyczące jego roli w realizacji prac i zadań Lidera konsorcjum na etapie wykonawstwa, pozostają głoślowe i częściowo rozbieżne

z pozostałymi złożonymi dokumentami. Należy stwierdzić, że SARINŻ nie skorzystał

z możliwości złożenia dokumentów jednoznacznie wykazujących jego udział w realizacji zadania mającego świadczyć o zdobyciu wymaganego doświadczenia. Jako Lider Konsorcjum z całą pewnością posiada tak umowę wykonawczą do umowy konsorcjum, jak i inne dokumenty związane z realizacją tego zadania, które mogłyby obrazować rzeczywisty udział w realizacji prac peronowych. Zaniechanie przedłożenia tej dokumentacji obciąża jednak wyłącznie wykonawcę.

Niezależnie od powyższego, w ocenie odwołującego, w stosunku do SARINŻ zachodzą przesłanki uzasadniające jego wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 16 i 17 ustawy Pzp. Poza sporem jest, że wykaz dostaw, robót budowlanych czy usług jest istotnym oświadczeniem oczekiwanym przez zamawiających. Zgodnie z postanowieniami IDW zamawiający również wymagał złożenia takiego wykazu. Ten, złożony przez SARINŻ w postępowaniu, zawiera informacje i oświadczenie o wykonaniu przez przystępującego jednego zamówienia, którego nazwę wpisano w wykazie. Zgodnie ze wzorem wykazu udostępnionym przez zamawiającego w jednej z rubryk należało wpisać: „Przedmiot i wartość wykonywanych robót (należy opisać roboty w sposób umożliwiający weryfikację spełnienia warunku udziału w postępowaniu)". W tym zakresie SARINŻ nie wpisał wartości wykonanych prac, a w opisie wykonanych prac przepisał treść warunku z pkt 8.6.1 IDW, co trudno uznać za opis zgodny z wymaganiami zamawiającego. Co jednak najważniejsze, taki opis uniemożliwia weryfikację spełnienia warunku przetargowego. Powyższe nabiera jednak szczególnego znaczenia, jeśli uwzględni się fakt zrealizowania tego zadania przez konsorcjum firm, a nie SARINŻ samodzielnie. W tej sytuacji, zasadnym byłoby oczekiwanie wobec SARINŻ opisanie rzeczywistego zakresu wykonanych prac oraz wskazanie, że umowę realizowało Konsorcjum, którego był członkiem. Tymczasem, w wykazie prac de facto SARINŻ przypisał sobie samodzielną realizację przedsięwzięcia, w oparciu o które starał się wykazać wymaganym przez zamawiającego doświadczeniem. Zwrócić też należy uwagę, że zamawiający mógł przeoczyć ten fakt, gdyż postępowanie w niniejszej sprawie, pomimo tożsamości zamawiającego, prowadzi inna jednostka organizacyjna tj. Centrum Realizacji Inwestycji Region Zachodni, niż postępowanie wskazane w wykazie, które prowadzone było przez Centrum Realizacji Inwestycji Region Południowy.

Do wypełnionego „Wykazu robót" dołączono protokół odbioru końcowego, który w swej treści zawiera szereg informacji dotyczących wykonanych robót branżowych w ramach realizacji zamówienia, co zapewne miało na celu wywołanie u zamawiającego przekonania, że SARINŻ przebudował perony w lokalizacjach p.o. Sośnica, Jarosławie, Nizin, Walawa. Próba podania rzeczywistego zakresu robót została przez SARINŻ podjęta dopiero na wezwanie zamawiającego, który badał „udział SARINŻ w konsorcjum". W odpowiedzi przystępujący próbował wykazać, że wykonał część robót na peronie na p.o. Walawa w zakresie usunięcia kolizji, części robót konstrukcyjnych i brukarskich. Prace te jednak nie dotyczą całego zakresu wymaganego przez zamawiającego. Niemniej jednak, bez umowy wykonawczej - której przystępujący nie przedstawił, co również powinno podlegać ocenie - nie sposób przedstawionych przez SARINŻ dokumentów ocenić. Tym samym, nie mogą one potwierdzać spełnienia warunku przetargowego, choć miały sprawiać inne wrażenie. W tym kontekście istotna jest również próba utajnienia dokumentów przez SARINŻ, pomimo braku ku temu jakiegokolwiek przesłanki. W istocie dokumenty te, jak i wyjaśnienia miały nie być przedmiotem analizy przez innych wykonawców.

Odwołujący przywoływał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, zwracając uwagę, że fakt podania w wykazie robót budowlanych przez SARINŻ informacji niezgodnych ze stanem faktycznym i zatajenie realizacji prac przez Konsorcjum, mogło wprowadzić zamawiającego w błąd, co do spełnienia warunków stawianych przez zamawiającego, dotyczyło więc okoliczności istotnej dla rozstrzygnięcia postępowania.

Ponadto w ocenie odwołującego sposób, w jaki zamawiający przeprowadził ocenę ofert w przedmiotowym postępowaniu, godzi wprost w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający, 23 listopada 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do złożenia przystąpienia.

Do postępowania odwoławczego zgłosił swoje przystąpienie po stronie zamawiającego, w dniu 25 listopada 2020 r., wykonawca: **SARINŻ Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.**

Zamawiający 4 grudnia 2020 r., działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Przystępujący zaprezentował swoją argumentację w piśmie procesowym, które złożył do akt sprawy 4 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią oferty złożonej przez przystępującego w postępowaniu, treścią pism składanych przez SARINŻ w odpowiedzi na wezwanie

zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 i 26 ust. 3 ustawy Pzp, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, stanowiskiem przystępującego zaprezentowanym w piśmie procesowym, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu. Jego oferta, zgodnie z kryteriami oceny ofert, uplasowała się na drugiej pozycji. W przypadku, gdyby zamawiający prawidłowo wykonał czynności w postępowaniu i wykluczył SARINŻ, na podstawie wskazywanych w treści odwołania przepisów, odwołujący miałby szanse uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej przez przystępującego w postępowaniu, treści pism składanych przez SARINŻ w odpowiedzi

na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 i 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez przystępującego w postaci:

1. pisma SARINŻ, kierowanego do INTOP WASZAWA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, z prośbą o wyrażenie zgody na zwolnienie przystępującego z klauzuli poufności i umożliwienie SARINŻ przedstawienia porozumienia wykonawczego w zakresie zadania pn. „Wykonanie robót budowlanych związanych z przebudową i rewitalizacją obiektów inżynierskich, wymianą drutu jezdni i konstrukcji wsporczych na odcinku Munina Żurawica oraz dostosowanie do obecnych przepisów posiadanej dokumentacji projektowej dla przebudowy peronów na p.o. Sośnica Jarosławska, Niziny, Walawa wraz z uzyskaniem niezbędnych decyzji administracyjnych dla ich przebudowy i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 91 Kraków Główny Osobowy - Medyka i Unii nr 92 Przemysł-Medyka, odcinek Rzeszów-granica państwa”, wraz z adnotacją wyrażającą przedmiotową zgodę;
2. umowy wykonawczej nr 1/INTOP/SERSO/MUNINA-ŻURAWICA/2018 zawartej 29 września 2018 r. w Warszawie pomiędzy SERSO (obecnie SARINŻ) a INTOP, na wykonanie zadania j.w.;
3. list obecności pracowników SARINŻ za okres od października 2018 r. do grudnia 2018 r., zatrudnionych przy realizacji zadania j.w., miejsce robót: p.o. Walawa;
4. wykazu sprzętu, wykorzystywanego dla zadania j.w. w okresie październik 2018 r. - grudzień 2018 r., w tym między innymi przy realizacji robót w Walawie;
5. faktur za najem sprzętu wykorzystywanego przez przystępującego do realizacji robót polegających na przebudowie peronu w Walawie;
6. faktury za wykonanie usług polegających na serwisowaniu sprzętu wykorzystywanego podczas prac jak wyżej, oraz karty serwisu sprzętu;
7. faktur za ochronę zaplecza budowy w Walawie, za okres październik 2018 r. - grudzień 2018 r.;
8. faktur za najem kabin TOI Fresch, które były zapewnione pracownikom przystępującego na budowie w Walawie, celem zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem niniejszego zamówienia, zgodnie z opisem zamieszczonym w pkt 2 SIWZ - Instrukcja dla wykonawców (IDW) jest zaprojektowanie oraz rozbudowa/ budowa 4 multimodalnych węzłów komunikacyjnych: Główno na linii kolejowej

nr 15, Stryków na linii kolejowej nr 15, Pabianice Północ (nazwa robocza) na linii kolejowej

nr 14, Zduńska Wola (wraz z budynkiem dworca) na linii kolejowej nr 14. Przedmiot zamówienia został podzielony na dwa kontrakty (dwa zadania częściowe): Kontrakt (Część) nr 1 obejmuje zaprojektowanie oraz rozbudowę/budowę multimodalnych węzłów komunikacyjnych: Główno na linii kolejowej nr 15, Stryków na linii kolejowej nr 15, Pabianice Północ (nazwa robocza) na linii kolejowej nr 14. Kontrakt (Część) nr 2 obejmuje zaprojektowanie oraz rozbudowę/budowę multimodalnego węzła komunikacyjnego: Zduńska Wola (wraz z budynkiem dworca) na linii kolejowej nr 14. Zamawiający wyjaśnił w SIWZ,

że pod pojęciem Kontrakt należy rozumieć również Część zamówienia na którą wykonawca może złożyć odrębną ofertę. Gdziekolwiek w SIWZ zamawiający używa słowa Kontrakt należy je odnosić do części zamówienia. Słowo Kontrakt używane jest w Warunkach Umowy również w znaczeniu Umowy.

Dalej Izba ustaliła, że w zgodnie z pkt 8.6.1 SIWZ - IDW zamawiający, w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3 IDW (warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej) wymagał, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał: dla Części 1 co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną, na zakres której składają się budowa lub przebudowa co najmniej 1 (jednego) peronu kolejowego. Z kolei w pkt 9.6 SIWZ

- IDW przewidziano, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, powinni złożyć wykaz robót budowlanych oraz dowody potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie.

Na podstawie akt sprawy Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, w tym potwierdzających spełnienie przez przystępującego warunków udziału w postępowaniu dla części I zamówienia, SARINŻ przedłożył między innymi wykaz robót budowlanych, zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 7 do SIWZ (IDW). W treści wykazu, zgodnie z opisem zawartym w tabeli wpisał następujące dane: (1) nazwę zamówienia: Wykonanie robót budowlanych związanych z przebudową i rewitalizacją obiektów inżynierskich, wymianą drutu jezdni i konstrukcji wsporczych na odcinku Munina - Żurawica oraz dostosowanie do obecnych przepisów posiadanej dokumentacji projektowej dla przebudowy peronów na p.o. Sośnica Jarosławska, Niziny, Walawa wraz z uzyskaniem niezbędnych decyzji administracyjnych dla ich przebudowy i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 91 Kraków Główny Osobowy -Medyka i linii nr 92 Przemysł-

Medyka, odcinek Rzeszów-granica państwa"; (2) numer umowy: 90/103/0021/18/Z/I z dnia 26.03.2018 r.; (3) w kolumnie pozycja potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w IDW punkt wpisał: pkt 8.6.1 SIWZ Tom I IDW w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3 IDW; (4) podmiot, na rzecz którego realizowane były roboty: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa; (5) przedmiot i wartość wykonanych robót w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonano: co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną, na zakres której składają się budowa lub przebudowa co najmniej 1 (jednego) peronu kolejowego; (6) termin rozpoczęcia i zakończenia realizacji: 03.2018 - 10.2019. Ponadto do przedmiotowego wykazu SARINŻ załączył następujące dokumenty, potwierdzające należyte wykonanie robót: protokół nr IREK/3/0/3-211/5-326/19 z dnia 24 października 2019 r. odbioru końcowego. Wynika z niego, że zadanie umieszczone w wykazie polegało między innymi (podstawowy zakres rzeczowy) na realizacji robót w zakresie: (1) przystanek osobowy Sośnica Jarosławska; (2) przystanek osobowy Niziny; (3) przystanek osobowy Walawa. Jednocześnie w treści protokołu wpisano, jako lidera Konsorcjum - SARINŻ. Kolejne dokumenty, załączone do wykazu to: protokół nr IREK/3/0/3-211/5-327/19 z dnia 24 października 2019 r. wad nieistotnych stwierdzonych w trakcie odbioru końcowego oraz protokół nr IREK/3/0/3-211/5-338/19 z dnia 8 listopada 2019 r. z usunięcia stwierdzonych wad nieistotnych.

Zamawiający, ocenił złożone dokumenty, a następnie wezwał SARINŻ w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień jaki zakres prac i robót realizował SARINŻ w ramach Konsorcjum.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z 22 października 2020 r. przystępujący udzielił następujących wyjaśnień. Opisując swój udział w realizacji referencyjnego zadania twierdził, że spółka SARINŻ aktywnie i fizycznie uczestniczyła w zadaniu wskazanym w Wykazie robót budowlanych, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, które było realizowane przez Konsorcjum i w którym to ww. spółka była Liderem, a poza tym brała pełną odpowiedzialność za cały kontrakt, organizację wszystkich robót oraz nadzór wykonywanych prac swoich oraz Partnera. SARINŻ z racji swoich przedstawicieli, personelu pomocniczego (kierownicy robót, inżynierowie, specjaliści) jak i swoich podwykonawców, brała czynny udział w realizacji wszystkich robót, jak i prowadząc nadzór, miała aktywny wpływ na proces budowlany i była głównym przedstawicielem odpowiadającym przed zamawiającym. Roboty na ww. wymienionym kontrakcie były realizowane wspólnie przez partnerów konsorcjum. Było to spowodowane krótkim terminem realizacji i wymagało jednoczesnego udziału obydwu stron Konsorcjum przy realizacji całości zadania. Dalej wyjaśnił, że udział każdej Strony, zgodnie z Umową Konsorcjum powinien być rozumiany jako wartość procentowa odpowiadająca udziałowi tej Strony w kwocie wynagrodzenia brutto Konsorcjum za wykonanie całości zamówienia i kształtował się on następująco: Lider Konsorcjum SARINŻ - 73% kwoty przeznaczonej na realizację Kontraktu; partner Konsorcjum INTOP Warszawa Sp. z o.o. - 27% kwoty przeznaczonej na realizację Kontraktu. W dalszej części podkreślił, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jako przykład referencyjny, dla wykazania potwierdzenia wykonania co najmniej jednego peronu w ramach zrealizowanej roboty budowlanej, wymienił jeden z kilku peronów wykonanych w ramach zadania - na p.o. Sośnica Jarosławska, Niziny, Walawa odnoszącego się także do przebudowy peronu kolejowego. W treści pisma przystępujący szczegółowo opisał zakres prac i robót wykonywanych przez SARINŻ w ramach przebudowy peronów. Wskazał również, że pracownicy fizyczni oraz sprzęt jakim dysponowało i nadal dysponuje Konsorcjum (SARINŻ i INTOP) wspólnie wykonywali prace m.in. przygotowawcze, organizacyjne wykończeniowe oraz inne niezbędne wykonywane siłami własnymi oraz inne nieprzewidziane w umowach na usługi i roboty podwykonawcze na całym zadaniu. Odnosił się także do zawartej przez strony umowy konsorcjum stwierdzając, że ani umowa, ani inne regulacje zawarte pomiędzy Liderem a Partnerem Konsorcjum w żaden sposób nie ograniczały odpowiedzialności Lidera SARINŻ. Stwierdził również, że uprawnienia, które przyznane zostały liderowi w treści umowy nie ograniczają się do funkcji reprezentacyjnych, podmiotów zaangażowanych w realizację kontraktu w relacji z zamawiającym.

Powyższe wyjaśnienia poparto następującymi dokumentami: (1) umową Konsorcjum zawartą 20 grudnia 2017 r.; (2) Porozumieniem do umowy Konsorcjum - Umowa o zachowaniu poufności; (3) oświadczeniem Intop Warszawa Sp. z o.o. - Partnera Konsorcjum; (4) Umową podwykonawczą nr 1/ART IN ENERGY /SERSO/MUNINA-ŻURAWICA/2017.04.2018 r.; (5) Umową podwykonawczą nr 1/MBUD/SERSO/MUNINA-ŻURAWICA/2018 z 07.12.2018 r.; (6) Umową podwykonawczą nr 1/TORIM/SERSO/MUNINA-ŻURAWICA/2018 z 17.04.2018 r.; (7) Umową dostawy mieszaniny betonowych nr 1/TRANSBET BETONIARNIE/SERSO/MUNINA ŻURAWICA/2018 z 30.04.2018 r.

Zamawiający uznał powyższe wyjaśnienia za wystarczające i dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej w części I zamówienia, oferty złożonej przez SARINŻ.

Z niniejszą decyzją nie zgodził się odwołujący, składając 20 listopada 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odniesienie wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z powodu braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu - zarzut nie potwierdził się

W pierwszej kolejności dostrzec należy, że w treści SIWZ warunek udziału

w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej opisany został w następujący sposób: wykonawca miał wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat wykonał (dla części I)

co najmniej jedną robotę budowlaną, na zakres której składała się budowa lub przebudowa

co najmniej jednego peronu kolejowego. Potwierdzeniem spełnienia warunku miał być złożony wykaz zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik do SIWZ, do którego należało załączyć dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót.

SARINŻ, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przedłożył dokument, w którym wpisał nazwę zrealizowanego zadania, podmiot na rzecz którego zadanie było realizowane, daty jego realizacji i w końcu potwierdził również, że w ramach tych robót budowlanych wykonał budowę lub przebudowę co najmniej jednego peronu. Informacje przekazane przez wykonawcę zostały zaprezentowane wg. schematu, który przygotował zamawiający tj. zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ (IDW).

Tym samym nie sposób podzielić zastrzeżeń odwołującego co do tego, że informacje w tabeli były niewystarczające czy niekompletne i powielały jedynie treść warunku udziału

w postępowaniu, bez zamieszczenia szczegółowego opisu. W szczególności dostrzec należy, że wartość robót, chociaż informacja na ten temat rzeczywiście nie została zamieszczona w tabeli, nie była przedmiotem weryfikacji przez zamawiającego.

Treść warunku, w brzmieniu opisanym przez zamawiającego, nie pozostawia wątpliwości, że wykonawca miał wykazać się wykonaniem co najmniej jednej roboty budowlanej, na zakres której składają się budowa lub przebudowa co najmniej jednego peronu kolejowego. Nie zawarto jednocześnie w tym miejscu wymagań dodatkowych, dotyczących tego, że wykonawca musiał wybudować lub przebudować co najmniej jeden peron kolejowy o określonych parametrach (np. długości czy szerokości), lub też że minimalna wartość wykonanych prac, odnosząca się do tego zakresu - winna być na określonym poziomie. Z tych też powodów zarzuty formułowane przez odwołującego, dotyczące tego, że doświadczenie SARINŻ w całym wymaganym przez zamawiającego zakresie powinno polegać na wykazaniu się wykonaniem wszystkich prac składających się na wybudowanie lub przebudowanie jednego peronu, a zdaniem odwołującego przystępujący mógł wykonać tylko część tych prac, są niezasadne, gdyż nie znajdują oparcia w treści samego warunku.

Nie ulegało w niniejszej sprawie wątpliwości, że SARINŻ zrealizował przedmiotową robotę budowlaną w ramach Konsorcjum. Powyższe wynikało już z treści załączonych do wykazu robót dokumentów, potwierdzających należyte wykonanie robót: protokołu odbioru końcowego nr IREK/3/0/3-211/5-326/19 z dnia 24 października 2019 r., w którym zamieszczono informację, że przedmiotowa robota budowlana wykonana została w ramach konsorcjum, w którym SARINŻ pełnił rolę lidera Konsorcjum. Ponadto treść tego dokumentu pozwalała na ustalenie jaki był zakres rzeczowy przedmiotowego zadania.

Dodatkowo zamawiający, w toku postępowania, wezwał SARINŻ do złożenia wyjaśnień odnośnie tego, jaki był faktyczny zakres prac wykonanych przez SARINŻ w ramach referencyjnego zadania. Przystępujący udzielił szczegółowych wyjaśnień, z których wynikało, że zakres prac zrealizowanych w tym zadaniu obejmował w rzeczywistości 6 peronów, a nie jak zawarto w treści warunku - jeden peron. Wskazał na swój faktyczny i rzeczywisty udział w realizacji prac, przedstawiając na tą okoliczność dowody, w postaci: umowy Konsorcjum zawartej 20 grudnia 2017 r.; porozumienia do umowy Konsorcjum - Umowa o zachowaniu poufności; oświadczenia Intop Warszawa Sp. z o.o. - Partnera Konsorcjum; czterech umów podwykonawczych, zawieranych pomiędzy SARINŻ a podwykonawcami. Treść tych dokumentów potwierdza, w ocenie Izby, czynny udział SARINŻ w realizacji przedmiotowej inwestycji w zakresie podstawowym oraz dodatkowym robót, w szczególności związanych z wielobranżową przebudową peronu na p. o. Walawa w rejonie drogi gminnej nr 116376 R, m.in. w zakresie robót konstrukcyjnych, uczestnictwa siłami własnymi (pracownicy fizyczni oraz sprzęt z operatorem) podczas montażu konstrukcji ścianek peronowych oraz płyt peronowych, uczestnictwa w układaniu kostki oraz obrzeży betonowych (pracownicy fizyczni oraz sprzęt), wykonania części robót rozbiórkowych oraz ziemnych wraz z pozyskaniem i wbudowaniem materiału zasypowego, dostaw, w tym mieszanki betonowej na wykonanie fundamentów pod ściany peronowe oraz realizację prac projektowych i uzgodnień.

Odwołujący kwestionował rolę SARINŻ w ramach wykonywania robót w ramach Konsorcjum stojąc również na stanowisku, że przystępujący pomimo, że był liderem konsorcjum nie legitymuje się niezbędnym doświadczeniem, wymaganym w SIWZ z tego powodu, że samodzielnie nie wykonał w całości nawet prac związanych z przebudową jednego z peronów.

W tym miejscu wskazać należy, że skład orzekający w pełni aprobuje tezy zawarte w orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r., sygn. akt C-387/14 ws. Esaprojekt, w którym Trybunał wskazał m.in. że „Zasada równego traktowania wykonawców nie dopuszcza, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji”. W innym orzeczeniu Trybunał Sprawiedliwości UE podkreślał także, iż „warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział np. w zarządzaniu sprawami konsorcjum” (wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji sygn. C-399/05) Z powyższych powodów w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wydawanym po ogłoszeniu wyroku ws. Esaprojekt przyjmuje się, że doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum wymaga indywidualnej analizy konkretnego stanu faktycznego i badania realnego udziału w realizacji danego zadania każdego z członków konsorcjum. Zwraca się także uwagę, że wykonawca nabywa doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem konsorcjum, lecz przez bezpośredni udział w realizacji części zamówienia, do którego wykonania zobowiązana jest cała grupa wykonawców. W sytuacji, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, to doświadczenie tego wykonawcy należy ocenić w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, czyli jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe tezy, analizując na podstawie przedłożonych przez przystępującego dokumentów, zarówno tych złożonych w postępowaniu, jak też przedstawionych na rozprawie Izba uznała, że udział SARINŻ w realizacji referencyjnego zadania, jak również wymaganego zakresu doświadczenia, które co należy ponownie przypomnieć miały polegać na wykonaniu robót budowlanych, w zakresie których znalazła się budowa lub przebudowa co najmniej jednego peronu - był realny i faktyczny.

Z treści protokołów odbioru końcowego, złożonych wraz z wykazem robót, na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że przedmiotem zamówienia, które wskazał przystępujący w tabeli, były prace polegające na przebudowie peronów, roboty w różnych branżach: energetycznej, sterowania ruchem kolejowym, teletechnicznej, jak też wykonanie dokumentacji powykonawczej. W treści protokołów jako lidera wskazano SARINŻ.

Ponadto, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przystępujący przedłożył wyjaśnienia, z których wynikało, że z racji swoich przedstawicieli, personelu pomocniczego (kierownicy robót, inżynierowie, specjaliści) jak i swoich podwykonawców, brała czynny udział w realizacji wszystkich robót, jak i prowadząc nadzór, miał aktywny wpływ na cały proces budowlany i był głównym przedstawicielem odpowiadającym przed zamawiającym. Wskazał, że roboty na ww. wymienionym kontrakcie były realizowane wspólnie przez partnerów konsorcjum, a udział uczestników konsorcjum, zgodnie z Umową Konsorcjum, powinien być rozumiany jako wartość procentowa odpowiadająca udziałowi tej strony w kwocie wynagrodzenia brutto Konsorcjum za wykonanie całości zamówienia i kształtowała się następująco: Lider Konsorcjum SARINŻ SP. z o.o. - 73% kwoty przeznaczonej na realizację Kontraktu; Partner Konsorcjum INTOP Warszawa Sp. z o.o. - 27% kwoty przeznaczonej na realizację Kontraktu. Wyjaśnienia przystępującego zostały poparte dowodami w postaci: umowy konsorcjum, oświadczenia partnera konsorcjum - firmy INTOP oraz umowami, zawieranymi pomiędzy SARINŻ (dawniej SERSO Sp. z o.o.) i podwykonawcami. Załączone dokumenty są spójne ze złożonymi w postępowaniu wyjaśnieniami i potwierdzają

okoliczność, że przystępujący w ramach konsorcjum był wykonawcą w pełni zaangażowanym w roboty dla przedmiotowego zadania, w tym roboty odnoszące się do wykonania robót budowlanych w zakresie których znalazła się także przebudowa peronów.

Rację ma zatem zamawiający, że już na tej podstawie uznać należało, że rola przystępującego w wykonaniu referencyjnej roboty budowlanej była rzeczywista i polegała na wspólnej realizacji zamówienia przez członków konsorcjum. Przypomnieć ponownie należy, że zgodnie z literalnym brzmieniem warunku wykonawca miał wykazać się realizacją roboty budowlanej, w ramach której wykonano budowę lub przebudowę peronu. Warunek nie precyzował zatem żadnych wymagań dotyczących długości, zakresu, określonych branż związanych z tą przebudową. Jeśli nawet SARINŻ nie wykonałby wszystkich prac obejmujących perony, a jedynie ich część, a pozostała część została wykonana przez partnera konsorcjum - nie oznacza to, że SARINŻ nie nabył w tym zakresie niezbędnego doświadczenia. Nie da się bowiem w takiej sytuacji, w prosty sposób, wydzielić taki zakres robót, który uznać należałoby za wystarczający do oceny, że wykonawca takim doświadczeniem może się legitymować. Niezależnie od tego sam podział procentowy w ramach umowy konsorcjum wskazywał, że udział SARINŻ w realizacji całego zadania był przeważający.

Dostrzec również należy, że odwołujący swoje twierdzenia opierał na kwestionowaniu złożonych w postępowaniu dokumentów i marginalizowaniu udziału przystępującego w ramach realizowanego zadania, nie przedstawiając jednocześnie żadnych dowodów na wskazywane przez niego okoliczności. Izba przypomina w tym miejscu, na co zwrócił uwagę zamawiający i przystępujący, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest kontrydiktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy Pzp - do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Przechodząc z kolei do art. 6 kodeksu cywilnego - ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W niniejszym postępowaniu to na odwołujących ciążył zatem obowiązek wykazania, iż rola SARINŻ w konsorcjum nie pozwalała w istocie na posługiwanie się zdobytym przez niego doświadczeniem. Tymczasem odwołujący opierał się jedynie na domysłach, przypuszczeniach i kwestionowaniu dokumentów przedłożonych przez przystępującego, nie podważając jednak ich autentyczności czy prawdziwości.

Już na podstawie zatem dokumentów zgromadzonych przez zamawiającego w aktach postępowania można było przesądzić, że SARINŻ spełnił warunek udziału w postępowaniu opisany w SIWZ. Dodatkowo, celem rozwiania wszelkich wątpliwości co do faktycznego udziału SARINŻ w realizacji prac budowlanych, w tym między innymi przy budowie peronu w miejscowości Walawa, przystępujący na rozprawie przedłożył szereg dokumentów potwierdzających przedmiotową okoliczność. Treść przedłożonej umowy wykonawczej, na brak której zwrócił uwagę odwołujący, w ocenie Izby rozwiewa wszelkie wątpliwości co do faktycznego i realnego udziału SARINŻ w ramach prac wymienionych w wykazie. Treść tej umowy jest zbieżna z wcześniej składanymi wyjaśnieniami. Potwierdza ona bowiem, że przystępujący odpowiadał, poza zakresem peronu p.o. Walawa tor nr 2, także za wykonanie robót w branży energetycznej dla całego zadania, wykonanie robót w branży sterowania ruchem kolejowym dla całego zadania, wykonanie robót w branży teletechniki dla całego zadania, usunięcie kolizji związanych z przebudową peronów na p.o. Sośnica Jarosławska, Niziny i Walawa dla całego zadania, uzyskanie oceny zgodności każdego podsystemu objętego zamówieniem - TSI PRM, opracowanie i przekazanie zakluzulowanej geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej dla całego zadania, czy też sprawowanie całłościowego nadzoru. Jednocześnie z treści §1 ust. 1 lit. f powyższej umowy wynika, że w ramach zakresu prac powierzonych do wyłącznej realizacji liderowi konsorcjum, znalazła się przebudowa peronu jednokrawędziowego w Walawie wraz z zabudową małej architektury, wyposażeniem, odwodnieniem, wymianą oświetlenia, urządzeń teletechniki oraz przystosowanie do obsługi osób niepełnosprawnych. Tym samym, nawet gdyby interpretować treść warunku w taki sposób jak chce tego odwołujący tj. że SARINŻ miał wykazać się osobiście wykonaniem prac polegających na budowie peronu, z czym Izba się nie zgadza - umowa wykonawcza oraz inne złożone przez SARINŻ na rozprawie dokumenty, dodatkowo tą okoliczność potwierdzają.

Nie potwierdził się zatem zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp - zarzut nie zasługuje na uwzględnienie

Przypomnieć należy, że pierwsza przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, zawarta w ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, dotyczy sytuacji, w których wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa oświadcza nieprawdę, czyli potwierdza nieistniejące okoliczności lub też prezentuje informacje w taki sposób, aby wywołać u zamawiającego przekonanie, co do istnienia określonych okoliczności. Takie wprowadzenie w błąd zamawiającego ma nastąpić przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia, spełnianiu warunków lub kryteriów selekcji. Dotyczy więc stricte informacji odnoszących się do sytuacji podmiotowej wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu. Przepis ma o tyle istotne znaczenie, że właśnie ten zakres informacji badany jest w postępowaniu na podstawie oświadczeń w postaci JEDZ lub zwykłego oświadczenia (w postępowaniach poniżej progu unijnego). Z tej perspektywy bardzo istotne jest nałożenie na wykonawców odpowiedniej sankcji za złożenie nieprawdziwych oświadczeń, na podstawie których zamawiający będzie dokonywał weryfikacji sytuacji podmiotowej wykonawców.

Kolejna przesłanka, którą odwołujący wymienia, określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp dotyczy również innych przypadków, niż związane ze spełnianiem warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji i brakiem podstaw do wykluczenia. Chodzi zatem o te sytuacje, kiedy złożenie nieprawdziwych informacji mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czyli może dotyczyć także oferowanego przedmiotu zamówienia lub kwestii formalnych, dotyczących oferty lub dokumentów. Nie można jednak pominąć, że treść przepisu znajduje zastosowanie wyłącznie, w razie kumulatywnego spełnienia się okoliczności wymienionych

w tym przepisie: (i) lekkomyślność lub niedbalstwo wykonawcy; (ii) przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego; w końcu (iii) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

W ocenie Izby w analizowanej sprawie nie sposób uznać, że miała miejsce sytuacja opisana w treści powyższych przepisów, nie mamy bowiem do czynienia z sytuacją, w której przedstawiono informacje niezgodne z rzeczywistością, wprowadzające w błąd zamawiającego. Odwołujący upatrywał owych nieprawdziwych informacji w treści złożonego wykazu stwierdzając, że SARINŻ celowo przedstawił w określony sposób dane dotyczące

zrealizowanego zamówienia, aby ukryć fakt, że umowę realizowało Konsorcjum, którego był członkiem. W konsekwencji przypisał sobie samodzielną realizację przedsięwzięcia, w oparciu o które starał się wykazać wymaganym przez zamawiającego doświadczeniem.

Należy zauważyć, że sformułowany w ten sposób zarzut jest chybiony. Przede wszystkim okoliczność, że referencyjne zadanie, wymienione w wykazie, zostało zrealizowane przez Konsorcjum, którego SARINŻ był członkiem, wynikało z załączonych do wykazu protokołów odbioru. Nie może być zatem mowy o zamiarze wprowadzenia w błąd zamawiającego co do okoliczności wskazywanych przez odwołującego.

Ponadto, zarzut ten oparty został wyłącznie na opisanym powyżej, błędnym przyjęciu, że przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych i zawodowych, o którym mowa w pkt. 8.6.1. IDW. Jak zauważano wcześniej odwołujący nie wykazał jakie okoliczności wskazują na przyjętą przez niego interpretację, z czego wywodzi swoje wnioski, nie wykazał się też żadną inicjatywą dowodową w tym zakresie. Powyższe dotyczy również okoliczności odnoszących się do stawianego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp. Tym samym również ten zarzut należało uznać za niezasadny.

W konsekwencji należało również uznać za niepotwierdzone zarzuty naruszenia

art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie uznania oferty złożonej przez SARINŻ

za odrzuconą, mimo ziszczenia się przesłanek wskazujących na konieczność wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na dokonaniu wyboru oferty SARINŻ pomimo, że jego oferta powinna zostać odrzucona, i nie powinna podlegać wyborowi oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez przeprowadzenie, postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, jako konsekwencja braku potwierdzenia się pozostałych zarzutów.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

Przewodniczący: