Sygn. akt: KIO 1510/20

WYROK

z dnia 22 lipca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2020 roku przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie:

(1) INFRA - Centrum Doradztwa Sp. z o.o. z siedzibą w warszawie (Lider Konsorcjum) oraz (2) Instytut Kolejnictwa w Warszawie, z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., w imieniu którego działa Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Databout Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: (1) INFRA - Centrum Doradztwa Sp. z o.o. z siedzibą w warszawie (Lider Konsorcjum) oraz (2) Instytut Kolejnictwa w Warszawie, z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: (1) INFRA - Centrum Doradztwa Sp. z o.o. z siedzibą w warszawie (Lider Konsorcjum) oraz (2) Instytut Kolejnictwa w Warszawie, z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum) tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: (1) INFRA - Centrum

Doradztwa Sp. z o.o. z siedzibą w warszawie (Lider Konsorcjum) oraz (2) Instytut Kolejnictwa w Warszawie, z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum) na rzecz Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.,

w imieniu którego działa Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą

w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych

00/100 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok -

w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie, Warszawa-Praga.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1510/20

UZASADNIENIE

Dnia 6 lipca 2020 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, zwanej dalej „ustawą PZP") odwołanie

złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: (1) INFRA - Centrum Doradztwa Sp. z o.o. z siedzibą w warszawie (Lider Konsorcjum) oraz (2) Instytut Kolejnictwa w Warszawie, z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum), dalej jako „Odwołujący".

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu

nieograniczonego na: Opracowanie dokumentacji przedprojektowej dla projektu pn.: „Prace

na linii kolejowej nr 1 na odcinku Zawiercie - Będzin - Etap IV" w ramach projektu pn. „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów" - opracowanie studium wykonalności prowadzi Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., w imieniu którego działa Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 025-057807 w dniu 5 lutego 2020 r.

Odwołujący informację o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania powziął w dniu 25 czerwca 2020 r., kiedy to Zamawiający przesłał za pośrednictwem Platformy Zakupowej informację o wykluczeniu Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy PZP. Zatem termin określony przepisami ustawy na wniesienie odwołania został zachowany. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu i uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości.

Odwołanie złożono wobec niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na wykluczeniu - Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy PZP pomimo, iż Odwołujący wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W związku z zaskarżoną czynnością zarzucono Zamawiającemu rażące naruszenie przepisów ustawy PZP, mające wpływ na wynik postępowania, a mianowicie naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy PZP poprzez jego zastosowanie i w konsekwencji wadliwe ustalenia stanu faktycznego, polegającego na przyjęciu, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, wykluczenie go z przedmiotowego postępowania.

2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP w związku z 24 ust. 1 pkt 12) ustawy PZP, poprzez naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości i proporcjonalności.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:
1. Unieważnienia czynności wykluczenia Konsorcjum z postępowania,

2. Powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

3. Dokonania badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako

najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że interes prawny we wniesieniu odwołania wyraża się w tym, że w przypadku prawidłowego zastosowania przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych mających wpływ na wynik postępowania, a Odwołujący mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie publiczne. Obecnie Odwołujący pozbawiony został szans na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę, co dowodzi spełnienia okoliczności, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy PZP i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie PZP.

I. Stan faktyczny

Zamawiający w punkcie 8.5.1 IDW ustanowił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej, w świetle którego wymagane jest wykazanie wykonania w okresie ostatnich 5 (słownie: pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), co najmniej 2 (słownie: dwóch) opracowań studium wykonalności dla inwestycji liniowej w zakresie transportu kolejowego, przy czym każde ze studium wykonalności musi dotyczyć dwutorowej linii kolejowej z podaniem przedmiotu, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane.

Odwołujący, na potwierdzenie spełnienia warunku wskazał w wykazie usług 2 pozycje, usługi które zostały wykonane przez Konsorcjum firm: CE Project Group sp. z o.o. sp. komandytowa (dalej jako: „CE Project") i Instytut Kolejnictwa. Jako dowód złożono List Referencyjny wystawiony przez Zamawiającego na rzecz Odwołującego w dniu 20 czerwca 2016 r., Umowę Konsorcjum z dnia nr IK E-A/197/11/2014 zawartą w dniu 30 czerwca 2014 r. pomiędzy CE PROJECT GROUP Sp. z o.o. Sp. k. a Instytutem Kolejnictwa, której przedmiotem była realizacja Zamówień Referencyjnych.

Pismem z dnia 27 maja 2020 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy PZP, wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień na jakiej podstawie Odwołujący twierdzi, że faktyczny zakres prac wykonanych w ramach konsorcjum przez Instytut Kolejnictwa przy opracowaniu dokumentacji przedprojektowej wskazanych w pozycjach 1 oraz 2 wykazu usług, wypełnia warunek udziału w postępowaniu, tj. wykazania przez Odwołującego wykonania co najmniej dwóch opracowań studium wykonalności dla inwestycji liniowej w zakresie transportu kolejowego, przy czym każde ze studium wykonalności musi dotyczyć dwutorowej linii kolejowej.

Odwołujący, na wezwanie Zamawiającego, w wyznaczonym przez niego terminie, udzielił Zamawiającemu szczegółowych wyjaśnień. Następnie, Zamawiający - najwyraźniej nie uznając wyjaśnień Wykonawcy za wystarczające, wezwał w dniu 9 czerwca 2020 roku, Odwołującego, w trybie przewidzianym w art. 26 ust 3 ustawy PZP, do uzupełnienia Załącznika nr 6 do IDW-wykaz usług w zakresie potwierdzającym spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, określonego w punkcie 8,5.1 IDW.

Odwołujący, w wyznaczonym terminie, w dniu 18 czerwca 2020 r. wskazał, iż brak jest jakichkolwiek przesłanek do przyjęcia tezy, jakoby Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przedłożył jednocześnie oświadczenia złożone przez CE Projekt Group, które potwierdzają realny udział Instytutu Kolejnictwa w opracowaniu studium wykonalności.

Zamawiający w piśmie z dnia 9 czerwca 2020r. zaprezentował stanowisko, zgodnie z którym wykazanie doświadczenia przez członka konsorcjum nie jest możliwe - w ocenie Zamawiającego wykonawca zamówienia referencyjnego powinien osobiście niemalże wykonać wszystkie prace objęte tym zamówieniem, bez udziału podmiotów trzecich.

Odwołujący natomiast, w odpowiedzi na otrzymane od Zamawiającego wezwanie, podkreślał, że Zamawiający, odnosząc się do spełnienia warunku udziału w postępowaniu - polegającym na wykazaniu doświadczenia, nie może wychodzić ponad warunki, które zakreślił w SIWZ. W ramach postępowania Zamawiający nie wskazał, jaki procent prac wykonanych w ramach opracowania studium wykonalności winien wykazać podmiot przedstawiający referencje - w IDW oraz w całej SIWZ brak jest jakichkolwiek odniesień do tego, że dany projekt powinien być całkowicie, tj. od początku do końca wykonany osobiście przez wykonawcę (bez udziału podmiotów trzecich) oraz nie jest wskazany jaki wolumen prac uznaje Zamawiający za wystarczający do wykazania tego doświadczenia przez członka konsorcjum.

Odwołujący w ramach przedstawionej argumentacji podkreślał, że niezrozumiałe i niezgodne z zasadami logicznego rozumowania jest przyjęcie przez Zamawiającego tezy,

że czynności nadzorcze nad opracowaniem studium wykonalności oraz kierowanie i koordynowanie poszczególnych prac projektowych nie jest wykonaniem umowy w zakresie

opracowania (wykonania) studium wykonalności. Odwołujący podkreślał również, że sprawowanie nadzoru nie jest uprawnieniem iluzorycznym i nie sprowadza się do dzielenia poszczególnych etapów prac, lecz stanowi merytoryczną pracę nad wykonaniem danego projektu - tj. by móc zweryfikować dany etap prac oraz przygotować go do zaprezentowania Zamawiającemu podmiot nadzorujący (Wykonawca) musi zapoznać się z poszczególnym etapem prac projektowych (np. analizami technicznymi wszystkich wariantów inwestycyjnych, analizami środowiskowymi czy analizami stanu istniejącego infrastruktury kolejowej i taboru), sprawdzić zaprezentowane przez pozostałych konsorcjantów wyliczenia i metodologię oraz nanieść niezbędne poprawki. Tym samym podmiot nadzorujący musi posiadać merytoryczną wiedzę i doświadczenie w zakresie wykonywania i opracowywania poszczególnego studium wykonalności.

Odwołujący podkreślił, że referencje, którymi posłużył się do potwierdzenia warunku, zostały wystawione przez samego Zamawiającego, który w Liście referencyjnym z dnia 20 czerwca 2016 r. stwierdził wprost, że Instytut Kolejnictwa „brał udział w wykonaniu opracowania na dokumentacje przedprojektową" w każdym z etapów zamówienia referencyjnego oraz, że opracowane studium wykonalności zostało wykonane w terminie i z należytą starannością.

Odwołujący z daleko idącej ostrożności, w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, na potwierdzenie spełnienia przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu, przedłożył Zamawiającemu dodatkowe oświadczenia złożone przez Wykonawcę CE Project Group, potwierdzające że:

1. Dokument pod nazwą: „Prace na liniach kolejowych nr 97, 98, 99 na odcinku Skawina - Sucha Beskidzka - Chabówka - Zakopane" - Studium Wykonalności został wykonany w zakresie:

a. Etap I - prognozy społeczno-gospodarcze i analizy rynku usług transportowych;

b. Etap II - Analiza stanu istniejącego infrastruktury kolejowej i taboru;

c. Etap III - Analizy marketingowe i ruchowe wariantów inwestycyjnych oraz podsumowanie Fazy I;

d. Etap IV - Analizy techniczne wszystkich wariantów inwestycyjnych projektu wraz z oszacowaniem kosztów;

e. Etap V - Analiza środowiskowa;

f. Etap VI - Analiza kosztów i korzyści praż podsumowanie Fazy U;

g. Etap VII - Opracowanie dokumentacji do następnych etapów realizacji projektu,

h. EtapVIII - Opracowanie OPZ/PFU

zostało współwykonane przez Instytut Kolejnictwa na każdym etapie realizacji.

Analogicznie, dokument pod nazwą: „Prace na liniach kolejowych nr 94 na odcinku Kraków Płaszów- Skawina - Oświęcim" - Studium Wykonalności został wykonany w zakresie:

a. Etap I - prognozy społeczno-gospodarcze i analizy rynku usług transportowych;

b. Etap II - Analiza stanu istniejącego infrastruktury kolejowej i taboru;

c. Etap III - Analizy marketingowe i ruchowe wariantów inwestycyjnych oraz podsumowanie Fazy I;

d. Etap IV - Analizy techniczne wszystkich wariantów inwestycyjnych projektu wraz z oszacowaniem kosztów;

e. Etap V - Analiza środowiskowa;

f. Etap VI - Analiza kosztów i korzyści praż podsumowanie Fazy II;

g. Etap VII - Opracowanie dokumentacji do następnych etapów realizacji projektu,

h. Etap VIII - Opracowanie OPZ/PFU

zostało współwykonane przez Instytut Kolejnictwa na każdym etapie realizacji.

Powyższe oświadczenia wraz z załączoną do wykazu usług referencją, w ocenie Konsorcjum w pełni potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu wymaganych w IDW.

Niezależnie od udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień, Zamawiający w dniu 25 czerwca 2020 r. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy PZP, wykluczył Odwołującego, uznając iż nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

II. Stan prawny

Odwołujący nie mogąc zgodzić z powyższą decyzją Zamawiającego.

Na wstępie, Odwołujący w pełni podziela pogląd zaprezentowany w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako: „TSUE"), zgodnie z którym „nie dopuszcza się by Odwołujący biorący indywidualnie udział w postępowaniu polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy zamówieniu, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji".

Odwołujący podnosił ponadto, że powyższe orzeczenie zostało wydane w określonym stanie faktycznym, w którym to Odwołujący powołujący się na swoje doświadczenie w ramach umowy konsorcjum nie świadczył usług (nie brał realnego, faktycznego udziału w realizacji danej części zamówienia), a był jedynie formalnym członkiem konsorcjum (stroną umowy konsorcjum), na co w uzasadnieniu wyroku zwrócił uwagę Trybunał: „tym samym, gdy Odwołujący 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. Jak bowiem słusznie podniósł rząd polski w uwagach na piśmie. Odwołujący nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców".

Warto również zaznaczyć, że powyższe stanowisko TSUE, nie sprowadza się do tezy, że w sytuacji wspólnego wykonania umowy możliwość powołania się na doświadczenie dotyczy tylko i wyłącznie zakresu umowy zrealizowanego przez Odwołującego (np. procentowego udziału w pracach). Kluczową kwestią (do oceny wykazania doświadczenia członka konsorcjum) jest dokonanie ustaleń faktycznych w przedmiocie udziału (realnego, faktycznego działania) członka konsorcjum w pracach wykonywanych w ramach realizacji konkretnego zamówienia referencyjnego.

Jednocześnie w przywołanym wyroku, TSUE nie zdefiniował kryteriów zaangażowania poszczególnego członka konsorcjum, ani też nie wyłączył możliwości powołania się wykonawców na całość zrealizowanych przez nich (zrealizowanych wspólnie) prac wykonanych w ramach konsorcjum. Powyższe jest o tyle zrozumiałe, że w przeciwnym wypadku członkowie konsorcjum nie mogliby wykazać doświadczenia w żadnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na to, że większość prac w ramach poszczególnych zamówień realizowanych przez konsorcja wykonywana jest wspólnie.

Powyższe znajduje potwierdzenie w ostatnich orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako: „KIO"), potwierdzających możliwość powołania się na doświadczenie w wykonaniu zadania (usługi), zrealizowanej przez wykonawców wspólnie w ramach konsorcjum - tak wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2576/19 oraz wyrok KIO z dnia z 21 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2534/18. Odwołujący podkreślił również, iż w innym orzeczeniu TSUE zaprezentował pogląd: „iż warunkiem uznania

możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego Odwołującego jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum". TSUE przez

doświadczenie konsorcjanta rozumie także czynności polegające na zarządzaniu, administrowaniu określonym rodzajem i rozmiarem przedsięwzięć. Wydaje się, że w ten sposób należałoby rozumieć owe zastrzeżenie czynnego udziału w zarządzaniu sprawami konsorcjum.

W ocenie Konsorcjum, tego rodzaju podejście jest racjonalne i ma głębokie praktyczne uzasadnienie. Eliminuje bowiem wykonawców próbujących powoływać się na doświadczenie całego konsorcjum w sytuacji, gdy ich udział w zamówieniu miał charakter formalny, a nie realny. Wobec takich podmiotów trudno bowiem stwierdzić, iż mają one faktycznie doświadczenie w realizacji przedsięwzięć o określonej skali. W ślad za stanowiskiem TSUE, każdy przypadek i każda sprawa, w tym ocena spełniania warunków

udziału przez konsorcjum, jako całość oraz jako poszczególni jego członkowie, wymaga indywidualnej i całościowej analizy.

III. Doświadczenie Instytutu Kolejnictwa na gruncie Zamówień Referencyjnych.

Odwołujący kwestionuje sposób wyliczenia procentowego zaangażowania Konsorcjanta - Instytutu Kolejnictwa w wykonaniu zadań potwierdzonych zamówieniami referencyjnymi przez Zamawiającego. Jest to wyliczenie, które (z uwagi na przyjętą przez Zamawiającego metodologię) nie odzwierciedla rzeczywistego, realnego przebiegu prac Konsorcjanta - Instytutu Kolejnictwa w ramach realizacji poszczególnych zadań (etapów) przewidzianych w Zamówieniach Referencyjnych. Przyjęcie procentowego wskaźnika zakresu wykonanych prac (prawdopodobnie w oparciu o poziomy wynagrodzenia) jest o tyle nieprawidłowe, że w żaden sposób nie przekłada się na możliwość należytej oceny skali zaangażowania Konsorcjanta w wykonanie zamówienia referencyjnego, która była zdecydowanie większa (wyższa) niż przedstawione przez Zamawiającego wyliczenia stopnia realizacji poszczególnych etapów zamówień. Jednocześnie Odwołujący wskazuję, że przedmiotowe wyliczenie przeprowadzone przez Zamawiającego może stanowić jedynie dowód tego, że Odwołujący był zaangażowany w rzeczywiste wykonanie wszystkich etapów zamówień referencyjnych.

Zamawiający, w celu dokonania prawidłowej oceny zaangażowania Konsorcjanta powinien, zanim zaneguje jego doświadczenie, zbadać również jego udział np. w zarządzaniu kontraktem, co może być podstawą do prawa powoływania się na doświadczenie w zakresie realizacji zadania inwestycyjnego, nawet w sytuacji gdy ten konsorcjant nie realizował fizycznie określonych robót jako końcowy Odwołujący.

Zamawiający powinien wziąć pod rozwagę szereg okoliczności, które przesądzają o jego faktycznym, rzeczywistym i realnym wkładzie w realizację całości prac wchodzących w zakres zamówienia. Warto zaznaczyć, że personel Konsorcjanta bezpośrednio nadzorował wszystkie prace w ramach realizowanego zamówienia - wszystkie prace były wykonywane pod jego kierownictwem i nadzorem. Oba studia wykonalności, wszystkie prace określone w poszczególnych etapach były zarządzane, kierowane i weryfikowane bezpośrednio przez Instytut Kolejnictwa. Jednym projektem kierowała B. P., a drugim R. K., czyli etatowi pracownicy Instytutu Kolejnictwa. Konsorcjant był podmiotem kierującym tokiem prac, dokonywał zakupów kluczowych materiałów, pozyskiwał podwykonawców oraz samodzielnie realizował istotny zakres prac nieodnoszących sie do spornych robót. Nadzorował i wykonał dokument pt. Studium Wykonalności skupiający w sobie wszystkie Etapy Zamówienia.

Zgodnie z art. 1 Umowy Konsorcjum, konsorcjanci zawarli umowę w celu: „wspólnego złożenia oferty oraz w przypadku jej przyjęcia przez Zamawiającego, wspólnego świadczenia usług.” Natomiast zgodnie z art. 4 Umowy Konsorcjum oraz Załącznika nr 1 do Umowy - Harmonogram Rzeczowo-Finansowy dla części D. Strony Umowy ustaliły wysokość wynagrodzenia konsorcjantów oraz przyjęły, że prace wykonane w ramach realizacji potencjalnych Zamówień Referencyjnych zostaną przez nich dokonane wspólnie na każdym z etapów realizacji Zamówień Referencyjnych.

W ramach przywołanych postanowień Umowy oraz faktycznych etapów jej realizacji, Odwołujący z cała stanowczością wskazał, że jego udział w wykonaniu Zamówień Referencyjnych był faktyczny, realny oraz istotny - w szczególności z punktu widzenia realizacji i zakresu Przedmiotu zamówienia określonego w Zamówieniach Referencyjnych.

Odwołujący wskazał również na postanowienia pkt. 6.2 części III SIWZ - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA - DO „CZĘŚCI A” Zamówień Referencyjnych, gdzie pod tabelą zawierającą harmonogram realizacji w sposób szczegółowy została opisana procedura odbiorów zrealizowanych prac przez Zamawiającego. Zgodnie z postanowieniami SIWZ, odbiór Przedmiotu zamówienia odbywał się na następujących zasadach: Odwołujący dostarcza do Zamawiającego dokumentację poszczególnych etapów (etapy I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII) Przedmiotu zamówienia wraz z oświadczeniem o ich kompletności i gotowości do odbioru etapu wraz z Protokołami Wewnętrznej Weryfikacji (PWW), o których mowa w pkt 5.1. Zamawiający dokonuje oceny ilościowej i jakościowej wykonanej dokumentacji. Zamawiający w obowiązującym terminie przekazuje Wykonawcy uwagi dotyczące zawartości Przedmiotu zamówienia lub jego części (Etapu). W przypadku stwierdzenia wad i/lub usterek Zamawiający odsyła otrzymany Przedmiot zamówienia albo jego część, wyznaczając termin na jego uzupełnienie i poprawienie, ą procedura odbioru powtarza sie z zachowaniem zasad wskazanych powyżej w tym terminów oceny dokumentacji przez Zamawiającego.

Poszczególne Etapy w ramach zamówienia były przedmiotem Odbioru Częściowego potwierdzonego Protokołem Odbioru Częściowego. Odbiór Końcowy jest potwierdzeniem zrealizowania całości zamówienia. Przedmiot zamówienia był uważany za odebrany, jeżeli Protokół Odbioru Końcowego Przedmiotu zamówienia zawierał oświadczenie (zapis) Zamawiającego o pozytywnym odbiorze Przedmiotu zamówienia bez zastrzeżeń. Za datę

wykonania Przedmiotu Zamówienia albo jego części (Etapu) uważany był:

1. dzień dostarczenia przez Odwołującego Przedmiotu zamówienia albo jego części (Etapu) wraz z oświadczeniem o jego kompletności i gotowości do odbioru łącznie z Protokołami Wewnętrznej Weryfikacji (PWW), o których mowa w pkt 5.1.jeżeli czynności odbioru nie wykazały żadnych wad i/lub usterek wykonania Przedmiotu zamówienia albo jego części lub jeżeli Odwołujący usunął stwierdzone wady i/lub usterki w ciągu 8 dni kalendarzowych i odpowiedni Protokół Odbioru Końcowego albo Częściowego Przedmiotu zamówienia został podpisany przez Zamawiającego;

2. dzień dostarczenia przez Odwołującego poprawionego Przedmiotu zamówienia albo jego części wraz z oświadczeniem o ich kompletności i gotowości do odbioru etapu wraz z Protokołami Wewnętrznej Weryfikacji (PWW), o których mowa w pkt 5.1oraz zgłoszeniem zakończenia poprawiania i gotowości do przeprowadzenia ponownego Odbioru Końcowego albo Częściowego przez Zamawiającego, jeżeli w toku przeprowadzonych przez Zamawiającego wcześniejszych czynności odbioru stwierdzone zostały wady i/lub usterki Przedmiotu zamówienia albo jego części, które nie zostały usunięte w terminie 8 dni kalendarzowych, a Odwołujący wezwany został przez Zamawiającego do wykonania niezbędnych uzupełnień i/lub poprawek.

Zgodnie z pkt. 5.1 SIWZ, Odwołujący zobowiązany był do zapewnienia wzajemnej współpracy i sprawnego przepływ informacji pomiędzy zespołami realizującymi poszczególne części Przedmiotu Zamówienia. Odwołujący przed przekazaniem dokumentacji poszczególnych Etapów do dokonania oceny przez Zamawiającego zobowiązany był do przeprowadzenia w ramach własnych struktur wewnętrznego sprawdzenia i weryfikacji opracowanej dokumentacji. W weryfikacji obowiązkowo brały udział właściwe merytorycznie dla danego Etapu osoby spośród Personelu Kluczowego, o którym mowa w pkt 8.2.3 podpunkt 2A OPZ oraz właściwi merytorycznie Specjaliści, o których mowa w pkt 8.2.3 podpunkt 2B OPZ. Z działań weryfikujących Odwołujący zobowiązany był sporządzić Protokół Wewnętrznej Weryfikacji (PWW), który winien być podpisany przez wszystkie uczestniczące w weryfikacji ze strony Wykonawcy osoby.

Odwołujący wskazuje, że powyższe postanowienia SIWZ wręcz nakładając na Odwołującego, obowiązek rzeczywistego zaangażowania kluczowego personelu członków Konsorcjum (Partnera Konsorcjum) na każdym etapie realizacji zamówienia. Zgodnie z postanowieniami SIWZ, a więc wymaganiami samego Zamawiającego, Protokół Wewnętrznej Weryfikacji (PWW), był obowiązkowym dokumentem wymacanym do przekazania wraz z dokumentacją przekazywaną do oceny Zamawiającemu.

Powyższe nie powinno pozostawiać żadnych wątpliwości, że Odwołujący (Partner Konsorcjum - Instytut Kolejnictwa) w ramach realizacji Zamówień Referencyjnych, nabył realne doświadczenie nie tylko przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców, lecz także poprzez bezpośredni, realny i faktyczny udział w pracach wykonywanych w ramach realizacji każdego z Etapów zamówienia.

Jednocześnie Odwołujący podniósł, że doświadczenie Konsorcjanta wykazane w oparciu o przywołane referencje stanowiło przedmiot badania przez Zamawiającego w toku podobnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego -„Prace na ciągu C-E 59 - linia kolejowa nr 151 Kędzierzyn koźle - Chałupki, opracowanie Studium Wykonalności” w ramach projektu inwestycyjnego pn.: „Prace przygotowawcze dla wybranych projektów” i zostało w całości zaakceptowane przez Zamawiającego. Zakres wymagań wskazanych w przywołanym z zdaniu poprzedzającym postępowaniu był zbieżny z wymaganiami określonymi w pkt 8.5.1. IDW.

Ponadto Odwołujący realizuje szereg zamówień publicznych, w ramach których Zamawiający potwierdził doświadczenie Wykonawcy przedmiotowymi referencjami, oraz w których warunkiem było sporządzenie co najmniej jednego opracowania studium wykonalności dla inwestycji liniowej w zakresie transportu kolejowego:

1) „Prace na ciągu C-E 59 - linia kolejowa 151 Kędzierzyn Koźle - Chałupki, opracowanie studium wykonalności" w ramach projektu inwestycyjnego pn.: "Prace przygotowawcze dla wybranych projektów” .

2) "Wykonanie dokumentacji przedprojektowej w ramach projektu "Wstępne Studium

Wykonalności kolejowych inwestycji infrastrukturalnych w Małopolsce"

W ocenie Odwołującego działania Zamawiającego są niespójne i godzą w podstawowe zasady prawa zamówień publicznych - z jednej strony akceptuje się doświadczenie Odwołującego w tożsamych postępowaniach, w innym przypadku (obecnie) uznaje się doświadczenie Odwołującego za niewystarczające. Tego rodzaju niespójność działań Zamawiającego, naprzemienne stosowania różnych kryteriów oceny wykazanego

przez Odwołującego doświadczenia stanowi naruszenie zasady równego taktowania wykonawcy oraz zasady przejrzystości (art. 7 ust. 1 PZP), a późniejsze wykluczenie Odwołującego, w oparciu o wadliwe i niezgodne ze stanem prawnym ustalenia faktyczne, należy ocenić jako złamanie zasady proporcjonalności, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że udział Konsorcjanta - Instytutu Kolejnictwa w realizacji całości trzech zamówień referencyjnych miał charakter faktyczny i realny, a tym samym Odwołującemu w pełni przysługuje prawo do powoływania się na doświadczenie zdobyte przy realizacji zamówień stwierdzonych przedmiotowymi referencjami.

Odwołujący podkreślił, że zasadniczą osią sporu jest to, czy Odwołujący (Partner Konsorcjum) może powołać się na doświadczenie w wykonaniu usługi, którą zrealizował w ramach konsorcjum. Podkreślenia wymaga, że TSUE w wyroku z 4 maja 2017 r. C-131/14 Esaprojekt opowiadając się za oceną realnego zaangażowania w wykonanie umowy przez poszczególnych wykonawców tworzących konsorcjum, nie zdefiniował kryteriów oceny tego zaangażowania, ani tym bardziej nie wyłączył możliwości powołania się przez wykonawców na całość prac zrealizowanych przez nich w ramach konsorcjum. Trybunał wskazał, że możliwość ta jest uzależniona od bezpośredniego udziału w realizacji przynajmniej jednej części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. TSUE sprzeciwił się tym samym możliwości powołania się członków konsorcjum na umowę, w których udział danego wykonawcy miał charakter jedynie formalny, stwierdzając, że nie można uznać uzyskania doświadczenia przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców.

Tymczasem w okolicznościach sporu nie powinien budzić wątpliwości realny, istotny i rzeczywisty udział Odwołującego w wykonaniu umowy referencyjnej. W tej sytuacji, wobec braku jakichkolwiek dowodów, że realny udział Odwołującego (Partnera Konsorcjum), ze względu na swój rodzaj i zakres był znikomy, należy uznać, że może on powołać sie na całą wykonaną umowę (tak wyrok KIO z dnia z dnia 3 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2576/19).

Biorąc pod uwagę okoliczność, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych i wynikających z odwołania, za w pełni uzasadnione należy uznać także twierdzenie o naruszeniu przez niego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

Reasumując Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych na wstępie odwołania przepisów, które doprowadziło do niezgodnego z prawem wykluczenia Odwołującego z postępowania. Wobec powyższego, wnoszono jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, wyjaśnieniach, odwołaniu, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie Odwołującego, którego oferta zajmuje najwyższą lokatę w rankingu ofert, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Databout Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

W ocenie Przystępującego Zamawiający prawidłowo uznał, że Odwołujący nie wykazał, że faktyczny zakres prac wykonywanych w ramach konsorcjum przez Instytut Kolejnictwa dla usług określonych w Wykazie usług wypełnia warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący zdaje się pomijać fakt, że Zamawiający ma prawo badać jaka była rzeczywista rola w danym konsorcjum i co dana forma wykonywała bowiem zgodnie z wyrokiem TSUE „Esaprojekt" Wykonawca nie może polegać na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie nie brał udziału. Doświadczenie konsorcjanta to wyłącznie zakres faktycznie zrealizowanych przez niego prac, a jeżeli pojedynczy członek konsorcjum chciałby powołać się na doświadczenie całego konsorcjum, to może skorzystać ze „wsparcia" pozostałych jego członków w trybach przewidzianych w Pzp. Przystępujący przywołał orzecznictwo popierające jego stanowisko, w tym wyrok NSA z dnia 1 lutego 2018 r., sygn. akt II GSK 4133/17; wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 588/19.

Dlatego też Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Wskazał, że będąc w posiadaniu umów konsorcjum zawartych pomiędzy CE Project Group oraz Instytutem Kolejnictwa dotyczących realizacji zadań referencyjnych dokonał analizy rozkładu prac między członków konsorcjum i biorąc pod uwagę brzmienie artykułu 4 obu umów, że „procentowy udział wynagrodzenia z uwzględnieniem przyznanych każdemu z Partnerów obowiązków w ramach realizacji powierzonych zadań, określony zostaje zgodnie z zapisami załącznika nr 1", że członkowie konsorcjum dokonali podziału procentowego wartości wynagrodzenia dla poszczególnych etapów zamówienia. odpowiadającemu zakresowi prac dla danego etapu. Zatem wartość wynagrodzenia odpowiada zakresowi prac danego etapu realizowanych przez każdego uczestnika konsorcjum.

Zamawiający odwołał się do treści wezwania wystosowanego do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, gdzie wskazano, że procentowy zakres prac przewidziany dla poszczególnych etapów zamówienia nr 1 z Wykazu (dotyczy Etapów II, IV, V, V, VII, VIII) realizowanych przez Instytut Kolejnictwa kształtuje się na poziomie od 2 do 5%, a całość zakresu rzeczowego zamówienia realizowanego przez Instytut Kolejnictwa kształtuje się na poziomie 15 %. Podobnie dla zamówienia wskazanego w pozycji 2 Wykazu usług - procentowy zakres prac przewidziany dla poszczególnych etapów zamówienia (dotyczy Etapów II, IV, V, VI, VII, VIII) realizowanych przez Instytut Kolejnictwa kształtuje się na poziomie od 2 do 5%, a całość zakresu rzeczowego zamówienia realizowanego przez Instytut Kolejnictwa kształtuje się na poziomie 12, 3%. Dodatkowo Zamawiający zaznaczył, że zakres czynności realizowanych w przedmiotowym postępowaniu, ujęty w ramach poszczególnych etapów jest bliźniaczo podobny do zakresu prac, wynikających z Harmonogramów rzeczowo — finansowych, stanowiących załączniki do wcześniejszych umów konsorcjum. Dodatkowo z treści Załącznika nr 1A do IDW - Załącznik do Formularza Ofertowego wynika, zakres prac, w szczególności tych zaznaczonych kolorem pokrywa się z pracami wynikającymi z Harmonogramu. Wobec tego Zamawiający w toku oceny i badania ofert w sposób szczególny analizował czy Wykonawca powołujący się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum, jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie w sposób należyty.

Odwołujący w dniu 31 maja 2020 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w pierwszej kolejności powołał się na orzecznictwo TSUE i KIO wskazując, iż co do zasady nie dopuszcza ono polegania na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy zamówieniu, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji. W dalszej części wyjaśnień Konsorcjum Infra zakwestionowała sposób wyliczenia procentowego zaangażowania członka konsorcjum Instytut Kolejnictwa w wykonaniu zadań referencyjnych. W ocenie Odwołującego wyliczenie nie odzwierciedla rzeczywistego przebiegu prac Instytutu Kolejnictwa w realizacji poszczególnych zadań (etapów) przewidzianych w zamówieniach referencyjnych.

Zamawiający, po dokonaniu analizy wyjaśnień Wykonawcy z dnia 31 maja 2020 r. oraz stwierdzeniu, iż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w dniu 9 czerwca 2020 r., działając w oparciu o art. 26 ust. 3 Pzp, zwrócił się do Wykonawcy w celu uzupełnienia Załącznika nr 6 od IDW - Wykaz Usług w zakresie potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 8.5.1 IDW.

Wykonawca w dniu 18 czerwca 2020 r., w odpowiedzi na powyższe wezwanie, ponownie wskazał, iż nie ma podstaw do kwestionowania zdobytego w ramach konsorcjum doświadczenia. Argumentacja Wykonawcy w znacznej mierze stanowiła powtórzenie twierdzeń oraz orzecznictwa przedstawionych w odpowiedzi na poprzednie wezwanie Zamawiającego. Ponadto, Odwołujący w żaden sposób nie zakwestionował wezwania Zamawiającego, nie wniósł odwołania od tej czynności oraz nie uzupełnił zgodnie z treścią wezwania wymaganego doświadczenia na potwierdzenie spełnienia warunku wynikającego z dyspozycji pkt 8.5.1 SIWZ-IDW. W świetle powyższego, Zamawiający podjął decyzję

o wykluczeniu Odwołującego z postępowania w trybie art. 24 ust 1 pkt 12) Pzp.

Dalej Zamawiający zaznaczył, że zgodnie z art. 23 ust. 3 PZP do konsorcjum stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Oznacza to, że zarówno konsorcjum, jak i każdy z jego członków powinni być traktowani jak wykonawca. Co do zasady dopuszcza się możliwość sumowania potencjałów członków konsorcjum, w szczególności odnoszących się do wiedzy i doświadczenia.

W postępowaniu w pkt 9.2 IDW wskazano, iż „w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców (np. Konsorcjum), Jednolity Dokument, którego wzór stanowi Załącznik nr 5,4 do IDW składa każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o

zamówienie. Jednolity Dokument potwierdza spełnianie warunków udziału w zakresie, w którym każdy z Wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału. W pkt 10.3 IDW wskazano, iż „w przypadku składania oferty wspólnej, warunki szczegółowe określone w pkt 8.5 IDW uznaje się za spełnione, jeśli spełnią je łącznie wszyscy Wykonawcy składający ofertę wspólną".

Warunki udziału w postępowaniu nie zostały zróżnicowane z uwagi na możliwe konstrukcje prawne (podwykonawca, konsorcjum), w których dany wykonawca mógłby nabyć doświadczenie. Jednakże nie można tracić z pola widzenia, iż weryfikacja warunków udziału winna nastąpić nie tylko przy uwzględnieniu postanowień specyfikacji, ale przede wszystkim przy uwzględnieniu stopnia rzeczywistej realizacji przez poszczególnych konsorcjantów danego zamówienia w przypadku gdy wykonawcy powołują się na doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum. Zatem brak jest możliwości bezrefleksyjnego sumowania potencjałów (tak wyrok KIO z 29 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2169/16).

Zamawiający nie zgadza się z tezą postawioną przez Odwołującego, jakoby możliwość powołania się na doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum ograniczała się

jedynie do zakresu umowy zrealizowanej przez dany podmiot.

Zamawiający wskazał na utrwalone stanowiska zarówno TSUE jak i Krajowej Izby Odwoławczej, że jeśli doświadczenie zostało nabyte w ramach konsorcjum to przekazaniu podlegają zasoby powstałe jedynie w granicach wykonania prac przez dany podmiot. Zasada równego traktowania wykonawców nie dopuszcza. by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji (wyrok TSUE z 4 maja 2017 r. C-131/14 Esaprojekt).

Obowiązkiem Zamawiającego jest indywidualna analiza doświadczenia nabytego przez Wykonawcę w ramach konsorcjum, zgodnie ze stanem faktycznym oraz badaniem realnego udziału podmiotu podczas realizacji zadania (tak KIO w wyroku z dnia 21 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2534/18 w wyroku KIO z 2 listopada 2017 r., sygn. KIO 2007/17 i KIO 2014/17).

Zamawiający dokonał szczegółowej analizy realnego udziału Odwołującego przy realizacji zamówienia, w którym nabył sporne doświadczenie.

Usługi referencyjne były wyłącznie kierowane oraz nadzorowane przez personel Instytutu Kolejnictwa. Zgodnie z treścią Artykułu 5.1 obu Umów Konsorcjum wynika, iż to CE Project Group sprawowała kierownictwo handlowe oraz merytoryczne Konsorcjum. Informacja odpowiada podziałowi wynikającemu wprost z Harmonogramu rzeczowo - finansowego. Nadzór Instytutu Kolejnictwa wynika z Artykułu 6.1 obu Umów Konsorcjum, zgodnie z którym powołany miał zostać Zespół Sterujący składający się z przedstawiciela każdego z Partnerów Konsorcjum.

Studia wykonalności, jak również pozostałe prace określone w poszczególnych etapach były zarządzane i kierowane przez Instytut Kolejnictwa. Osoby wskazane przez Odwołującego w wyjaśnieniach, tj. Pani B. P. oraz Pan R. K. nie byli autorami dokumentacji dla Etapu II, V, VI, VIII usług referencyjnych.

Zamawiający podkreślił, iż przedmiotowe zamówienie nie dotyczy zarządzania wykonaniem studium wykonalności, a opracowania studium wykonalności. Czym innym jest doświadczenie w procesie zarządzania, a czym innym jest doświadczenie w samym opracowaniu dokumentów technicznych, tj. OPZ/PFU. Odwołujący. który zarządzał wykonaniem dokumentacji projektowej nie daje żadnej rękojmi. iż taka dokumentację jest w stanie opracować samodzielnie, bowiem nie jest de facto jej autorem.

W Załączniku nr 1 do obu Umów konsorcjum (odpowiednio: Harmonogram rzeczowo-finansowy dla części A oraz Harmonogram rzeczowo- finansowy dla części D) członkowie konsorcjum dokonali podziału procentowego wartości wynagrodzenia dla poszczególnych

etapów zamówienia. odpowiadającemu zakresowi prac dla danego etapu. Okoliczność ta ma o tyle znaczenie, iż wartość wynagrodzenia odpowiada zakresowi prac danego etapu realizowanych przez CE Project Group i Instytut Kolejnictwa. Kluczowe czynności z punktu widzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zostały w znakomitej większości zrealizowane przez CE Project Group nie zaś przez Instytut Kolejnictwa. Dla pozycji 1 wykazu usług procentowy zakres wartości prac przewidzianych dla poszczególnych etanów zamówienia, realizowanych przez Instytut Kolejnictwa W ramach Etanów ll. IV.. V, VII. VIII kształtuje się na poziomie od 2 do 5%, zaś całość rzeczowego zamówienia realizowanego przez Instytut Kolejnictwa kształtuje się na poziomie 18,95 %. Dla pozycji 2 wykazu usług procentowy zakres prac realizowanych przez Instytut Kolejnictwa w ramach Etapów ll. IV, V.,VI, VII, VIII kształtuje się na poziomie od 2 do 3 %, a całość realizowanego zamówienia na poziomie 12%. Taki stopień realizowanych prac jednoznacznie wskazuje, iż udział Instytutu Kolejnictwa miał charakter czysto pomocniczy, natomiast faktyczna realizacja zamówienia referencyjnego była dokonywana przed CE Project Group.

Odnosząc się do twierdzeń, iż sporne doświadczenie było już przedmiotem analizy w toku innych postępowań przetargowych, w których Zamawiający dokonał jego akceptacji. wskazania wymaga, iż koncepcja badania zdolności Wykonawców wspólnie realizujących dane zamówienia uległa zmianie z uwagi na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym przede wszystkim wyrok z 31 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 10/20, KIO 16/20 zapadły na gruncie prowadzonego przez Zamawiającego innego postępowania przetargowego, z którego wnioskować można, iż skoro warunek udziału w postępowaniu dotyczył robót budowlanych, to podmiot powołujący się na doświadczenie wynikające z umowy, której przedmiotem było projektowanie i wykonanie robót budowlanych, winien wykazać się realizacją robót budowlanych, a nie czynnościami związanymi z zarządzaniem kontraktem. Izba wskazała, iż „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 Podobne stanowiska zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 maja 2020 r. (sygn. akt KIO 444/20; KIO 708/20).

Podsumowując, Zamawiający uważa, że w świetle najnowszego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, uznając doświadczenie jakim legitymuje się Odwołujący, dokonałby wyboru Wykonawcy, który nie daje rękojmi należytej realizacji zadania.

Izba na podstawie przesłanej przez Zamawiającego dokumentacji oraz złożonych pism procesowych i pozostałego materiału dowodowego ustaliła, że przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zapisy SIWZ, wezwań do Odwołującego oraz złożonych przez Niego wyjaśnień zostały wiernie w nich odzwierciedlone i nie ma potrzeby ponownego ich przywoływania.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu w całości.

Analizując możliwości formułowania warunków wobec konsorcjów konieczne jest odniesienie się łącznie do artykułów 22 oraz 23 ustawy Pzp. Rozważając możliwość postawienia specyficznych wymogów w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez konsorcja, każdy warunek i każdy opis sposobu jego spełnienia musi być analizowany przez pryzmat art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp, a więc jego związania z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalności do tegoż, a także celu dla jakiego | w ogóle został postawiony - weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Te czynniki winny zatem być punktem wyjścia dla analizy każdego przypadku.

Takiemu podejściu dał wyraz Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie Provincia di fermo (wyrok z dnia 10 października 2013 r. sygn. C-94/12). Trybunał podkreślając ogólną zasadę łączenia potencjałów konsorcjantów, zwrócił jednocześnie uwagę, iż w przypadku specyficznych zamówień można wymagać od konsorcjów wykazania pewnych kwalifikacji zawodowych wyłącznie od jednego z konsorcjantów, jeżeli nie można ich uzyskać przez proste połączenie potencjałów. Wówczas zamawiający może wymagać aby pewien minimalny poziom kwalifikacji (np. w postaci ilości wykonanych zamówień) został wykazany wyłącznie przez jednego konsorcjanta. Warunkiem jest oczywiście proporcjonalność takiego wymogu do celów zamówienia.

Sam Trybunał Sprawiedliwości UE podkreśla, iż warunkiem uznania możliwości

powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (Wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji, sygn. C-399/05, podobnie wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt). Trybunał widzi zatem doświadczenie konsorcjanta w postaci czynnego udziału w sprawami konsorcjum będących określonym przedsięwzięciem. Tego rodzaju podejście jest racjonalne i ma głębokie praktyczne uzasadnienie. Eliminuje bowiem wykonawców próbujących powoływać się na doświadczenie całego konsorcjum w sytuacji, gdy ich rola nie była znacząca dla inwestycji. Wobec takich podmiotów trudno bowiem stwierdzić, iż mają one faktycznie doświadczenie w realizacji przedsięwzięć o określonej skali. A więc, każdy przypadek i każda sprawa, w tym ocena spełniania warunków udziału przez konsorcjum, jako całość oraz jako poszczególni jego członkowie, wymagają indywidualnej analizy. Jak wynika bowiem z orzeczenia

Esaprojet „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”.

Izba podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w toku prowadzonego

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego, iż 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. Istotne jest również w jaki sposób Wykonawca powołujący się na doświadczenie i wiedzę zdobyte w ramach zadania wykonywanego przez grupę wykonawców te okoliczności wykazuje, czy to przez złożenie wymaganych wykazów, referencji, dodatkowe wyjaśnienia, umowy konsorcjum, faktury za wykonanie poszczególnych elementów zamówienia, ustalenia wewnętrzne między konsorcjantami, inne ustalenia. Wydaje się zatem, że dla rozstrzygnięcia zagadnienia, czy dany wykonawca jako członek konsorcjum, może powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach takiej grupy najistotniejsze znaczenie będzie miał przedstawiony Zamawiającemu materiał dowodowy potwierdzający rzeczywisty zakres czynności wykonywanych przez dany podmiot i istotność tych czynności dla całego przedmiotu danego zamówienia.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy Izba uznała, że Odwołujący takim obowiązkom dowodowym nie sprostał.

Zamawiający będąc w posiadaniu umów konsorcjum dla wskazanych przez Odwołującego zadań referencyjnych, dokonał ich merytorycznej analizy i zauważył, iż procentowy zakres prac przewidziany dla poszczególnych etapów zamówienia nr 1 z Wykazu (dotyczy Etapów II, IV, V, V, VII, VIII) realizowanych przez Instytut Kolejnictwa kształtuje się na poziomie od 2 do 5%, a całość zakresu rzeczowego zamówienia realizowanego przez Instytut Kolejnictwa kształtuje się na poziomie 15%. Podobnie dla zamówienia wskazanego w pozycji 2 Wykazu usług - procentowy zakres prac przewidziany dla poszczególnych etapów zamówienia (dotyczy Etapów II, IV, V, VI, VII, VIII) realizowanych przez Instytut Kolejnictwa kształtuje się na poziomie od 2 do 5%, a całość zakresu rzeczowego zamówienia realizowanego przez Instytut Kolejnictwa kształtuje się na poziomie 12,3%. Zamawiający wziął także pod uwagę treść art. 4 wspomnianych umów, z którego wynikało, że procentowy udział wynagrodzenia z uwzględnieniem przyznanych każdemu z Partnerów Konsorcjum obowiązków w ramach realizacji powierzonych zadań, określony zostaje tożsamo z zapisami załącznika nr 1. Innymi słowy, wielkość otrzymanego przez członka konsorcjum wynagrodzenia odpowiadała zakresowi prac przez niego wykonanego. Na podstawie posiadanych dokumentów Zamawiający był uprawniony i miał możliwość przyporządkowania do określonych członków konsorcjum wykonawstwa poszczególnych prac w ramach opracowania studium wykonalności.

W opozycji do powyższych ustaleń Odwołujący, tak składając wyjaśnienia w postępowaniu, jak też w postępowaniu odwoławczym, nie przedstawił żadnych innych materiałów, które przeczyłyby ustalonym przez Zamawiającego tezom. Odwołujący podkreślał wielokrotnie, że wyliczenie Zamawiającego nie odzwierciedla rzeczywistego, realnego przebiegu prac Konsorcjanta - Instytutu Kolejnictwa w ramach realizacji poszczególnych zadań (etapów) przewidzianych w zamówieniach referencyjnych. Nie przedstawił jednak na powyższe żadnych dowodów, poza oświadczeniem drugiego Konsorcjanta, w którym ogólnie twierdzono, że Instytut Kolejnictwa brał udział w realizacji zamówienia („współuczestniczył”) na każdym etapie. Generalnie jest to twierdzenie odpowiadające prawdzie, z którym żadna ze Stron sporu, czy też Izba, nie polemizuje. Konieczne było jednak wykazanie sposobu i poziomu tego zaangażowania na każdym

etapie, czego nie uczyniono. Zauważyć również należy, iż w prowadzonym postępowaniu Zamawiający nie ocenia renomy konkretnego Wykonawcy, ogólnego poziomu znajomości przez dany podmiot przedmiotu zamówienia ale ocenia poziom wymaganego doświadczenia w odniesieniu do wymogów opisanych w SIWZ z momentem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i przedstawionych zadań referencyjnych, co do wyboru których każdy podmiot przed złożeniem oferty ma swobodny wybór. Rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia daje bowiem Wykonawca mający doświadczenie i wiedzę zbieżne/tożsame z przedmiotem zamówienia.

Przywołując treść złożonych wyjaśnień Odwołujący wielokrotnie podkreślał, że „wszystkie prace były wykonywane pod jego kierownictwem i nadzorem. Oba studia wykonalności, wszystkie prace określone w poszczególnych etapach były zarządzane i kierowane bezpośrednio przez Instytut Kolejnictwa. Jednym projektem kierowała B. P., a drugim R. K. czyli etatowi pracownicy Instytutu Kolejnictwa. Konsorcjant był podmiotem kierującym tokiem prac, dokonywał zakupów kluczowych materiałów, pozyskiwał podwykonawców oraz samodzielnie realizował istotny zakres prac nieodnoszących się do spornych robót. Nadzorował i wykonał dokument pt. Studium Wykonalności skupiający w sobie wszystkie Etapy Zamówienia". W tym miejscu dostrzeżenia wymaga, co słusznie także podkreślał Zamawiając, że przedmiotem zamówienia jest opracowanie studium wykonalności a nie zarządzanie kontraktem. Niewątpliwie strona zarządcza jest istotna, nie była ona natomiast przedmiotem wymaganego doświadczenia zawodowego określonym w warunku udziału w postępowaniu. Jeżeli zaś Instytut Kolejnictwa realizował istotny zakres prac odnoszący się do zakresu opracowania i był to inny poziom prac niż wyliczył Zamawiający, na taką okoliczność należało przedstawić dowody, czego Odwołujący nie uczynił. Odwołujący mógł chociażby opisać w wyjaśnieniach istotność wykonywanych w poszczególnych etapach opracowań dla całości studium, pokazać w jaki sposób przeprowadzane przez Instytut analizy przekładają się następnie na zakres całego opracowania i przyjęte założenia całościowe danego dokumentu, co dowodziłoby, że nie można w prosty sposób przełożyć wartości procentowych wynikających z harmonogramu rzeczowo-finansowego na rzeczowy zakres danego opracowania. W ocenie Izby Odwołujący choć miał możliwość dowodzić poziomu zaangażowania poszczególnych pracowników Instytutu w rzeczowy zakres opracowania poza sferą zarządzania i nadzoru, takiego procesu nie przeprowadził. Tym samym Odwołujący, w ocenie składu orzekającego, nie wykazał, że legitymuje się wymaganym doświadczeniem zgodnym z określonym w punkcie pkt 8.5.1 SIWZ-IDW warunkiem udziału w postępowaniu. Sam Odwołujący podkreślał w zarzutach odwołania, że kluczową kwestią (do oceny wykazania doświadczenia członka konsorcjum) jest dokonanie ustaleń faktycznych w przedmiocie udziału (realnego, faktycznego działania) członka konsorcjum w pracach wykonywanych w ramach realizacji konkretnego zamówienia referencyjnego. Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, by jego faktyczny (realny) udział w pracach wykonanych w ramach konsorcjum dla zadań referencyjnych wykroczył poza ramy ustalone przez Zamawiającego. Izba podkreśla również okoliczność, że Odwołujący miał co najmniej dwukrotną możliwość potwierdzenia spełnienia warunku udziału. Zamawiający bowiem przed ostateczną decyzją o wykluczeniu prosił o złożenie wyjaśnień, następnie wezwał do uzupełnienia Wykazu usług.

Reasumując, Odwołujący nie sprostał udowodnieniu w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego, że dysponuje i może wykazać się wymaganym w zapisach SIWZ poziomem doświadczenia zawodowego polegającego na wykonaniu najmniej dwóch opracowań studium wykonalności dla inwestycji liniowej w zakresie transportu kolejowego, przy czym każde ze studium wykonalności musi dotyczyć dwutorowej linii kolejowej z podaniem przedmiotu, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane.

Konkludując, Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972)

zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: