

WYROK

z dnia 12 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Luiza Łamejko

Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - ESTAVEL Sp. o.o. Sp. k. z siedzibą w Imielinie, JUSTMAR T. M. z siedzibą w Chełmie Śląskim, Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL S.A. z siedzibą Dąbrowie Górniczej w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Chorzowie

przy udziale

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

publicznego - Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Warszawskich, KZN Rail Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, N. Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 194/20 po stronie Zamawiającego,

B. wykonawcy Przedsiębiorstwa Inżynieryjnych Robót Kolejowych TOR-KRAK sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 194/20 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - ESTAVEL Sp. o.o. Sp. k. z siedzibą w Imielinie,

JUSTMAR T. M. z siedzibą w Chełmie Śląskim, Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL S.A. z siedzibą Dąbrowie Górniczej i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - ESTAVEL Sp. o.o. Sp. k. z siedzibą w Imielinie, JUSTMAR T. M. z siedzibą w Chełmie Śląskim, Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL S.A. z siedzibą Dąbrowie Górniczej tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - ESTAVEL Sp. o.o. Sp. k. z siedzibą w Imielinie, JUSTMAR T. M. z siedzibą w Chełmie Śląskim, Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL S.A. z siedzibą Dąbrowie Górniczej na rzecz Zamawiającego: Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Chorzowie kwotę 3 972 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset siedemdziesiąt dwa złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów opłaty skarbowej, dojazdu na rozprawę i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 194/20

Zamawiający: Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Chorzowie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa linii tramwajowej w dzielnicy Zagórze od pętli tramwajowej do ronda Jana Pawła II w Sosnowcu” - Zadanie 1 w ramach realizacji Projektu pn.: „Zintegrowany Projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko - Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego - etap I”, (nr sprawy: UH/JRP/B/435/2019).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 sierpnia 2019 r. pod numerem 2019/S 159-393443.

W dniu 21 stycznia 2020 r. została opublikowana oraz przekazana Odwołującemu: wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego - ESTAVEL Sp. o.o. Sp. k. z siedzibą w Imielinie, JUSTMAR T. M. z siedzibą w Chełmie Śląskim, Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL S.A. z siedzibą Dąbrowie Górniczej informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem Odwołujący w dniu 31 stycznia 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu:

(1) zaniechania wykluczenia z Postępowania wykonawców: Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Warszawskich, KZN Rail Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, N. Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, zwanej dalej „Konsorcjum Eurovia” lub

Przystępujący;

(2) nieprzyznania Odwołującemu punktów w ramach kryterium pozacenowego „doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” z tytułu dodatkowego doświadczenia osób predestynowanych do pełnienia funkcji Kierownika budowy oraz Kierownika robót elektrycznych;

(3) uznania oferty złożonej przez Konsorcjum Eurovia za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

(1) art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 24 ust. 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej Pzp lub ustawą Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez błędne ich zastosowanie polegające na:

a) dopuszczeniu wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Eurovia, mimo że zostały one złożone kilkanaście dni po wyznaczonym terminie;

b) uwzględnieniu wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Eurovia, mimo że wykonawca ten nie wykazał, że zakłócenie konkurencji, które powstało poprzez powiązanie z osobami, które brały udział w przygotowaniu Postępowania może być wyeliminowane w inny sposób niż poprzez wykluczenie z Postępowania;

(2) art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 24 ust. 10 Pzp poprzez zaniechanie ich

zastosowania w odniesieniu do Pana G. K., gdy tymczasem osoba ta brała udział w przygotowaniu Postępowania, a obecnie udostępnia zasoby Konsorcjum Eurovia w celu wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu;

(3) art. 31 d Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania polegające na udzielaniu odpowiedzi na pytania wykonawców (w szczególności pytania nr 33, 34 i 35 z dnia 25 września 2019 r.) w sposób naruszający obowiązek zapewnienia, że udział podmiotu uczestniczącego w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji;

(4) art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 Pzp poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Eurovia z Postępowania, pomimo że w złożonym JEDZ Konsorcjum Eurovia zaprzeczyło korzystaniu z osób doradzających Zamawiającemu w przygotowaniu Postępowania przez co doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;

(5) art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w odniesieniu do wskazanej w Wykazie robót inwestycji (prezentowanej w celu spełnienia warunku, o którym

mowa w Rozdziale V pkt II ppkt 2 lit a tiret pierwsze SIWZ) realizowanej przez Konsorcjum Eurovia wspólnie z innym podmiotem, gdy tymczasem z podanych przez Konsorcjum Eurovia informacji nie wynika, czy podmiot ten faktycznie nabył doświadczenie, które sobie

przypisuje;

(6) art. 22a ust. 1 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie polegające na uznaniu, że wykonawca może, w celu przyznania dodatkowych punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert, posługiwać się potencjałem podmiotu trzeciego;

(7) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez błędną, tj. niezgodną z treścią Rozdziału XIV pkt 5.3.1 i 5.3.3 SIWZ (w zakresie Kierownika budowy oraz Kierownika robót elektrycznych) ocenę oferty Odwołującego, co skutkowało nieprzyznaniem Odwołującemu punktów z tytułu doświadczenia tych osób; a w konsekwencji

(8) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Na podstawie art. 190 ust. 1 Pzp wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Na podstawie § 24 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia umowy, jaka zawarta została pomiędzy Zamawiającym a podmiotem opracowującym dokumentację projektową dla Postępowania w celu ustalenia, czy zgodnie z treścią tej umowy, Panowie: M. M. oraz G. K. zobowiązani byli do udzielania/ przygotowywania odpowiedzi na pytania zadawanego przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia mającego za przedmiot wykonanie robót budowlanych w oparciu o tę dokumentację

Na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp wniósł o:

(1) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Eurovia;
- wykluczenia Konsorcjum Eurovia z Postępowania;
- przyznania Odwołującemu dodatkowych punktów z tytułu doświadczenia Kierownika budowy oraz Kierownika robót elektrycznych;
- powtórzenie oceny ofert; ewentualnie;
- wezwanie Konsorcjum Eurovia do złożenia wyjaśnień w zakresie przebiegu inwestycji realizowanej wspólnie z Eurovia S.C. a.s.;

(2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

II. Zarzuty wadliwego przeprowadzenia procedury wyjaśnień w zakresie

zakłócenia konkurencji (naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 24 ust. 10 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp):

II.1.1. zarzut niezasadnego dopuszczenia spóźnionych wyjaśnień w zakresie Pana Marka M.

Odwołujący powołał się na przepis art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp zgodnie, z którym z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Według Odwołującego - Bezsprzeczne jest, że „udział w przygotowaniu postępowania”

wskazany w dyspozycji przywołanej normy oznacza m.in sporządzenie dokumentacji

projektowej w robotach budowlanych.

Zwrócił uwagę, że cyt. przepis zawiera domniemanie prawne, zgodnie z którym każdy udział wykonawcy (lub osoby, z której wykonawca korzysta) w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powoduje zakłócenie konkurencji w danym

postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego - wyłączenie tego domniemanie może nastąpić jedynie poprzez przedstawienie przez wykonawcę sposobu wyeliminowania zakłócenia konkurencji. Domniemanie to wskazuje, że udział w przygotowaniu postępowania dało przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co ma on możliwość

przygotowania oferty na lepszych warunkach lub posiada informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia, co zaburza konkurencję. Zatem domniemanie dotyczące zaburzenia konkurencji trwać będzie tak długo, aż nie zostanie obalone przez wykonawcę.

Zauważył, że Konsorcjum Eurovia w Części III sekcji C JEDZ wskazało, że ani wykonawca ani też żadna z osób zaangażowanych po stronie wykonawcy nie brała udziału w przygotowaniu postępowania.

Wskazał, że w piśmie z dnia 20 listopada 2019 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Eurovia na podstawie art. 24 ust. 10 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 do złożenia wyjaśnień

odnośnie wykazania, że udział Pana M.M., który skierowany został przez wykonawcę do realizacji zamówienia poprzez pełnienie funkcji Głównego Projektanta - Koordynatora Zespołu Projektu, nie doprowadzi do zakłócenia konkurencji z racji, że Pan M. M. brał udział w przygotowaniu Postępowania poprzez opracowanie dokumentacji projektowej stanowiącej

część Tomu V SIWZ. Na udzielenie wyjaśnień Zamawiający wyznaczył wykonawcy termin 5-dniowy upływający 25 listopada 2019 roku.

Wyjaśnił, że we wskazanym terminie Konsorcjum Eurovia nie udzieliło Zamawiającemu stosowanych wyjaśnień, lecz nastąpiło to dopiero pismem datowanym na 4 grudnia 2019 r. Według Odwołującego - Zamawiający nie powinien uznać złożonych wyjaśnień z uwagi na niewykazanie możliwości wyeliminowania zakłócenia konkurencji.

Odwołujący podniósł, że już z uwagi na nieuzasadnione przedłożenie ich z 11-sto dniowym opóźnieniem, nie powinny one w ogóle zostać dopuszczone.

Przywołał chronologię w prowadzonej pomiędzy Konsorcjum Eurovia a Zamawiającym korespondencji:

- a) pismem z dnia 20 listopada 2019 r. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w terminie do 25 listopada 2019 r.;
- b) dnia 4 grudnia 2019 r. Konsorcjum Eurovia przedłożyło Zamawiającemu pismo (tak wynika z pisma Zamawiającego, Odwołujący przyznał, że nie dysponuje jednak tym pismem i nie zna jego treści, bez wątplenia nie były to jednak oczekiwane przez Zamawiającego wyjaśnienia, w przeciwnym razie niecelowe byłoby wydłużanie terminu na ich złożenie, co nastąpiło następnego dnia);
- c) pismem z dnia 5 grudnia 2019 r. Zamawiający poinformował Konsorcjum Eurovia, że przedłuża termin złożenia wyjaśnień do dnia 6 grudnia 2020 r.;
- d) następnie Konsorcjum Eurovia przekazało pismo z dnia 4 grudnia 2019 r. z wyjaśnieniami.

Zdaniem Odwołującego przywołana powyżej korespondencja świadczy o tym, że Zamawiający nie powinien w ogóle oceniać wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Eurovia.

Zaznaczył, że sam Zamawiający o rzekomych problemach został on poinformowany dopiero 4 grudnia 2019 r. (9 dni po terminie) za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Wyjaśnił, że w ślad za tą informacją Zamawiający wydłużył termin do ustosunkowania się do wezwania do 6 grudnia 2019 roku. Doręczone (najprawdopodobniej) 6 grudnia 2019 r. wyjaśnienia wykonawcy zostały opatrzone datą 4 grudnia 2019 r., zatem tego samego dnia, kiedy wykonawca zgłosił Zamawiającemu rzekome problemy techniczne wraz z prośbą o przedłużenie terminu.

W ocenie Odwołującego - gdyby jednak informacja o zaistniałych problemach technicznych była prawdziwa, to pismo zostałoby sporządzone w odpowiednim terminie, tj. maksymalnie 25 listopada 2019 r., czyli na dzień kiedy faktycznie miały one zostać złożone.

Odwołujący oświadczył, że ma świadomość możliwości zaistnienia potencjalnych problemów związanych z prowadzeniem korespondencji, które są skutkiem elektronizacji systemu zamówień publicznych.

Przyznał, że znane są mu (poniekąd słuszne) tendencje instytucji zamawiających do liberalnego traktowania uchybień związanych z dostarczeniem wyjaśnień, które to uchybienia były skutkiem np. chwilowych trudności z nałożeniem podpisu elektronicznego lub dostępem do sieci. Skutkiem takich sytuacji bywa, jak pokazuje praktyka, uchybienie wyznaczonym przez instytucje zamawiające terminom. Opóźnienia te sięgają kilku godzin, czasem nawet doby.

Nie sposób jednak w żaden sposób wytłumaczyć opóźnienia sięgającego 11 dni.

Ponadto, argumentował, że profesjonalny, działający z należytą starannością wykonawca, który doświadcza problemów technicznych, zwraca się do zamawiającego w nakreślonym terminie i o tych problemach informuje. W analizowanym przypadku bez wątplenia do tego nie doszło. Konsorcjum Eurovia zwróciło się do Zamawiającego 4 grudnia 2019 r., a więc 9 dni po terminie.

W takim stanie faktycznym, z uwagi na długoterminowe opóźnienie w złożeniu wyjaśnień, działaniem obligatoryjnym ze strony Zamawiającego - według Odwołującego - powinno być wykluczenie Konsorcjum Eurovia z postępowania z uwagi na nieprzełamanie domniemania, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp.

Wskazał, że chociaż trudno termin na złożenie wyjaśnień traktować jako zawity, niemniej zasada równego traktowania i uczciwej konkurencji przemawia za niemożnością wydłużenia lub przywrócenia tego terminu.

W związku z tym wyjaśnienia złożone po terminie nie powinny być brane pod uwagę, a taką sytuację należało potraktować jako niezłożenie wyjaśnień, nawet jeśli wykonawca wskazał na przyczyny opóźnienia i powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Z powyższego wnioskował, że opóźnienie w przedstawieniu wyjaśnień nie było skutkiem problemów technicznych, a wyłącznie niedbalstwa ze strony wykonawcy, które doprowadziło do zaniechania złożenia wyjaśnień w odpowiednim, pierwotnym terminie.

Za zupełnie niezrozumiałe potraktował zaakceptowanie i poddanie analizie wyjaśnień złożonych w takich okolicznościach, co świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający prowadzi postępowanie w poszanowaniu reguł uczciwej, konkurencji równego traktowania i przejrzystości.

II.1.2. Zarzut niezasadnego uwzględnienia złożonych wyjaśnień w zakresie M. M.

Odwołujący podniósł jednak, że gdyby nawet dopuszczalne było poddanie analizie wyjaśnień złożonych we wskazanych powyżej okolicznościach (z czym Odwołujący kategorycznie się nie zgodził), to podkreślił, że analiza ta prowadzić powinna Zamawiającego

do wniosku tożsamego w skutkach, a więc wykluczenia Konsorcjum Eurovia z postępowania.

Stwierdził, że wyjaśnienia te nie mogą być bowiem uznane za wystarczające w świetle dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp.

W pierwszej kolejności Odwołujący podkreślił, że złożone przez Konsorcjum Eurovia wyjaśnienia zupełnie pomijają wskazane na wstępie odwołania domniemanie zaistnienia naruszenia zakłócenia konkurencyjności w sytuacji, gdy wykonawca korzysta ze wsparcia osoby zaangażowanej w przygotowanie postępowania.

Domniemanie to zresztą nie może dziwić - rzeczą naturalną i niewymagającą dowodzenia jest, że osoba, która powiązana jest z danym wykonawcą dąży poprzez swoje czynności do uzyskania przez tegoż wykonawcę zamówienia.

Zatem założył, że w każdym takim przypadku wiedza takiej osoby zostanie udostępniona wykonawcy. Aby jednak takiego wykonawcy nie wykluczać z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób automatyczny, ustawodawca zdecydował się na umożliwienie mu wykazania, że zaistniałe zakłócenie konkurencyjności może być wyeliminowane. To jednak ów wykonawca musi sprostować ciężarowi dowodu w tym zakresie. Jest to cena, którą wykonawca musi zapłacić, jeśli chce korzystać z osób zaangażowanych wcześniej w danym postępowaniu po stronie instytucji zamawiającej.

Nie ulega wątpliwości Odwołującego, że Konsorcjum Eurovia obowiązki temu nie sprostало i postawił wobec tego tezę, że nawet nie próbowało, o czym świadczy sformułowanie ze str. 2 wyjaśnień, gdzie Konsorcjum Eurovia stwierdza, że „Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu, iż wskazanie M. M. jako Głównego Projektanta - Koordynatora Zespołu Projektowego oznaczało jego udział w przygotowaniu naszej oferty, a tym samym spowodowało utrudnienie konkurencji”.

Zdaniem Odwołującego - Konsorcjum Eurovia oparło swoje stanowisko na

nieopartych żadnymi dowodami twierdzeniach, zgodnie z którymi nie doszło do zakłócenia konkurencji w postępowaniu, ponieważ M. M. jest wyłącznie osobą konieczną do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a sam jego status relacji zawodowych z Konsorcjum Eurovia opiera się na przedwstępnej umowie o współpracy.

Według Odwołującego - obszerny wywód Konsorcjum Eurovia nie przedstawia jednak żadnej konkretnej informacji, którą w literalnym brzmieniu można byłoby uznać za próbę obalenia domniemania zakłócenia konkurencyjności. Ciąg powtórzeń podkreślających, że przygotowanie dokumentacji projektowej nie jest równoznaczne z przewagą konkurencyjną, a tym samym lepszą pozycją w postępowaniu powielone zostało niemalże w każdym akapicie pisma wyjaśniającego. Ogólnikowe wyjaśnienia, zawierające niczym niepotwierdzone opinie nie stanowią jakiegokolwiek wartości w zaistniałej sytuacji. Dla wykazania braku przewagi konkurencyjnej w postępowaniu nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia. Obowiązkiem wykonawcy jest nie tylko wyjaśnić, ale przede wszystkim udowodnić lub chociaż uprawdopodobnić, że charakter posiadanych przez niego informacji nie stwarza ryzyka lepszej sytuacji w postępowaniu. Żadna z zaszyfrowanych w wyjaśnieniach okoliczności nie została poparta przez wykonawcę jakimikolwiek dowodami. W związku z tym, treści wyjaśnień nie można było uznać za wystarczającą, a tym samym zasadną.

W związku z powyższym stwierdził, że biorąc pod uwagę treść art. 24 ust. 10 Pzp nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że Konsorcjum Eurovia sprostало sformułowanemu wymogowi w postaci „udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji”.

Odwołujący oświadczył, że ma świadomość, że „udowodnienie”, o którym mowa w tym przepisie nie zawsze musi wiązać się z prezentowaniem materiału dowodowego, co oznacza, że istnieją przypadki, w których i bez tego materiału wyjaśnienia można uznać za

wystarczające dla uznania, że wykonawca obalił domniemanie zakłócenia konkurencyjności w postępowaniu. W takim jednak przypadku tym większy nacisk kładzie się jakoś i warstwę merytoryczną złożonych wyjaśnień.

W ocenie Odwołującego - treść powinna podlegać wnikliwej ocenie, a same wyjaśnienia powinny być wyczerpujące, treściwe, rzeczowe, merytoryczne oraz odnosić się szczegółowo do okoliczności konkretnej sprawy. Z pewnością nie wystarczy złożenie przez wykonawcę ogólnych wyjaśnień, które nie pozwolą na stwierdzenie, że nie doszło do zakłócenia konkurencji.

W kontekście wskazania przez wykonawcę rodzaju stosunku zawodowego z M. M., zauważył, że nie ma znaczenia rodzaj łączącego wykonawcę stosunku umownego z osobą wykonującą takie czynności, co zostało w sposób bezpośredni wyartykułowane przez ustawodawcę w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp.

W związku z tym argumentacja Konsorcjum Eurovia, jakoby łącząca go z M. M. umowa przedwstępna powodowała brak zakłócenia konkurencji w postępowaniu jest nieprawidłowa.

Nadmieniał przy tym, że w świetle art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp nie ma znaczenia również czy udział w przygotowaniu postępowania przybierać będzie charakter czynności bezpośrednich czy pośrednich. Istotne znaczenie ma w ogóle sam udział w przygotowaniu postępowania po stronie Zamawiającego, co w niniejszej sprawie niewątpliwie miało miejsce.

Za niezrozumiały dla Odwołującego był argument o możliwości wprowadzania odstępstw do dokumentacji (optymalizacja).

W opinii Odwołującego - okoliczność ta działa wręcz na niekorzyść Konsorcjum Eurovia - optymalizacja rozwiązań projektowych wymaga bowiem pogłębionej znajomości okoliczności mogących mieć wpływ na uwarunkowania związane z realizacją zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że standardem w postępowaniach obejmujących opracowanie dokumentacji projektowej dla Zamawiającego jest postanowienie, zgodnie z którym autorzy dokumentacji przygotowują później odpowiedzi na pytania wykonawców w postępowaniu obejmującym wykonanie robót budowlanych (co jest zrozumiałe, jako autorzy dokumentacji posiadają największą wiedzę w jej zakresie).

W związku z tym wywodził, że jeśli okazałoby się, że M. M. i G. K. również zobligowani byli do tego, stanowiłoby to okoliczność bezspornie dowodzącą zakłócenia konkurencyjności (w istocie odpowiadałoby na pytania zadawane również przez wykonawcę, z którym współpracują).

Odwołujący podniósł, że na stronie internetowej Zamawiającego nie widnieje jednak dokumentacja z postępowania na wykonanie dokumentacji projektowej (mimo że w archiwum jest wiele innych postępowań). Dlatego też postawiony w petitum wniosek o zobowiązanie przez Izbę Zamawiającego do udostępnienia umowy na sporządzenie dokumentacji jest wnioskiem zasadnym.

II.1.3 Zarzut zaniechania przeprowadzenia procedury wyjaśniającej odnośnie Zbigniewa K.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 24 ust. 10 Pzp ma swoje odbicie nie tylko w postaci ustanowienia M. M. na stanowisku Głównego Projektanta, ale także poprzez wskazanie w ofercie Konsorcjum Eurovia, że w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegać będzie na zasobach podmiotu trzeciego w zakresie sieci trakcyjnej

oraz kierownika robót elektrycznych. Podmiotem, na zasobach którego Konsorcjum Eurovia miałyby polegać jest spółka PROGREG Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z informacją zawartą w Programie Funkcjonalno-Użytkowym („PFU”) w pkt 1.2 dotyczącym optymalizacji dokumentacji projektowej, projekt wykonawczy został opracowany przez konsorcjum wykonawców w składzie: G. K. PROGREG z siedzibą w Krakowie i M.S.M. „Pontex” Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach.

Odwołujący zauważył, że tożsamość firm wskazanych w PFU, jak i w ofercie Konsorcjum Eurovia nie jest przypadkową zbieżnością, bowiem z informacji zawartych w Krajowym Rejestrze Sądowym wynika, że G. K., którego imię i nazwisko widnieje w firmie odpowiedzialnej za wykonanie projektu wykonawczego, jest równocześnie Prezesem Zarządu spółki PROGREG Budownictwo Sp. z o.o.

W związku z tym, niewątpliwie w przedstawionym stanie faktycznym doszło do zaburzenia konkurencji i nierównego traktowania wykonawców, bowiem podmiotem, który wykonał projekt wykonawczy jest de facto ten sam podmiot, na którego potencjał powołuje się Konsorcjum Eurovia w swojej ofercie.

Konstatując, Konsorcjum Eurovia posiada nieporównywalną wiedzę o przedmiotowej inwestycji, którą mogło wykorzystywać w ramach złożonej oferty na realizację tego zamówienia.

Zarzucał, że Konsorcjum Eurovia w związku z powyższym miało możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach, gdyż posiadało informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia.

Wobec tego, Odwołujący podniósł, że w stosunku do Konsorcjum Eurovia zachodzą zatem przesłanki do wykluczenia z postępowania, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, ponieważ udział spółki PROGREG Budownictwo Sp. z o.o. w postępowaniu w charakterze podmiotu trzeciego udostępniającego zdolność techniczną skutkuje powstaniem domniemania zakłócenia konkurencyjności. Obowiązkiem Zamawiającego było zatem przeprowadzenie procedury wyjaśniającej również w odniesieniu do osoby Pana G. K.

II.2 Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 31 d Pzp.

Odwołujący podkreślił, że jakkolwiek na etapie następującym po złożeniu ofert obowiązek wykazania braku zakłócenia konkurencyjności spoczywa na wykonawcy, tak w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego aktywność w tym zakresie należy do instytucji zamawiającej, co wynika wprost z treści art. 31 d Pzp, zgodnie z którym jeżeli istnieje możliwość, że o udzielenie zamówienia będzie ubiegał się podmiot, który uczestniczył w przygotowaniu postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający zapewnia, że udział tego podmiotu w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom informacje, które uzyskał i przekazał podczas przygotowania postępowania oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

Argumentował, że naturalnym i oczywistym uzewnętrznieniem art. 31 d Pzp wydaje się być przekazanie potencjalnym wykonawcom w toku postępowania informacji, którymi może dysponować wykonawca biorący udział w przygotowaniu postępowania.

Według Odwołującego - Zamawiający, spodziewając się złożenia oferty przez wykonawcę, z którym współpracował przy przygotowaniu postępowania, może starać się poprawić warunki konkurencji. Może próbować zrównoważyć uprzywilejowanie tego wykonawcy poprzez przekazywanie jak najszerszego wachlarza informacji, do których tenże

miał dostęp, lub poprzez wskazanie wystarczającego czasu na przygotowanie ofert.

W związku z tym Odwołujący zanegował wywiązanie się z powyższego obowiązku, co obrazują w szczególności odpowiedzi, jakie Zamawiający udzielił na pytania wykonawcy opublikowane 25 września 2019 r. (zestaw 3).

Zwrócił uwagę, że w treści pytania nr 34 jeden z wykonawców wskazywał, że opublikowany program funkcjonalno - użytkowy jest niekompletny (nie spełnia minimalnych wymogów wskazanych w stosownym rozporządzeniu), brakuje w nim bowiem następujących dokumentów:

- a) kopii mapy zasadniczej;
- b) inwentaryzacji zieleni (przedstawiono nieaktualny, ośmioletni materiał);
- c) danych dotyczących zanieczyszczeń atmosfery do analizy ochrony powietrza oraz posiadanych raportów, opinii lub ekspertyz z zakresu ochrony środowiska;
- d) pomiarów ruchu drogowego, hałasu i innych uciążliwości;
- e) inwentaryzacji lub dokumentacji obiektów budowlanych, jeżeli podlegają one przebudowie, odbudowie, rozbudowie, nadbudowie, rozbiórkom lub remontom w zakresie architektury, konstrukcji, instalacji i urządzeń technologicznych, a także wskazania Zamawiającego dotyczące zachowania urządzeń naziemnych i podziemnych oraz obiektów przewidzianych do rozbiórki i ewentualne uwarunkowania tych rozbiórek;
- f) porozumienia, zgody lub pozwolenia oraz warunków technicznych i realizacyjnych związanych z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych, energetycznych i teletechnicznych oraz dróg samochodowych, kolejowych lub wodnych.

Zarzucił, że udzielając odpowiedzi na tak sformułowane pytanie Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, że „powyższe pytanie nie dotyczy wyjaśnień treści SIWZ”.

Wywodził, że niewątpliwie założyć można, że osoby zaangażowane w opracowanie dokumentacji projektowej miały dostęp do tych materiałów. Dysponując wiedzą z nich płynącą były w stanie wpłynąć na treść oferty wykonawcy, z którym pozostają związane w taki sposób, że oferta ta była w istocie ofertą bardziej konkurencyjną.

Wskazał przy tym, że dostęp do wymienionych powyżej dokumentów umożliwić miał wykonawcom uwzględnienie szczegółów wymienionych w tych dokumentach na etapie opracowywanej wyceny. Już z tej zatem przyczyny dojść musiało do zakłócenia konkurencyjności w postępowaniu.

Odwołujący zauważył, że pytanie nr 33 (ten sam zestaw pytań) dotyczyło ono przyczyn, dla których umowy na prace projektowe nie zostały zakończone.

Wykonawca pytający wskazywał, że informacja ta jest istotna pod kątem określenia ryzyk realizacji dokumentacji w zakładanym przez Zamawiającego czasie 6 miesięcy od daty podpisania umowy na roboty budowlane (miała więc daleko idące znaczenie z punktu widzenia oferty składanej w postępowaniu).

Zaznaczył, że również w tym przypadku Zamawiający wskazał tylko, że pytanie nie

dotyczy SIWZ.

Przywołał również odpowiedź na pytanie nr 35, w którym wykonawca wnosił o udostępnienie w formie elektronicznej dostępnych opracowań graficznych. W pytaniu tym wykonawca zwracał uwagę na trudności z wyceną prac projektowych w oparciu o materiały załączone do SIWZ. Przyjąć należy, że wykonawca dysponujący tymi materiałami nie napotkał podobnych problemów. Zamawiający nie udostępnił dokumentacji, o którą został poproszony. Co szczególnie istotne, nie zaprzeczył natomiast, że takową dysponuje, wskazał za to, że „uprawniony jest do udostępnienia wykonawcom takiego zakresu dokumentacji projektowej, jaka jest niezbędna do należytego wykonania zamówienia”.

Odwołujący za co najmniej prawdopodobne uznał, że Konsorcjum Eurovia posiadało na etapie kalkulacji ofert takie dokumenty.

Odwołujący podkreślił, że nie zarzuca Zamawiającemu naruszenia reguł obowiązujących na etapie udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców.

Przyznał, że art. 38 ust. 1 Pzp nakłada na instytucje zamawiające obowiązek udzielenia odpowiedzi na pytania jedynie w przypadku, gdy sprowadzają się one do wyjaśnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Według Odwołującego - zupełnie inaczej jednak zaniechanie udzielenia odpowiedzi na powyższe pytania powinno zostać ocenione na gruncie art. 31 d Pzp, który to przepis w sposób ogólny nakazuje Zamawiającemu zapewnienie, że udział podmiotu zaangażowanego w przygotowanie postępowania nie zakłóci konkurencji. W tym katalogu niewątpliwie mieści się obowiązek uwzględnienia tej okoliczności na etapie udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców.

II.3. Zarzut zatajenia informacji o posługiwaniu się osobami, które brały udział w przygotowaniu postępowania (zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp).

Dalej, stwierdził, że następczym, skorelowanym z powyższym zarzutem skutkiem było naruszenie art. 24 ust.1 pkt 16 i 17 Pzp.

Zwrócił uwagę, że wypełniając JEDZ w Części III sekcja C wykonawcy zobligowani byli odpowiedzieć na następujące pytanie: Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał(-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(-o) winny sposób zaangażowany(-e) w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia? Pomimo faktu, że Konsorcjum Eurovia było w pełni świadome uczestnictwa Pana M. oraz Pana K. w przygotowaniu dokumentacji projektowej, na powyższe pytanie odpowiedziało przecząco (podobnie zresztą jak i pozostali konsorcjanci).

Odwołujący podkreślił przy tym, że pytanie JEDZ dotyczy prostego, niepodlegającego subiektywnej ocenie, faktu, jakim jest udział wykonawcy (lub podmiotu z nim powiązanego) w przygotowaniu postępowania.

Zdaniem Odwołującego, biorąc pod uwagę treść pytania, bezwzględny obowiązek wykonawcy, który znajduje się w sytuacji analogicznej do tej zaistniałej w odniesieniu do Konsorcjum Eurovia, jest (i) udzielenie odpowiedzi twierdzącej, (ii) ewentualne zaprezentowanie argumentacji uzasadniającej brak podstaw do wykluczenia (kwestią odrębną, niemającą znaczenia dla niniejszego sporu, jest etap, na którym takie wyjaśnienia powinny być złożone).

Podkreślił jednak należy, że samo pytanie nie zawiera elementu ocennego (który wskazany jest w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp), zatem jedyną prawidłową odpowiedzią w

przypadku Konsorcjum Eurovia powinna być odpowiedź twierdząca.

Odwołujący wskazał, że przywołane pytanie nie jest jedynym w treści JEDZ, które nie w pełni oddaje brzmienie polskiej ustawy Pzp. Podobnie jest chociażby z pytaniem dotyczącym przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Przepis ten wskazuje, że wykluczenie następujące nie z tego tylko powodu, że z wykonawcą rozwiązano umowę, lecz wtedy, gdy to rozwiązanie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Jednakże pytanie JEDZ odnoszące się do tej przesłanki w ogóle nie wspomina o tym, kto (zamawiający czy wykonawca) ponosi winę. Obowiązkiem wykonawcy, który znalazł się w sytuacji, w której rozwiązano z nim umowę jest zatem udzielenie odpowiedzi twierdzącej, niezależnie od tego czy wykonawca jest winny tej sytuacji czy nie.

Odwołujący zwrócił uwagę, że istotnym przy składaniu informacji wprowadzającej w błąd jest także sposób działania wykonawcy.

Stwierdził przy tym, że Konsorcjum Eurovia celowo wprowadziło Zamawiającego w błąd chcąc potwierdzić brak podstaw do wykluczenia z postępowania.

W opinii Odwołującego - w przypadku M. M. była to sytuacja, sprowadzająca się do dążenia wywarcia wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, który ustalił, że ten brał udział w przygotowaniu postępowania i skierował wezwanie do złożenia wyjaśnień. W ten sposób doszło do zmaterializowania się przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp (który to przepis zakłada chociażby potencjalny wpływ na decyzje zamawiającego).

Przekonywał również, że z odmienna sytuacja występuje w przypadku Pana G. K., gdzie doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd (nie przeprowadzono bowiem w zakresie tej osoby procedury wyjaśniającej), co uzasadniało zarzut naruszenia nie tylko art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, ale i art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

Nie ulega wątpliwości Odwołującego, że bezwzględny obowiązek wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia jest przekazanie instytucji zamawiającej informacji rzetelnych i prawdziwych. Wymóg ten ma szczególnie znaczenie w kontekście okoliczności rzutujących na ewentualne zaistnienie podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym bardziej, gdy to wykluczenie miałoby być konsekwencją zakłócenia konkurencyjności.

W opinii Odwołującego - zachowanie Konsorcjum Eurovia stanowi potwierdzenie działania w warunkach zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Zastrzegł przy tym, że nawet jeśli jednak uznać, że w odniesieniu do Konsorcjum Eurovia nie znajdzie zastosowania kwalifikowana forma zawinienia, to dla uznania, że wykonawca złożył informacje wprowadzające w błąd wystarczy zwykła lekkomyślność lub niedbalstwo (zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp).

Mając na uwadze całokształt przedstawionych zarzutów, Odwołujący stwierdził, że na podstawie powyższego stanu faktycznego wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania.

II.4 Zarzut zaniechania przez Zamawiającego przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w odniesieniu do doświadczenia konsorcjum Eurovia.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z SIWZ, Tom I - IDW - w Rozdziale V pkt II ppkt 2 lit a, Zamawiający wskazał, że jednym z warunków udziału w postępowaniu jest wykazanie się przez wykonawcę „wykonaniem w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: -1 zadanie obejmujące budowę lub przebudowę trasy tramwajowej / tras tramwajowych lub trasy kolejowej / tras kolejowych wraz z budową lub przebudową elektrycznej napowietrznej sieci trakcyjnej, odwodnieniem torowiska oraz budową lub przebudową przystanków, o łącznej długości min. 1,5 km toru pojedynczego; - 1 obiekt mostowy o obciążeniu dla klasy A dla drogi dwujezdniowej lub tunel drogowy, tramwajowy lub kolejowy.”

Wyjaśnił, że celu spełnienia powyższego warunku Konsorcjum Eurovia wskazało inwestycję pn. „Przebudowa ulic oraz drogowych obiektów inżynierskich stanowiących ciąg drogi wojewódzkiej nr 503 w obszarze miasta Elbląga - etap I od Placu Słowiańskiego do ul. Obrońców Pokoju,, przebudowy trasy tramwajowej wraz z przebudową elektrycznej napowietrznej sieci trakcyjnej, odwodnieniem torowiska oraz budową i przebudową przystanków, o łącznej długości 4,250 km toru pojedynczego”, która to inwestycja realizowana była przez polską spółkę z grupy Eurovia wspólnie z czeską spółką Eurovia S.C. a.s. z siedzibą w Pradze.

Zauważył, że pismem z dnia 20 grudnia 2019 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień m.in. w przedmiocie przedłożenia dowodów „określających czy roboty budowlane wykazane w JEDZ zostały wykonane należyście, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze, Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Konsorcjum Eurovia pismem z dnia 31 grudnia 2019 r. przedłożyło Zamawiającemu referencje udzielone wykonawcy przez Urząd Miejski w Elblągu.

Dalej, relacjonował, że Zamawiający powziął jednak wątpliwości co do treści przedstawionych mu referencji, bowiem nie wynikało z nich czy przedmiotowe roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i zostały prawidłowo zakończone, a zatem w związku z tym, w dniu 10 stycznia 2020 r. wystosował ponowne, uzupełniające wezwanie do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie.

W odpowiedzi z dnia 16 stycznia 2020 r. Konsorcjum Eurovia wyjaśniło, że przekazane pierwotnie referencje powinny być dla Zamawiającego wystarczającym dowodem na żądane wyjaśnienie. Swoje stanowisko oparł na orzeczeniu Izby, wskazujące, że referencje potwierdzają należyte wykonanie robót. Dodatkowo, Konsorcjum Eurovia załączyło kolejne referencje Urzędu Miejskiego w Elblągu z dnia 14 stycznia 2020 r., które wskazują, że „Konsorcjum firm (...) w latach 2011-2014 wykonało (...) roboty budowlane między innymi polegające na przebudowie torowiska tramwajowego o długości toru pojedynczego - 4 517,17m.”.

W związku z tym zarzucił Zamawiającemu, że ten pomimo wnikliwej analizy treści referencji przedstawionych przez Konsorcjum Eurovia, pominął okoliczność wspólnej realizacji tej inwestycji przez dwóch wykonawców (z których tylko jeden ubiega się o udzielenie zamówienia w postępowaniu).

Powołał się na ogólnodostępne informacje zawarte na stronie internetowej wykonawcy Eurovia Polska S.A., gdzie wykonawca ten wskazuje, że samodzielnie realizuje jako główny wykonawca kontrakty dotyczące infrastruktury stricte drogowej m.in. budowa autostrad, obwodnic czy dróg ekspresowych.

Natomiast jak wynika ze strony internetowej czeskiej spółki Eurovia, jej głównym zakresem działalności jest budowa, przebudowa oraz remont torowisk tramwajowych.

Oczywiste dla Odwołującego jest, że skoro zakres inwestycji realizowanej w Elblągu obejmował zarówno prace drogowe, jak i kolejowe, to podział między konsorcjantami przebiegał najpewniej właśnie wzdłuż tego zakresu (spółka polska - odpowiedzialna za drogi, spółka czeska - odpowiedzialna za tory).

Konsekwencją powyższego dla Odwołującego była konstatacja, że Konsorcjum Eurovia posłużyło się doświadczeniem, którego prawdopodobnie wcale nie nabyło. Tym bardziej, że swoim piśmie Urząd Miejski w Elblągu wprost wskazał, że to konsorcjum realizowało roboty w zakresie torowiska (a nie polska spółka Eurovia).

Odwołujący zwrócił uwagę, że nie mamy tutaj do czynienia z często powtarzającą się sytuacją, w której konsorcjum wykonawców realizuje niepodzielne (lub trudno podzielne) zadanie. Taki przypadek miałby miejsce, gdyby obie spółki realizowały np. prace torowe. Trudność z wydzieleniem zakresów, konieczność współpracy, zbieżność przedmiotowa - te okoliczności przemawiałyby za zasadnością przypisania sobie przez obu wykonawców doświadczenia w zakresie prac realizowanych wspólnie.

Przekonywał, że w sytuacji jednak, gdy podmioty te realizując odrębne zakresy - tj. jedna spółka odpowiada za roboty drogowe, druga za torowe, nie sposób uznać, że nabywają one doświadczenie w zakresie prac, które faktycznie realizował drugi z konsorcjantów.

Zdaniem Odwołującego - wykonawca może przypisać sobie doświadczenie z realizacji danej inwestycji jedynie w takim zakresie, w jakim samodzielnie je zrealizował.

Wskazał, że istotny jest zakres prac wymagany przez zamawiającego w warunku oraz to, w jakim każdy z podmiotów rzeczywiście partycypował w wykonywaniu tych prac.

Wobec powyższego, zasadnym dla Odwołującego jest stanowisko wobec którego Zamawiający miał obowiązek co najmniej wyjaśnić z Konsorcjum Eurovia jaki był faktyczny udział tej spółki w realizacji omawianej inwestycji.

Powyższą argumentacją uzasadnił zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp jest zasadny.

II.5. Zarzut niezasadnego przyznania konsorcjum Eurovia punktów z tytułu doświadczenia kierownika robót elektrycznych.

Zwrócił uwagę, że z treści Formularza ofertowego Konsorcjum Eurovia wynika, że wykonawca ten polega na zasobach podmiotu trzeciego (PROGREG Budownictwo Sp. z o.o.) w zakresie osoby predestynowanej do pełnienia funkcji Kierownika robót elektrycznych. Z kolei zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazuje, że z tytułu doświadczenia tej osoby Konsorcjum Eurovia otrzymało dodatkowe punkty.

Odwołujący podniósł, że działanie Zamawiającego pozostawało w tym zakresie sprzeczne z treścią art. 22a ust. 1 Pzp, bowiem przepis ten wprost wskazuje, że „wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (...) polegać na zdolnościach (...)”.

Zdaniem Odwołującego literalna wykładania tego przepisu wskazuje, że posiłkowanie się zasobami podmiotu trzeciego jest dopuszczalne jedynie w odniesieniu do spełnienia warunków udziału (a więc nie kryteriów oceny ofert).

Argumentował, że jeśli weźmiemy pod uwagę treść poprzednio obowiązującego przepisu, który odnosił się do instytucji użyczenia potencjału art. 26 ust. 2b Pzp, w brzmieniu sprzed lipca 2016 r., wskazywał, że wykonawca może polegać na określonych zasobach (nie

definiował jednak, że ma się to odbywać „w celu potwierdzenia spełnienia warunków”), a zatem uznać należy, że po nowelizacji jedyną trafną interpretacją jest ta, która nie dopuszcza posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego w celu uzyskania dodatkowych punktów.

II.6. Zarzut wadliwej oceny oferty Odwołującego.

Niezależnie od nieprawidłowości na etapie oceny oferty i dokumentów złożonych przez Konsorcjum Eurovia, Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wadliwie ocenił również ofertę Odwołującego.

Odwołujący zwraca uwagę na naruszenie przez Zamawiającego art. 91 ustawy Pzp, którego skutkiem w niniejszym postępowaniu było niezasadne odebranie punktów Odwołującemu.

Zauważył, że pismem z dnia 20 listopada 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień m.in. czy Pan K. M., wskazany jako osoba delegowana do pełnienia, funkcji Kierownika budowy, posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń zgodnie z wymaganiami określonymi w Rozdziale V pkt II pkt 2 lit b tiret trzecie i Rozdziale IV pkt 5.3.1 SIWZ.

Wyjaśnił, że na powyższe żądanie Zamawiającego, Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 25 listopada 2019 r. wskazał, że osoba delegowana przez niego do pełnienia funkcji Kierownika budowy, posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności kolejowej, o numerze SWK/0071/OWOKol/13 z dnia 01 lipca 2013 roku. Są to uprawnienia niezbędne do wykazania się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem osoby delegowanej na stanowisko Kierownika budowy.

Powołał się na okoliczność, że modyfikacja SIWZ Zamawiający dopuściła doświadczenie Kierownika robót torowych, które zdobył posługując się ww uprawnieniami (odpowiedzi na pytania z dnia 25 września 2019 r., zestawienie 2).

Odwołujący zinterpretował zmianę SIWZ polegającą na dopuszczeniu doświadczenia przebudowy tras kolejowych w ten sposób, że Kierownik budowy - osoba która zdobyła to doświadczenie według prawa budowlanego musi posiadać uprawnienia budowlane w specjalności kolejowej bez ograniczeń. Do budowy tras kolejowych nie są dopuszczone uprawnienia w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń i taka osoba nie ma prawa wybudować trasy kolejowej.

W związku z tym Odwołujący uważał, że potwierdził zatem spełnienie warunku wymaganego doświadczenia i wymaganych uprawnień Pana K. M.

Zarzucił, że Zamawiający nie odniósł się do złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, ani nie wskazał na ewentualne dalsze wątpliwości dotyczące powyższej kwestii.

W dniu 21 stycznia 2020 r. Zamawiający wraz z ogłoszeniem o wyborze najkorzystniejszej oferty przesłał również Odwołującemu zbiorcze zestawienie ofert, z których Odwołujący powziął informację, że przedstawione wyjaśnienia nie były, w opinii Zamawiającego, wystarczające, przez co w zakresie punktacji dotyczącej doświadczenia osób (w zakresie doświadczenia Kierownika budowy), Zamawiający nie przyznał Odwołującemu przysługujących mu punktów.

W opinii Odwołującego - stanowisko Zamawiającego jest niekonsekwentne i błędne, skoro bowiem Zamawiający zdecydował się na doprecyzowanie treści SIWZ w ten sposób, że osoba, która pełnić będzie funkcję Kierownika budowy mogła nabyć doświadczenie nie tylko jako Kierownik budowy, kierownik robót drogowych, ale też jako kierownik robót kolejowych lub kierownik robót torowych, to zrozumiałe jest, że w ślad za tą zmianą pójść

powinna również stosowna konsekwencja w zakresie uprawnień, którymi powinna się wykazać ta osoba. Pozostawienie bowiem uprawnień w pierwotnym kształcie (tj. dostosowanych do wymagań w zakresie inwestycji drogowych) czyniłoby wprowadzoną zmianę pozorną.

Podkreślił, że doświadczeniem w budowie tras kolejowych mogą się wykazać jedynie osoby, które dysponują uprawnieniami w branży kolejowej, a nie drogowej.

Nawet więc jeżeli osoba, która ma spełnić ten warunek prowadziła roboty na kolei, a zatem spełnia warunek w zakresie doświadczenia, to może nie mieć wymaganych uprawnień, tj. w branży drogowej, bo przy prowadzeniu prac kolejowych nie jest ono wystarczające, a musi mieć inne uprawnienia (kolejowe). Zatem w stosunku do tak postawionego warunku mógłby on zostać spełniony, jeżeli osoba miałaby podwójne uprawnienia - w branży kolejowej i drogowej, jednakże nigdzie w SIWZ nie został ten warunek wskazany. To prowadzi do nierównego traktowania wykonawców, także z tego powodu, iż od niektórych wykonawców wymaga się więcej niż od innych.

Dalej, wyjaśnił, że wezwaniem z dnia 20 listopada 2019 r., Zamawiający wezwał Odwołującego również do wyjaśnienia, czy wszystkie zadania, w realizacji których brał udział

J. M. (predestynowany do roli kierownika robót elektrycznych) wskazane w pkt 3 tiret pierwsze Formularza Ofertowego obejmowały roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowanie sieci trakcyjnej o długości odcinka min. 1000 m dla każdej roboty budowlanej.

Na powyższe wątpliwości Odwołujący pismem z dnia 25 listopada 2019 r. wyjaśnił, że wszystkie zadania, w których realizacji brał udział J. M. obejmowały przebudowę sieci trakcyjnej o długości odcinka min. 1000m dla każdej roboty budowlanej.

Odwołujący był przekonany, że rozwiął wątpliwości Zamawiającego jednoznacznie potwierdzając okoliczność, o którą został zapytany.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że wskazał precyzyjne nazwy projektów, które w treści Formularza Ofertowego zostały przywołane poprzez opis inwestycji.

Zaznaczył również, że obie formy (zarówno opisowe, jak i poprzez nazwę inwestycji) pozostają w pełni zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w SIWZ.

W swoim odwołaniu zaprezentował zestawienie inwestycji wymienionych w Formularzu Ofertowym oraz tych ujęte w treści wyjaśnień, twierdząc, że są to te same inwestycje, a zatem stanowisko Zamawiającego jest nieuzasadnione. Zaprzeczył, że zmienił ofertę, a odjęcie punktów uznał za wadliwe na etapie oceny ofert.

Pismem z dnia 3 lutego 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego - Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Warszawskich, KZN Rail Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, N. Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zwani dalej Przystępującym, a wykonawca Przedsiębiorstwo Inżynierskich Robót Kolejowych TOR-KRAK sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłosił takie swoje przystąpienie po stronie Odwołującego.

Pismem z dnia 11 lutego 2020r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Jednocześnie, pismem z dnia 10 lutego 2020 r. Przystępujący wnosił o odrzucenie

odwołania w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 31d ustawy Pzp, jako zarzutu spóźnionego i oddalenie odwołania w zakresie pozostałych zarzutów - jako bezzasadnych; ewentualnie o oddalenie odwołania w całości - jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców z dnia 25 września 2019 r., oferty Odwołującego i Przystępującego, a także dokumentu JEDZ Odwołującego i Przystępującego, polecenia służbowego nr 110/2019 z dnia 16 sierpnia 2019 r., wezwania Przystępującego przez Zamawiającego z dnia 20 listopada 2019 r. na zasadzie art.24 ust.10 w związku z art.24 ust.1 pkt 19 ustawy Pzp do wykazania, że udział M. M. nie doprowadził do zakłócenia konkurencji, korespondencji mailowej pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym z dnia 4 grudnia 2019 r., odpowiedzi Przystępującego na powyższe wezwanie Zamawiającego z dnia 4 grudnia 2019 r., pisma Zamawiającego z dnia 20 grudnia 2019 r., poświadczenia wykonania robót budowlanych z dnia 20 czerwca 2016 r. Wiceprezydenta Miasta Elbląga, wezwania Przystępującego z dnia 10 stycznia 2020 r. do wyjaśnienia powyższego poświadczenia, odpowiedzi na powyższe wezwanie z dnia 16 stycznia 2020 r. wraz z pismem z dnia 14 stycznia 2020 r. Urzędu Miejskiego w Elblągu, wezwania Odwołującego przez Zamawiającego z dnia 20 listopada 2019 r. na zasadzie art.26 ust.3 ustawy Pzp w zakresie uprawnień budowlanych K. M. i J. M., odpowiedzi Odwołującego na to wezwanie z dnia 25 listopada 2019 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 10 lutego 2020 r. wraz załącznikami, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 11 lutego 2020 r. wraz z załącznikami, jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień i dowodów Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art.22 ust.1a, art.24 ust.1 pkt 19 w związku z art.24 ust.10, art.24 ust.1 pkt 16 i 17, art.26 ust.4, art.31d, art. 91 ust.1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający przeprowadził przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w warunkach powodujących zakłócenie konkurencji, a związku z tym czy był on zobowiązany do wykluczenia Przystępującego z przedmiotowego przetargu z tego powodu, że podmiot z nim związany brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego spóźnienia złożenia przez Przystępującego wyjaśnień dot. okoliczności udziału M. M. skierowanego do realizacji zamówienia jako głównego projektanta podczas, gdy osoba ta brała udział w przygotowaniu dokumentacji projektowej - tom V SIWZ Zamawiającego i ta sytuacja doprowadziła do zakłócenia konkurencji, to jest zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art.24 ust.1 pkt 19 ustawy Pzp, Izba uznała go za bezzasadny.

W zakresie koniecznym do rozpoznania tego zarzutu Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 20 listopada 2019 r. wezwał Przystępującego na zasadzie art.24 ust.10 w związku z art.24 ust.1 pkt 19 ustawy Pzp do wykazania, że udział M. M. nie doprowadził do zakłócenia konkurencji, jako, że dokumentacja projektowa znajdująca się w Tomie V SIWZ była sporządzona przez tę osobę.

Przy czym Zamawiający wyznaczył wykonawcy termin udzielenia odpowiedzi w tej materii do dnia 25 listopada 2019 r. włącznie.

Z akt sprawy odwoławczej wynika, że Przystępujący z powodu problemów technicznych ze skrzynką mail dopiero w dniu 4 grudnia 2019 r. powziął wiadomość o tym piśmie, wnosząc o udzielenie mu dodatkowego terminu do dnia 6 grudnia 2019 r., na co Zamawiający wyraził zgodę.

Natomiast, dowód Przystępującego ze zrzutu z ekranu potwierdził, że sporne wezwanie nie zostało skierowane do niego za pośrednictwem platformy przetargowej wskazanej w SIWZ i nie zostało przekazane na adres mailowy zadeklarowany w jego ofercie.

Dodatkowo, Izba stwierdziła, że w tym nowo wyznaczonym terminie została udzielona odpowiedź Zamawiającemu.

Na rozprawie zarówno Zamawiający, jak i Odwołujący powyższych okoliczności nie zakwestionowali i nie przeprowadzili jakiegokolwiek przeciwdowodu na fakty przeczące powyższym ustaleniom.

Jednocześnie w swoim odwołaniu w pkt 8 na stronie 7 odwołania sam Odwołujący przyznał, że ma świadomość możliwości zaistnienia potencjalnych problemów związanych z prowadzeniem korespondencji, które są skutkiem elektronicznej komunikacji zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższy stan rzeczy, Izba nie mogła uznać za słuszne stanowiska Odwołującego o uznaniu, że rzekomo powstałe opóźnienie w przekazaniu odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego może prowadzić do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust.1 pkt 19 ustawy Pzp.

Przechodząc do rozpoznania zarzutu bezzasadnego uznania przez Zamawiającego wyjaśnień Przystępującego z dnia 4 grudnia 2019 r. w okolicznościach nie wykazania przez niego, że sytuacja udziału M. M. nie spowodowała zakłócenia konkurencji, a także zarzutu zaniechania Zamawiającego wezwania Przystępującego do wyjaśnienia udziału G. K. w sporządzeniu dokumentacji projektowej, obecnie dedykowanego w zamówieniu jako podwykonawca, Izba uznała te zarzuty za niepotwierdzone.

Izba ustaliła, że G. K. na podstawie umowy z dnia 14 maja 2010 r. wraz z aneksami świadczył usługi projektowe polegające na aktualizacji dokumentacji projektowej wraz z doprojektowaniem części linii tramwajowej z układem zasilania dla inwestycji w zakresie analogicznym jak obecny przedmiot zamówienia.

Jednocześnie, Izba stwierdziła, że M. M. na podstawie umowy z dnia 5 września 2014 r. wraz z aneksami świadczył usługi projektowe stanowiące kontynuację powołanej wyżej umowy.

Dodatkowo, Izba ustaliła, że w pkt 4 rozdziału III Instrukcji dla wykonawców Zamawiający postanowił, że materiały dołączone do Tomu V SIWZ:

- 4.1. Projekt Budowlany opracowany przez Meritum Projekt M. M. (styczeń 2018 rok),
- 4.2. Projekt Wykonawczy opracowany przez konsorcjum firm w składzie: G. K. PROGREG i M.S.M. „Pontex” sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach

nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia poza zakresem wskazanym w Tomie III SIWZ - Programie Funkcjonalno-Użytkowym („PFU”) jako wiążący. Wykonawca otrzymuje te materiały jedynie w celach poglądowych i może je wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko.

Zamawiający postanowił również, że stosownie do pkt 5 rozdziału III Instrukcji dla

wykonawców Wykonawca jest m. in. zobowiązany do optymalizacji projektu budowlanego zgodnie z zasadami określonymi w PFU oraz wykonać pozostałe projekty przewidziane w Umowie, a także uzyskać wszelkie niezbędne decyzje administracyjne. Wykonawca jest uprawniony wykorzystać opracowania projektowe przekazane przez Zamawiającego w celach informacyjnych z wyjątkiem zakresu wiążącego dokumentów określonych w PFU. Przekazane dokumenty w celach informacyjnych nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia poza zakresem wskazanym w PFU jako wiążący. Wykonawca otrzymuje te materiały jedynie w celach poglądowych i może je wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko.

Nadto, ustalono w zakresie wymaganym do rozstrzygnięcia tej sprawy, że Zamawiający w pkt 1.2. Tomu III Program Funkcjonalno-Użytkowy wprowadził postanowienia dotyczące optymalizacji dokumentacji projektowej, zastrzegając, że dokumentacja Projektowa dostarczona przez Zamawiającego (Tom V SIWZ):

- Projekt Budowlany opracowany przez Meritum Projekt M. M. (styczeń 2018 rok)
- Projekt Wykonawczy opracowany przez konsorcjum firm w składzie: G. K. PROGREG i M.S.M. „Pontex” sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia poza zakresem wskazanym w PFU jako wiążący.

Izba dostrzegła również, że w tym Tomie Zamawiający postanowił, że Wykonawca otrzymuje te materiały jedynie w celach poglądowych i może je wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko.

Stwierdzono również, że Zamawiający wyraźnie zastrzegł, że Wykonawca uprawniony jest wykorzystać opracowania projektowe przekazane przez Zamawiającego w celach informacyjnych i wykorzystać je na własne ryzyko. Wykonawca będzie odpowiedzialny zarówno za wykonywane przez siebie opracowania projektowe jak i wykorzystywane przez siebie opracowania projektowe przekazane przez Zamawiającego jak projektant w rozumieniu Prawa budowlanego. Wykonawca jest zobowiązany zapewnić stały nadzór autorski zgodnie z wymogami Prawa budowlanego.

Izba ustaliła również, że na podstawie pkt 2.2. Tomu III Program Funkcjonalno-Użytkowy Zamawiający wraz z PFU udostępnił jako dokumenty wiążące Wykonawcę:

- 1) decyzję z dnia 11 sierpnia 2017 roku o lokalizacji inwestycji celu publicznego nr 65/17/W-CP wydaną przez Prezydenta Miasta Sosnowca
- 2) decyzję z dnia 9 września 2013 roku o lokalizacji inwestycji celu publicznego nr 68/13/W-CP wydaną przez Prezydenta Miasta Sosnowca
- 3) decyzję z dnia 9 września 2013 roku o lokalizacji inwestycji celu publicznego nr 69/13/W-CP wydaną przez Prezydenta Miasta Sosnowca
- 4) decyzję z dnia 24 stycznia 2013 roku o lokalizacji inwestycji celu publicznego nr 6/13/W-cp wydaną przez Prezydenta Miasta Sosnowiec
- 5) decyzję Prezydenta Miasta Katowice z dnia 30 stycznia 2012 roku nr 5/Ś/12 o

środowiskowych uwarunkowaniach („DŚU”)

6) dokumentację geotechniczną warunków gruntowo-wodnych podłoża projektowanego przedłużenia linii tramwajowego nr 15 do osiedla Zagórze w Sosnowcu (wrzesień 2010)

7) pismo Urzędu Miasta Sosnowiec z dnia 23 stycznia 2019 roku nr JRP.7011.35.4.2019.SA wraz z załącznikiem mapowym w zakresie przebiegu projektowanego ciągu pieszo - rowerowego.

Ustalono również, że wśród wiążących dokumentów nie wymieniono dokumentacji projektowej sporządzonej przez G. K. i M. M.

Izba ustaliła również, że sam PFU został autoryzowany przez inne osoby niż G. K. i M. M., natomiast na podstawie polecenia służbowego nr 110/2019 z dnia 16 sierpnia 2019 r. Kierownika Zamawiającego powołano komisję przetargową do przygotowania i przeprowadzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w której składzie nie zostały wskazane osoby G. K. i M. M.

Oceniając powyższy stan faktyczny, w oparciu o powyższy materiał dokumentacyjny, na wstępie wymaga powołania przepis cyt. wyżej art.24 ust.1 pkt 19 ustawy Pzp, w myśl którego, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Dokonując wykładni powyższego przepisu obowiązującego prawa należało przyjąć, że sam udział tych osób w przygotowaniu tego postępowania jest wątpliwy z tego powodu, że osoby te w ogóle nie były upoważnione do podejmowania jakichkolwiek czynności związanych z przygotowaniem tego postępowania, co jednoznacznie wynika z cyt. wyżej polecenia służbowego.

Według zapatrywania Izby - zarówno M. M., jak i G. K. nie wykonywali i nie wykonują również pracy na rzecz Przystępującego w granicach powyższego przepisu, w szczególności nie są zobowiązani do sporządzenia oferty.

Potwierdza to umowa przedwstępna o współpracy z dnia 20 września 2019r. zawarta pomiędzy Przystępującym a Markiem M., która ma charakter warunkowy i jej uruchomienie jest uzależnione od wyniku przetargu (vide: § 1 ust.2 cyt. umowy).

Natomiast, oddanie do bezpośredniej dyspozycji wykonawcy i przekazanie do nieograniczonego wykorzystania doświadczenia i wiedzy (referencji) - w przekonaniu Izby - miało jedynie umożliwić udział Przystępującego w zamówieniu (por. § 1 ust.2 cyt. umowy) i ewentualnie potwierdzić spełnienie przez niego warunku udziału w postępowaniu przetargowym, a nie miało na celu wpływanie na przebieg przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które utrudniałoby konkurencję.

Jeżeli chodzi o umowę przedwstępną z dnia 18 października 2019 r. zawartą pomiędzy KZN Rail sp. z o.o. a P. Ł. K.(o tym samym nazwisku co G. K. - autor spornej części dokumentacji projektowej), Izba potraktowała ją za niezwiązaną z zarzutem odwołania, z uwagi na brak tożsamości osób.

Niezależnie, od powyższego Odwołujący nie udowodnił, że zarówno G. K., jak i M. M. brali udział w udzielaniu odpowiedzi na pytania wykonawców, co mogłoby świadczyć o niedopuszczalnym zakłóceniu konkurencji.

Samo postanowienie, o którym mowa w § 15 umowy z dnia 5 września 2014 r. o zobowiązaniu do nieodpłatnego udzielania odpowiedzi na zadane przez wykonawców pytania podczas opracowywania ofert dotyczy innego zakresu zadania polegającego na wykonaniu opracowania dokumentacji projektowej, a nie wykonania zamówienia w formule zaprojektuj wybuduj.

Poza tym, to postanowienie umowne nie dowodzi, że M. M. faktycznie uczestniczył w udzielaniu odpowiedzi na pytania wykonawców.

Nie uszła również uwadze Izby okoliczność, że Zamawiający ustanowił aż 73 dniowy termin składania ofert, znacznie przekraczający termin określony w przepisie art.43 ust.2 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty

określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Nadto, istotne jest, że Zamawiający udostępnił wszystkie posiadane materiały niezbędne do sporządzenia oferty, a także takie, które mogły mieć charakter pomocniczy i niewiążący, w tym nieaktualną dokumentację projektową, sporządzoną przez M. M. i G. K., której walor jakościowy podważał na rozprawie sam Odwołujący.

Powyższe działania Zamawiającego, łącznie z wezwaniem Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących przesłanek z art.24 ust.1 pkt 19 ustawy Pzp - w opinii Izby - świadczą o tym, że Zamawiający dążył do zagwarantowania transparentności i konkurencyjności przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ostatecznie z zestawienia zaoferowanych wartości prac projektowych wynika, że Odwołujący zadeklarował cenę brutto: 5 313 600,00 zł, zaś Przystępujący cenę brutto nawet wyższą od konkurenta w wysokości 5 392 657,79 zł, co wskazuje, że Odwołujący nie mógł ponieść straty w wysokości około 3 mln zł (vide: protokół z rozprawy) w następstwie zakłócenia konkurencji.

Powyższe porównywalne, rynkowe ceny za wykonanie dokumentacji projektowej potwierdzają ustalenia Izby o zachowaniu przez Zamawiającego konkurencyjności przeprowadzonego postępowania przetargowego.

Rozpoznając kolejny zarzut dotyczący obowiązku Zamawiającego przeprowadzenia procedury wyjaśniającej wobec G. K., Izba stanęła na stanowisku, że jest on oczywiście bezzasadny, a to z tego względu, że osoba ta w ogóle nie występuje jako podmiot, który udostępnia swój zasób (vide: zobowiązanie PROGREG Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, gdzie jednym z reprezentantów jest P. Ł. K., a nie G. K.).

W odniesieniu do zarzutu zaniechania zapewnienia przez Zamawiającego, że udział tych podmiotów w postępowaniu nie zakłóci konkurencji(art.31d ustawy pzp) Izba uznała go za spóźniony, a zatem jako taki nie podlegający rozpoznaniu.

Za podstawę do jego zgłoszenia Odwołujący powołał się czynności Zamawiającego dokonywane na etapie tworzenia SIWZ - odpowiedzi na pytania wykonawców nr 33, 34, 35.

Jeżeli Odwołujący miał zastrzeżenia, co do umieszczenia w SIWZ niewiążącej dokumentacji projektowej, albo oczekiwał od Zamawiającego dodatkowych informacji mających wpływ na sporządzenie oferty powinien na tamtym etapie postępowania skorzystać ze środka ochrony prawnej.

W takiej sytuacji należało przyjąć, że termin do wniesienia środka ochrony prawnej już upłynął.

Zgodnie z art.182 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11.

Nie potwierdził się również zarzut zatajenia informacji o osobach, które brały udział w przygotowaniu postępowania z ramienia Przystępującego (art.24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp), skoro osoby te nie miały umowy na doradztwo z Przystępującym, a zatem nie mógł on

wprowadzić w jakikolwiek sposób Zamawiającego w błąd.

Zdaniem Izby - Odwołujący nie udowodnił przesłanek z przepisu art.24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jeżeli chodzi o zarzut zaniechania wyjaśnienia jakie doświadczenie zdobył Przystępujący na kontrakcie w Elblągu (jaki był jego faktyczny udział), bowiem wykonywał to zamówienie z innym podmiotem Eurovia s.c. Czechy (zarzut naruszenia art.26 ust.4 ustawy Pzp), to zebrane w sprawie dowody potwierdzają, że jako lider Przystępujący wykonał roboty w referencyjnym zakresie.

Izba ustaliła, że okolicznością bezsporną pomiędzy stronami i uczestnikiem była treść pisma z dnia 14 stycznia 2020 r. Urzędu Miejskiego w Elblągu potwierdzającego wykonanie referencyjnej roboty budowlanej przez Przystępującego w konsorcjum z Eurovia s.c. Czechy.

Zgodnie z pkt 24 umowy konsorcjum z dnia 20 marca 2011r. zawartej pomiędzy Przystępującym a Eurovia s.c. Czechy postanowiono, że wszystkie roboty budowlane i/lub związane z przedmiotem Kontraktu wykona lider Konsorcjum. W umowie tej w słowniczku wskazano jako Lidera konsorcjum Eurovia Polska S.A. - Przystępującego.

Odnosząc się do dalszego zastrzeżenia stron tej umowy o ewentualnym nieodpłatnym udostępnieniu Liderowi Konsorcjum wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania robót objętych kontraktem, to - według zapatrywania Izby - nie ma ono większego znaczenia przy bezpośredniej realizacji inwestycji budowlanej przez obu konsorcjantów.

Jeżeli chodzi o wydruk ze strony internetowej Przystępującego, na której znajduje się opis jego doświadczenia i zakresu jego działalności, to informacja tam zawarta ma zbyt ogólny charakter, aby można było przypisać mu jedynie doświadczenie w branży drogowej.

W ulotce tej jest mowa również o realizacjach przez Przystępującego na rzecz rozwoju infrastruktury kolejowej.

Nie są zatem prawdziwe twierdzenia Odwołującego, że jego konkurent w ogóle nie działa w branży kolejowej.

Izba za nieprzydatny do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy uznała dowód Odwołującego z wykazu robót wykonywanych na 20 kontraktach przez Przystępującego wraz z 20 referencjami wystawionymi przez poszczególnych Zamawiających dla Przystępującego, bowiem inwestycje te były realizowane w okresie poprzedzającym zamówienie wykonywane w Elblągu w latach 2011 - 2014 i nie mogą one jedynie w trzech przypadkach przesądzać o zakresie wykonywanych przez Przystępującego robót na późniejszym kontrakcie.

W odniesieniu do zarzutu niezasadnego przyznania Przystępującemu punktów z tytułu doświadczenia kierownika robót elektrycznych w przypadku korzystania z zasobu podmiotu trzeciego, to jest błędnego zastosowania przepisu art.22a ust.1 ustawy Pzp, Izba

uznała za prawnie dopuszczalne dodatkowe punktowanie w kryterium oceny ofert personelu, który będzie wykonywał roboty budowlane w ramach podwykonawstwa.

Przepis na który powołuje się Odwołujący dotyczy udziału osób trzecich w wykonaniu przedmiotu zamówienia, natomiast ocena w kryterium oceny ofert wynika z przepisów art.91 ust.1 i nast. ustawy Pzp

Izba nie podzieliła również argumentacji Odwołującego dotyczącej zarzutu wadliwej oceny jego oferty w zakresie kierownika budowy oraz robót elektrycznych, tj. naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.91 ust.1 ustawy Pzp, bowiem deklaracje dotyczące tych osób znajdujące się bezpośrednio w ofercie nie mogą podlegać jakimkolwiek zmianom.

Izba ustaliła w zakresie koniecznym do rozstrzygnięcia sprawy, że stosownie do pkt 5.3.1 oraz 5.3.3 rozdziału XIV IDW w zakresie kryterium oceny ofert Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykazał dodatkowe doświadczenie osób wskazanych do realizacji zamówienia dla kierownika budowy i kierownika robót elektrycznych. Zgodnie z tym kryterium wykonawca mógł otrzymać dodatkowe punkty jeżeli wykazał odpowiednio, że osoba wyznaczona do realizacji zamówienia, posiadająca uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert kierowała na stanowisku Kierownika budowy lub Kierownika robót drogowych lub Kierownika robót kolejowych lub Kierownika robót torowych, robotami budowlanymi polegającymi na budowie lub przebudowie trasy tramwajowej / tras tramwajowych lub trasy kolejowej / tras kolejowych o długości min. 1 km toru pojedynczego oraz jeżeli osoba wyznaczona do realizacji zamówienia na stanowisku kierownika robót elektrycznych posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert kierowała jako Kierownik Budowy lub Kierownik robót elektrycznych lub Kierownik robót elektroenergetycznych więcej niż dwoma robotami budowlanymi obejmującymi budowę lub przebudowę sieci trakcyjnej o długości odcinka min. 1000 m dla każdej roboty budowlanej.

Izba stwierdziła również, że w swojej ofercie Odwołujący w celu uzyskania dodatkowych punktów w kryterium zadeklarował osobę K. M. oświadczając, iż posiada on uprawnienia budowlane bez ograniczeń nr SWK/0071/OWOKol/13 z dnia 01.07.2013r. oraz wskazał na jego doświadczenie przy realizacji następujących zadań:

- a. „Zaprojektowanie i wykonanie modernizacji linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II, odcinek Warszawa Zachodnia - Skierniewice, w ramach Projektu POliŚ 7.1 - 24.1 „Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II, Lot A - odcinek Warszawa Zachodnia - Miedniewice (Skierniewice),
- b. „Przebudowę układu torowego na przystanku osobowym Gdańsk Oliwa”,
- c. „Realizację linii kolejowej Nr 131 Chorzów Batory - Tczew, odcinek Bydgoszcz Główna - Zduńska Wola - Chorzów Batory” dla części obejmującej wykonanie robót w torze nr 1 i 2 na szlaku Zaryń - Piotrków Kujawski i stacjach: Lipie Góry, Chełmce, Piotrków Kujawski”,
- d. „Przebudowę układu torowego polegająca na pojedynczej wymianie szyn R 65 typu 60 E1 na odcinku 16,328 km oraz szyn R 65 na odcinku 0,900 km wraz z wykonaniem spawów termicznych metodą SoWoS, ustawieniem punktów stałych i wykonaniem metryki toru bezстыkowego dla 8,085 km toru”,
- e. „Rewitalizację linii kolejowej nr 171 na odcinku posterunek odgałęźny Kozioł - posterunek bocznicy Juliusz w ramach projektu inwestycyjnego pn.: „Prace na południowo - wschodniej obwodnicy GOP wraz z przyległymi odcinkami”.

Z powyższego wynika, że Odwołujący w swojej ofercie nie wskazał rodzaju uprawnień K. M., co nie uszło uwadze Zamawiającego, który wezwał Odwołującego pismem z dnia 20 listopada 2019 r. do wyjaśnienia, czy ta osoba wskazana jako osoba delegowana do pełnienia funkcji kierownika budowy posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej drogowej bez ograniczeń zgodnie z

wymaganiami określonymi w rozdziale V pkt II ppkt 2 lit b tiret trzecie i w rozdziale XIV pkt 5.3.1 SIWZ.

Pismem z dnia 25 listopada 2019 r. stanowiącym odpowiedź na powyższe wezwanie Zamawiającego Odwołujący wyjaśnił, iż osoba ta posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności kolejowej, o numerze SWK/0071/OWOKol/13 z dnia 01.07.2013r.

Według Izby - powyższe wyjaśnienia nie czyniły zadość powołanym wyżej postanowieniom SIWZ odnoszącym się do możliwości przyznania dodatkowej punktacji w kryterium oceny ofert.

Izba nie znalazła uzasadnienia do dokonywania wykładni funkcjonalnej spornych uprawnień, skoro ich znaczenie wynika z literalnego brzmienia powołanych wyżej postanowień SIWZ.

Takie podejście oznaczałoby naruszenie zasady równości i konkurencyjności opisanej w art.7 ustawy Pzp.

Oceniając ofertę Odwołującego w zakresie doświadczenia J. M., gdzie Odwołujący zadeklarował:

- a. Wymianę sieci trakcyjnej na linii kolejowej nr 141 w ramach naprawy szkód górniczych,
- b. Wymianę trakcji i słupów trakcyjnych w ramach naprawy szkód górniczych na linii kolejowej nr 657,
- c. Wymianę trakcji i bramek słupów trakcyjnych w ramach naprawy szkód górniczych na linii kolejowej nr 171,
- d. Naprawę i regulację sieci trakcyjnej na uszkodzeniach na liniach kolejowych nr 138 oraz 171,
- e. Wymianę kompleksową sieci trakcyjnej na linii kolejowej nr 171 Dąbrowa Górnicza Towarowa - post. odg. Panewnik, tor nr 1 i nr 2, Izba uznała, że po jego wyjaśnieniach brak było podstaw do przyznania dodatkowej punktacji w sposób przez niego wnioskowany.

Zważywszy, że na tle powyższego wskazywanego doświadczenia Zamawiający miał wątpliwości wezwał on Odwołującego w piśmie z dnia 20 listopada 2019 r. do uzupełnienia formularza JEDZ oraz złożenia wyjaśnień.

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący pismem z dnia 25 listopada 2019 r. udzielił wyjaśnień, iż wszystkie zadania, w których realizacji brał udział J. M. obejmowały przebudowę sieci trakcyjnej o długości odcinka min. 1000m dla każdej roboty budowlanej.

Izba stwierdziła, że na potwierdzenie spełnienia warunków w kryterium oceny ofert Odwołujący wyspecyfikował następujące zadania:

- a. „Prace na linii kolejowej PKP PLK S.A. nr 141 relacji Katowice Ligota - Gliwice w km 8,060 - 10,900 związane z naprawą szkód wyrządzonych ruchem zakładu górniczego”,
- b. „Prace na linii kolejowej PKP PLK S.A. nr 657 związane z naprawą szkód górniczych dla potrzeb kopalni „Wirek”,
- c. „Wykonanie rewitalizacji linii kolejowej nr 171 na odcinku posterunek odgałęźny Kozioł - posterunek bocznicowy Juliusz w ramach projektu inwestycyjnego pn. „Prace na

południowoschodniej obwodnicy GOP wraz z przyległymi odcinkami”,

d. „Naprawę uszkodzeń na torach PKP PLK S.A. linii nr 171 Dąbrowa Górnicza - Panewnik w km 17,000 - 18,500 tor nr 1 i tor nr 2 dla SRK S.A. Oddział KWK „Kazimierz Juliusz”,

e. „Rektyfikację niwelety linii kolejowej nr 171 Dąbrowa Górnicza Towarowa - Panewnik w km 32,200 - 34,200 oraz związanego z nią wiaduktu w km 33,583 nad ul. Szopienicką i wiaduktu nad magistralą piaskową kopalni piasku „Maczki Bór” w świetle projektowanej przez KWK „Wieczorek” eksploatacji górniczej”.

Ustalono również, że w złożonym formularzu JEDZ zgodnie z powyższym wezwaniem Zamawiającego zostały wskazane następujące wykonania dokonane przez J. M. dla wykazania powyższego warunku:

a. Wymianę sieci trakcyjnej na linii kolejowej nr 141 w ramach naprawy szkód górniczych,

b. Wymianę trakcji i słupów trakcyjnych w ramach naprawy szkód górniczych na linii kolejowej nr 657,

c. Wymianę trakcji i bramek słupów trakcyjnych w ramach naprawy szkód górniczych na linii kolejowej nr 171,

d. Naprawę i regulację sieci trakcyjnej na uszkodach na linii kolejowej nr 171,

e. Wymianę kompleksowej sieci trakcyjnej na linii kolejowej nr 171 Dąbrowa Górnicza Towarowa - post. odg. Panewnik, tor nr 1 i nr 2.

Z zestawienia powyższych zadań wynika, że Odwołujący dokonał zmiany w treści formularza ofertowego, a zatem zaliczenie tych nowych doświadczeń na poczet punktacji w kryterium oceny ofert oznaczałoby naruszenie przez Zamawiającego przepisu art.87 ust.1 zd. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Wobec tego Izba uznała, że Zamawiający dokonał prawidłowej oceny ofert, czym nie uchybił treści art.91 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....