Sygn. akt: KIO 392/21

WYROK
z dnia 22 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Beata Konik
Marek Koleśnikow
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 marca 2021 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **8 lutego 2021 roku** przez wykonawcę Odwołującego - **wykonawcę SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre, Francja**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego**: PKP Polskie Linie Kolejowe Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, w imieniu której jednostką prowadzącą postępowanie jest: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski z siedzibą we Wrocławiu**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

1)Multiconsult Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie;

2)MGGP Spółki Akcyjnej z siedzibą w Tarnowie

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre, Francja i:**

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre, Francja** tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od **Odwołującego - SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre, Francja**a rzecz **Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, w imieniu której jednostką prowadzącą postępowanie jest: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski z siedzibą we Wrocławiu** kwotę **625 zł 75 gr** (słownie: sześciuset dwudziestu pięciu złotych 75/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę do Izby oraz uiszczonej opłaty skarbowej od złożonych pełnomocnictw.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) na niniejszy wyrok -
w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:
……
Członkowie:
……...
……

Sygn. akt KIO 392/21

UZASADNIENIE

Dnia 8 lutego 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa Pzp2019"), odwołanie złożył wykonawca SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre, Francja, dalej jako „Odwołujący".

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,
w imieniu której jednostką prowadzącą postępowanie jest: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski z siedzibą we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *Pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach projektu POIiŚ 5.1-14 pn.: „Prace na linii kolejowej C-E 65 na odc. Chorzów Batory - Tarnowskie Góry - Karsznice - Inowrocław - Bydgoszcz - Maksymilianowo" dla zadań inwestycyjnych pn.:*
a)LOT C - Prace na liniach kolejowych nr 131, 686, 687, 704 na odcinku Kalina (km 66,800) - Rusiec Łódzki (km 137,500),
b)LOT D - Prace na liniach kolejowych nr 131, 542, 739 na odcinku Rusiec Łódzki (km 137,500) - Zduńska Wola Karsznice (km 170,212)".
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 2 lutego 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 023-049623.

Na podstawie art. 90 ust. 1 przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) do postępowań
o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych
i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe
[tj. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.]. Jednakże zgodnie z art. 92 ust. 2 przepisów wprowadzających, do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1
[tj. ustawy z dnia 11 września 2019 r.]. Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący jako podstawę wniesienia odwołania wskazał przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych
z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), niemniej jednak zgodnie z art. 90 ust. 1 przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień publicznych z dnia
11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) zarzuty sformułował przyjmując za podstawę przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), dalej „Pzp".

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:
1).art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp w zw. z art. 22a ust. 1 Pzp
w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez jego bezzasadne zastosowanie i wykluczenie
z postępowania Odwołującego, pomimo iż w sposób prawidłowy wykazał On spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej - pkt 8.6.1 IDW, w szczególności podmiot trzeci udostępniający Odwołującemu zasoby - IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U. z siedzibą w Bilbao (dalej: "IDOM") nabył doświadczenie w odpowiednim zakresie, aby udostępnić je Odwołującemu, doświadczenie tego podmiotu dotyczyło zakresu zgodnego ze sformułowanym w postępowaniu warunkiem, tj. przebudowy, jak również usługi wskazane jako doświadczenie własne SAFEGE także spełniają warunek postawiony w SIWZ i powinny zostać wzięte przez Zamawiającego pod uwagę jako potwierdzające przez Odwołującego posiadanie odpowiedniego doświadczenia;
2).art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp w zw. z art. 22a ust. 1 Pzp
w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo
iż przedłożone zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów na potwierdzenie spełniania warunku z pkt 8.6.1 IDW jest prawidłowe;
3).art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp w zw. z art. 22a ust. 1 i 6 pkt 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wykluczenie Odwołującego i bezzasadne uznanie, że Odwołujący nie był uprawniony do zastąpienia uprzednio wskazanego podmiotu trzeciego innym podmiotem, mimo iż takie uprawnienie wynika wprost z przepisu ustawy;
4).art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez nieuprawnione wykluczenie SAFEGE z postępowania mimo, iż nie zostały spełnione przesłanki do zastosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp - Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd co do informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej - pkt 8.6.1 IDW.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1).unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
2).powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu;
3).wybór oferty SAFEGE jako najkorzystniejszej.

Zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania zostało przesłane Odwołującemu via e-mail w dniu 27 stycznia 2020 r. Odwołanie wniesione zostało z zachowaniem terminu ustawowego. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

Odwołujący podkreślił, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż jest Wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, który został wezwany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, a zatem którego oferta została oceniona najwyżej spośród wszystkich wykonawców. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania nie ma uzasadnienia tak faktycznego, jak
i prawnego, gdyż Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
a wszystkie przedstawione Zamawiającemu informacje są rzetelne i zgodne
z rzeczywistością. Objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu uzyskania zamówienia publicznego.

I.Zarzut dotyczący spełniania warunku udziału w postępowaniu - doświadczenie podmiotu trzeciego IDOM

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 8.6.1 IDW Zamawiający w celu wykazania przez wykonawców spełniania warunku udziału w postępowaniu
w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wymagał następującego doświadczenia:
„(...) wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę należytego wykonania, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), co najmniej 2 (dwóch) usług polegających na zarządzaniu inwestycją i sprawowaniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie budowy lub przebudowy linii kolejowych, obejmujących budowę lub przebudowę co najmniej jednego szlaku o dł. min. 10 km na zelektryfikowanej dwutorowej linii kolejowej i jednej stacji kolejowej wyposażonej w co najmniej 2 tory główne zasadnicze oraz 1 tor główny dodatkowy, wyposażoną w trzy krawędzie peronowe na zelektryfikowanej linii kolejowej każdy, których łączna wartość zakończonych lub odebranych świadectwem przejęcia (protokołem odbioru końcowego) robót wynosi co najmniej 250 000 000,00 PLN brutto dla każdej inwestycji.
Jako wykonanie usługi należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia) lub zakończenia realizacji umowy na świadczenie usług nadzoru jeżeli zakończenie realizacji umowy nastąpiło wcześniej niż wystawienie Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), protokołu odbioru całości robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia)."

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że w pkt 9.7.1 IDW i 9.7.2 IDW Zamawiający wskazał, jakie dokumenty wykonawca powinien złożyć w celu potwierdzenia spełniania warunku na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp:
„9.7.1 wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane (sporządzony wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 6 do IDW),
9.7.2 dowody określające czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami,
o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane"

W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp Odwołujący przedłożył wykaz wykonanych usług, w którym wskazał następujące doświadczenie:
a.w realizacji usług nadzoru w ramach projektu *„Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II"*LOT A - Odcinek Warszawa Zachodnia - Miedniewice (Skierniewice)
(Nr POIiŚ 7.1-7.24.1), LOT C - Pozostałe roboty POIiŚ 7.1-24.3 Kontrakt realizowany zgodnie z warunkam kontraktowymi FIDIC - doświadczenie własne Safege,
b.*„Nadzór oraz pełnienie funkcji inżyniera dla projektu POIiŚ 7.1-79 Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 272 na odcinku Kluczbork – Ostrzeszów".* Kontrakt realizowany zgodnie z warunkami kontraktowymi FIDIC - doświadczenie podmiotu trzeciego Ekocentrum sp. z o.o.

W dniu 4 stycznia 2021 r. Odwołujący otrzymał wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający zwrócił uwagę, że w treści warunku udziału w postępowaniu wymagał wykazania doświadczenia w realizacji co najmniej dwóch usług o określonym zakresie, natomiast w złożonym wykazie żaden z podmiotów nie

legitymuje się samodzielnie dwoma zamówieniami spełniającymi wymagania opisane w pkt 8.6.1 IDW.

Jak wyjaśnił Odwołujący w odpowiedzi na to wezwanie, na podstawie art. 22a ust. 6 pkt 1 Pzp, dokonał zmiany podmiotu trzeciego z Ekocentrum sp. z o.o. na IDOM oraz uzupełnił nowy wykaz wykonanych usług, w którym wskazano dwie usługi zrealizowane przez SAFEGE oraz dwie usługi wykonane przez IDOM. Wśród usług wykonanych przez IDOM znalazło się następujące doświadczenie zakwestionowane przez Zamawiającego:

„Nadzór oraz pełnienie funkcji Inżyniera w ramach projektu "Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 143 na odcinku Kalety - Kluczbork" - Projekt współfinansowany ze środków unijnych w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko".

W odniesieniu do doświadczenia Zamawiający w informacji o wykluczeniu wskazał, że według jego wiedzy powyższe zamówienie było realizowane w ramach Konsorcjum ECM i IDOM, a z ramienia IDOM jako członka konsorcjum uczestniczył w sposób dający się zweryfikować jedynie inspektor ds. przeglądu dokumentacji i tylko w takim zakresie podmiot ten może przypisać sobie doświadczenie. Ponadto, Zamawiający podniósł,
że doświadczenie, którego dotyczy usługa nie odnosi się do budowy lub przebudowy jak było to wymagane w treści warunku.

Zdaniem Odwołującego argumenty Zamawiającego stanowiące podstawę wykluczenia są bezzasadne, gdyż doświadczenie podmiotu trzeciego IDOM zdobyte
w ramach usług Nadzór oraz pełnienie funkcji Inżyniera w ramach projektu "Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 143 na odcinku Kalety - Kluczbork" - Projekt współfinansowany ze środków unijnych w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko" spełnia wymagania opisane w IDW.

Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniem, że IDOM w związku z realizacją usług nadzoru w konsorcjum z ECM nie nabył doświadczenia wymaganego w SIWZ do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Przede wszystkim fakt, że podmiot trzeci IDOM uzyskał wskazywane
w doświadczenie w ramach realizacji usług w konsorcjum z ECM wynika wprost z pisma SAFEGE z dnia 14 stycznia 2021 r. stanowiącego odpowiedź na wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający w informacji o wykluczeniu nie odniósł się do treści złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, a wyłącznie lakonicznie wskazał, że IDOM zapewnił tylko inspektora ds. przeglądu dokumentacji.

Wbrew zarzutom Zamawiającego, że zakres udziału IDOM w wykonaniu usług Nadzoru oraz pełnienia funkcji Inżyniera w ramach projektu był znacznie szerszy
i prawidłowo został opisany w piśmie SAFEGE z dnia 14 stycznia 2021 r. Zgodnie
z informacjami przekazanymi Zamawiającemu w piśmie:

„W postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego, wskutek którego Konsorcjum ECM-IDOM zawarło umowę na realizację Projektu, Konsorcjum ECM-IDOM bazowało w zasadzie tylko na posiadanej przez IDOM wiedzy oraz doświadczeniu zdobytym przez IDOM przy realizacji wcześniejszych zadań. Konsorcjum ECM-IDOM w złożonej przez siebie ofercie powoływało się na doświadczenie IDOM (udokumentowane referencjami) w wykonaniu zamówienia polegającego na świadczeniu usługi nadzoru i zarządzania nad robotami budowlanymi w zakresie budowy dwóch odcinków linii kolejowej dużych prędkości w ramach projektu pn. „Nowy korytarz północ - północny wschód linii dużych prędkości, oś Ourense - Santiago, pododcinki: Lali (Anzo) - Silleda (Carboeiro) i Boqueixon – Santiago. Podkreślić trzeba, że oprócz zadań realizowanych bezpośrednio, IDOM w czasie realizacji Projektu wspomagał swoim doświadczeniem zdobytym w realizacji wcześniejszych projektów
o podobnym zakresie, personel udostępniony przez ECM, w szczególności w zakresie przygotowania i zarządzania projektem. Personel ECM nie posiadał wcześniej doświadczenia w realizacji podobnych inwestycji. IDOM był więc odpowiedzialny za realizację całości Projektu oraz odpowiadał za prawidłowość realizowanych prac przez całość personelu kluczowego oraz personelu niekluczowego. Obowiązki IDOM obejmowały między innymi zarządzanie całą inwestycją, nadzór inwestorski, wsparcie ekspertów czy zapewnienie dodatkowego wsparcia technicznego i merytorycznego. Nie ulega więc wątpliwości, że to IDOM był odpowiedzialny za faktyczną oraz merytoryczną realizację Projektu na bazie zdobytej wiedzy i doświadczenia, przez co rozszerzył doświadczenie
i utrwalił swoją wiedzę poprzez wykonanie usługi polegającej na zarządzaniu inwestycją
i sprawowaniu nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie budowy lub przebudowy linii kolejowych, obejmujących budowę lub przebudowę co najmniej jednego szlaku o dł. min. 10 km na zelektryfikowanej dwutorowej linii kolejowej i jednej stacji kolejowej wyposażonej w co najmniej 2 tory główne zasadnicze oraz 1 tor główny dodatkowy, wyposażoną w trzy krawędzie peronowe na zelektryfikowanej linii kolejowej każdy, których łączna wartość zakończonych lub odebranych świadectwem przejęcia (protokołem odbioru końcowego) robót wynosi co najmniej 250 000 000,00 PLN brutto, tj. zgodnie z wymogiem punktu 8.6.1. SIWZ."

Z przedstawionych informacji jednoznacznie wynika, że zakres udziału IDOM
w realizacji zamówienia był istotny i obejmował nadzór inwestorski nad realizacją inwestycji
o zakresie opisanym w IDW. IDOM w sposób aktywny i bezpośredni brał udział w realizacji zamówienia w związku z czym, zakres jego prac nie może być sprowadzany do zapewnienia wyłącznie jednej osoby. Stanowczego podkreślenia wymaga fakt, że wykonanie referencyjnego zamówienia bez IDOM byłoby niemożliwe z uwagi na okoliczność, że konsorcjum ECM-IDOM bazowało na wiedzy i doświadczeniu IDOM.

Słuszność argumentacji Odwołującego znajduje potwierdzenie w obowiązującym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 2 Lipca 2019 r. KIO 1082/19: *„ze stanowiska TS [z wyroku w sprawie Esaprojekt - przyp. autora] nie wynika zatem, jak chciałby odwołujący, możliwość powołania doświadczenia wyłącznie w zakresie prac osobiście wykonanych przez członka konsorcjum. Wymagany jest natomiast osobisty i bezpośredni udział w wykonaniu co najmniej części zamówienia (vide pkt 62 i 63 orzeczenia C- 387/14). Oznacza to, że możliwość powołania się przez wykonawcę na doświadczenie uzyskane w ramach konsorcjum należy oceniać indywidualnie, mając na względzie indywidualne okoliczności danego przypadku."* Odwołujący przywołał również tezy z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 października 2019 r. sygn. akt XXIII Ga 157/19,

Zamawiający dokonał wąskiej weryfikacji stanu faktycznego i uznał, że skoro jeden
z inspektorów był zgłoszony z ramienia IDOM, to pozostałą część zamówienia realizował ECM. Takie postępowanie nie znajduje potwierdzenia w rzeczywistości oraz w powołanym powyżej orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zaznaczył, że zakres udziału IDOM jako członka konsorcjum na zadaniu był przedmiotem analizy Zamawiającego w postępowaniu na „Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad opracowaniem projektów wykonawczych
i wykonaniem robót budowlanych w ramach projektu pn.: „Rewitalizacja i odbudowa częściowo nieczynnej linii kolejowej

nr 182 Tarnowskie Góry – Zawiercie" realizowanego w ramach POIiŚ 2014-2020". Zamawiający wezwał wówczas wykonawcę (Konsorcjum BBF
sp. z o.o., IDOM Inżyniera, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. oraz IDOM Consulting, Engineering, Architecture S.A.U. do udzielenia wyjaśnień w zakresie, wskazując, że IDOM jako członek konsorcjum z ECM udostępnił jedynie inspektora ds. przeglądu dokumentacji. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca wyjaśnił, analogicznie jak SAFEGE, jaki był rzeczywisty udział IDOM w zarządzaniu inwestycją, a Zamawiający przedmiotowe wyjaśnienia zaakceptował jako prawidłowe. Dodatkowo, w postępowaniu, jeden
z wykonawców wniósł odwołanie kwestionując doświadczenie IDOM nabyte jako członka konsorcjum, Zamawiający wówczas nie uwzględnił odwołania, finalnie zarzut ten został wycofany, a Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie w tym zakresie (sygn. akt KIO 2422/20).

Ponadto, nieprawidłowe jest stwierdzenie przez Zamawiającego, że doświadczenie IDOM nie odnosi się do budowy lub przebudowy, jak było to wymagane w treści warunku,
a wyłącznie do "polepszenia jakości usług przewozowych".

Jak wyjaśnił Odwołujący usługi polegające na nadzorze oraz pełnieniu funkcji Inżyniera w ramach projektu "Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 143 na odcinku Kalety – Kluczbork" - Projekt współfinansowany ze środków unijnych w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura
i Środowisko" dotyczyły robót budowlanych stanowiących przebudowę w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane. Wiedzę w tym zakresie powinien posiadać Zamawiający, na rzecz którego roboty były realizowane. Zamawiający potwierdził, że prace dotyczyły przebudowy w oficjalnych dokumentach, m.in. referencji wystawionej wykonawcy robót, którym było Konsorcjum TORPOL S.A., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o. oraz POZUD T&R S.A., w której jednoznacznie i wprost wskazano, że prace budowlane obejmowały przebudowę.

Nadzorowane roboty obejmowały przebudowę łącznie 67,077 km nawierzchni torowej (jednocześnie w torze nr 1 i nr 2) wraz z siecią trakcyjną i konstrukcjami wsporczymi, podtorzem i odwodnieniem, 74 rozjazdy i 1 wiadukt stalowy. Dodatkowo, przebudowa ta dotyczyła również m. in. stacji kolejowej Kalety wyposażonej w 4 tory główne zasadnicze oraz 4 torów główne dodatkowych oraz wyposażoną w 3 krawędzie peronowe, wraz z siecią trakcyjną i konstrukcjami wsporczymi, podtorzem i odwodnieniem oraz 5 rozjazdów.

Okoliczność, że usługi dotyczyły nadzoru nad robotami polegającymi na przebudowie była przedmiotem weryfikacji i akceptacji Zamawiającego przy analogicznie brzmiącym warunku udziału w postępowaniu na „Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad opracowaniem projektów wykonawczych i wykonaniem robót budowlanych w ramach projektu pn.: „Rewitalizacja i odbudowa częściowo nieczynnej linii kolejowej nr 182 Tarnowskie Góry - Zawiercie" realizowanego w ramach POIiŚ 2014-2020". Zgodnie z pkt 8.5.1 IDW obowiązującego w postępowaniu Zamawiający wymagał wykazaniem się przez wykonawców „co najmniej 2 usługami polegającymi na zarządzaniu inwestycją
i sprawowaniu nadzoru nad projektowaniem i robotami budowlanymi w zakresie budowy lub przebudowy linii kolejowych, obejmujących budowę lub przebudowę co najmniej jednego szlaku na zelektryfikowanej lub elektryfikowanej linii kolejowej". Wówczas Zamawiający nie miał wątpliwości, że usługi nadzoru realizowane przez IDOM w ramach projektu stanowią przebudowę. Zamawiający nie może w odniesieniu do tej samej usługi nadzoru nad robotami, która była realizowana na jego rzecz raz uznawać, że roboty dotyczyły przebudowy a raz, że ich zakres dotyczy tylko przywrócenia stanu pierwotnego.
W postępowaniu, jeden z wykonawców wniósł odwołanie kwestionując charakter robót
w sposób analogiczny jak obecnie czyni to Zamawiający w informacji o wykluczeniu, Zamawiający wówczas nie uwzględnił odwołania, finalnie zarzut ten został wycofany,
a Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie w tym zakresie (sygn. akt KIO 2422/20).

W związku z powyższym, usługi realizowane przez podmiot trzeci udostępniający SAFEGE doświadczenie są prawidłowe i wystarczające do wykazania przez Odwołującego spełniania warunku udziału w postępowaniu postawionego w pkt 8.6.1 IDW.

II.Zobowiązanie IDOM do udostępnienia zasobów

W informacji o wykluczeniu Zamawiający wskazał również, że doświadczenie podmiotu trzeciego IDOM nie może być przedmiotem oceny, gdyż zobowiązanie do udostępnienia zasobów zostało podpisane z datą 14 stycznia 2021 r., a więc po upływie terminu składania ofert.

Stanowisko Zamawiającego nie znajduje potwierdzenia w przepisach Pzp.
W przypadku dokonania zmiany podmiotu trzeciego w trybie art. 22a ust. 6 pkt 1 Pzp, co do zasady przedstawia się zobowiązanie nowego podmiotu trzeciego, innego niż ten, na którego zasobach wykonawca polegał w ofercie. W sprawie postępowanie zostało wszczęte w lutym 2018 r., natomiast termin składania ofert upływał 31 października 2019 r. Trudno uznać, że wykonawca, który korzysta z możliwości przewidzianych w art. 22a ust. 6 pkt 1 Pzp przedstawi w styczniu 2021 r. zobowiązanie do udostępnienia zasobów datowane na dzień 31 października 2019 r. lub wcześniejszy. Z samej istoty przepisu art. 22a ust. 6 pkt 1 Pzp, który przewiduje możliwość zmiany dotychczasowego podmiotu trzeciego na inny wynika, że zmiana ta odbywa się w związku z niespełnieniem warunku udziału
w postępowaniu przez podmiot pierwotnie wskazany w treści oferty, a w konsekwencji, że zmiana ta dokonuje się już po terminie składania ofert. Twierdzenie zatem, że wykonawca powinien złożyć nowe zobowiązanie, nowego podmiotu trzeciego, lecz wystawione przed terminem składania ofert (w tym przypadku sprzed ponad roku) czyniłoby uprawnienie zagwarantowane w art. 22a ust. 6 Pzp iluzorycznym.

Odwołujący podkreślił, że jego stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izy Odwoławczej, która w tożsamym przypadku badania zasadności złożenia dokumentu zobowiązania z datą po terminie składania ofert jednoznacznie uznała, że w przypadku zmiany przez wykonawcę podmiotu trzeciego w tym trybie, udostępnienie wykonawcy odpowiednich zasobów przez nowy podmiot następuje już po upływie terminu składania ofert (wyrok KIO z dnia 9 listopada 2020 r. KIO 2726/20).

W związku z powyższym, brak jest podstaw do kwestionowania dokumentu z uwagi widniejącą na nim datę. Przedmiotowy dokument ma charakter realny, bowiem na podstawie treści zobowiązania IDOM Zamawiający w sposób jednoznaczny może ustalić:
a.jakiego postępowania dotyczy,
b.jakie zasoby podlegają udostępnieniu,
c.jaki jest zakres udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia - podmiot trzeci weźmie bezpośredni udział w wykonaniu zamówienia w charakterze podwykonawcy.

Złożone zobowiązanie jest zatem dokumentem prawidłowym w świetle art. 22a ust.
1-3 i 6 Pzp.

III.Możliwość dokonania zmiany podmiotu trzeciego

Z informacji o wykluczeniu Odwołującego wynika również, że Zamawiający uznał, iż zastąpienie podmiotu trzeciego Ekocentrum na IDOM było nieuprawnione w świetle art. 63 ust. 1 zdanie 4 dyrektywy 2014/24/UE, który upoważnia do zastąpienia podmiotu trzeciego wyłącznie przez wykonawcę.

Zgodnie z art. 22a ust. 6: *„jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:*
1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1".

Przepis art. 22a ust. 6 pkt 1 Pzp wyraźnie daje wykonawcom możliwość zastąpienia podmiotu trzeciego pierwotnie wskazanego w ofercie nowym podmiotem trzecim lub podmiotami na etapie oceny ofert. Art. 63 Dyrektywy 2014/24/UE został zaimplementowany do prawa krajowego jako art. 22a ust. 6 Pzp. Skoro ustawodawca dopuścił wprost sytuację, w której możliwa jest zmiana podmiotu trzeciego to nieprawidłowe są twierdzenia, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu. Nie sposób uznać, że działanie przez SAFEGE zgodnie z uprawnieniami wynikającymi z art. 22a ust. 6 Pzp, a więc zgodnie z obowiązującym prawem, może być podstawą wykluczenia.

Stanowisko Zamawiającego nie znajduje oparcia w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, np. wyrok KIO z dnia 7 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2153/19; wyrok KIO
z dnia 6 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 603/20; wyrok KIO z dnia 18 listopada 2020 r., sygn. akt 2517/20.

Twierdzenia Zamawiającego o braku możliwości zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem nie znajdują również jakiegokolwiek potwierdzenia w jego dotychczasowych działaniach podejmowanych w postępowaniu. Zgodnie z treścią skierowanego do SAFEGE wezwania z dnia 4 stycznia 2021 r. do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp:
„W nawiązaniu do powyższego Zamawiający z uwagi na obligatoryjny charakter normy art. 26 ust 3 ustawy pzp zwraca się do Wykonawcy o uzupełnienie Wykazu usług wraz
z jednoczesnym przedstawieniem dokumentów potwierdzających fakt należytego wykonania usług w nim wskazanych - przy czym zgodnie z art. 22a ust. 6 Pzp jeśli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału
w postępowaniu zamawiający żąda aby wykonawca:
•Zastąpił podmiot innym podmiotem lub podmiotami
•Zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia jeśli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe"

Wykonawca SAFEGE dostosował się do treści wezwania Zamawiającego, który taką możliwość, zgodnie z przepisem art. 22a ust. 6 pkt 1 Pzp, sam wskazał, a zatem Zamawiający uznając teraz odmienne, wprowadził Wykonawcę w błąd. Wykonawca działał
w zaufaniu do prawidłowości wezwania Zamawiającego.

Co więcej, przed badaniem oferty Odwołującego, Zamawiający w postępowaniu oceniał m.in. ofertę Konsorcjum INKO. Wykonawca ten również dokonał zmiany podmiotu trzeciego w takim zakresie, że oprócz pierwotnie wskazanego w ofercie MP-Mosty w wyniku uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wskazał kolejny podmiot trzeci. Zamawiający w trakcie badania dokumentów Konsorcjum INKO nie dopatrzył się naruszenia przepisów Dyrektywy 2014/24/UE, mimo iż zobowiązanie drugiego z podmiotów trzecich zostało przedstawione przez Konsorcjum INKO dopiero na etapie oceny ofert. Nie może zatem budzić wątpliwości fakt, że Zamawiający w tym samym postępowaniu w sposób odmienny traktuje wykonawców znajdujących się w podobnej sytuacji, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp.

Reasumując, Odwołujący podkreślił, że działanie SAFEGE polegające na skorzystaniu w uprawnień przewidzianych w art. 22a ust. 6 Pzp nie powinno być sankcjonowane wykluczeniem z postępowania.

IV.Doświadczenie Odwołującego

W odpowiedzi na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp Odwołujący przedstawił
w wykazie dwie usługi podmiotu trzeciego IDOM oraz dwie usługi własne. Zgodnie
z informacją o wykluczeniu Zamawiający nie uznał doświadczenia własnego dotyczącego usługi pn. „Nadzór nad robotami budowlanymi na linii 7 Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Warszawa - Otwock - Dęblin - Lublin, Otwock - Lublin w km 26,050 - 175,850 w ramach Projektu POIiŚ 5.1-11.1 pn. "Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Warszawa - Otwock - Dęblin - Lublin, Etap I" Zamówienie częściowe B - wykonanie modernizacji linii kolejowej nr 7 na odcinku Pilawa – Dęblin". Zamawiający odmówił uwzględnienia doświadczenia, gdyż jego realizacja zakończyła się 20 stycznia 2020 r., a więc po terminie składania ofert.

Zdaniem Odwołującego doświadczenie własne przedstawione przez Odwołującego powinno być wzięte przez Zamawiającego pod uwagę przy badaniu oferty. Doświadczenie to zostało przedstawione w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, zgodnie
z którym składane dokumenty powinny być aktualne na dzień ich złożenia, a nie dzień składania ofert. Co istotne, uzupełniony wykaz i referencje zostały złożone przy uwzględnieniu okoliczności korzystania z art. 22a ust. 6 Pzp. Skoro można wskazać w odpowiedzi na wezwanie inny podmiot trzeci (dokonać zmiany doświadczenia na etapie oceny ofert), to można wskazać również nowe doświadczenie własne. W szczególności, że rodzaj i zakres tego doświadczenia, które zostało nabyte przez SAFEGE podczas trwania postępowania odpowiada warunkowi sformułowanemu w pkt 8.6.1 IDW, czego Zamawiający nie kwestionuje. Skoro Odwołujący faktycznie posiada niezbędne doświadczenie odpowiadające sformułowanemu w IDW warunkowi, to należy takie doświadczenie ocenić jako wystarczające do wykazania, że wykonawca posiada zdolności techniczne do wykonania zamówienia.

Za taką interpretacją przemawia nie tylko wykładania literalna przepisu art. 22a ust. 6 Pzp ale też celowościowa. Jeżeli bowiem wykonawca spełniałby warunki udziału
w postępowaniu wcześniej, to nie byłoby potrzeby korzystania z zasobów podmiotu trzeciego - jaki byłyby cel porozumiewania się z takim podmiotem i ponoszenia dodatkowych kosztów z tym związanych? Przepis ten zatem ma na celu dążenie do „pozostania w grze" wykonawcy, który gwarantuje należyte wykonanie zamówienia publicznego. Argumentacja Zamawiającego prowadziłaby do wniosku, iż podmiot, który ma „najświeższe" (najbardziej aktualne i zdobyte przed wyborem oferty najkorzystniejszej) doświadczenie odpowiadające postawionemu warunkowi powinien zostać wykluczony z postępowania.

V.Brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp

Zamawiający w informacji o wykluczeniu wskazał jako podstawę swojego działania art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Zamawiający stwierdził, że został wprowadzony w błąd *"polegający na tym, że Wykonawca w JEDZ złożył oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu".*

Z pisma z dnia 27 stycznia 2021 r. wynika, że złożenie przez Odwołującego oświadczenia w JEDZ stanowi jedyne uzasadnienie dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

Odnosząc się do tak sformułowanej podstawy wykluczenia należy wskazać, że żadna z informacji podanych przez Odwołującego w toku postępowania nie była niezgodna z rzeczywistością. Oświadczenie złożone w JEDZ ma wyłącznie charakter wstępnego potwierdzenia spełniania warunków i braku podstaw do wykluczenia, co wprost wynika z art. 25a ust. 1 pkt 1 Pzp. Weryfikacja doświadczenia wykonawcy odbywa się na podstawie dokumentów uzupełnianych zgodnie z art. 26 ust. 1 - 3 Pzp. SAFEGE przedłożył w toku postępowania dokumenty, z których jednoznacznie wynika, jakie doświadczenie wskazuje na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu - informacje te zostały w sposób szczegółowy opisane w złożonym wykazie usług, referencjach, zobowiązaniu do udostępnienia zasobów oraz w piśmie przewodnim z dnia 14 stycznia 2021 r.

Z informacji o wykluczeniu wynika, że Zamawiający nie kwestionuje rzetelności faktów powołanych w tych dokumentach, a spór dotyczy oceny spełniania warunku w kontekście opisanego w wykazie doświadczenia. Skoro żadna z informacji przestawionych przez Odwołującego w uzupełnionych dokumentach nie została opisana w sposób niezgodny ze stanem faktycznym czy zatajona, to nie można stwierdzić, że Zamawiający został wprowadzony przez SAFEGE w błąd. Czym innym jest bowiem podanie informacji sprzecznej z prawdą (wprowadzenie w błąd), a czym innym jest dokonywanie przez Zamawiającego na podstawie informacji w przedłożonych dokumentach i oświadczeniach oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu - nawet jeśli ta ocena jest negatywna. Innymi słowy, nie jest zasadne ani prawidłowe utożsamianie braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu z zaistnieniem podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp (por. też wyrok KIO z dnia 14 lutego 2020 r. KIO 197/20). Przyjmując stanowisko Zamawiającego w każdym przypadku, gdy wykonawca nie wykaże spełniania warunku udziału w postępowaniu konieczne byłoby wykluczenie takiego podmiotu z postępowania z uwagi na złożenie w treści JEDZ lub w oświadczeniach zawartych formularzu ofertowym ogólnego zapewnienia o spełnianiu wymagań.

Wobec powyższego, nie została spełniona żadna z przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, gdyż Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, wszystkie informacje zostały opisane w sposób rzetelny, co w konsekwencji również oznacza, że nie sposób SAFEGE przypisać "zamierzonego działania" lub "rażącego niedbalstwa" zmierzającego do podania niezgodnych z rzeczywistością informacji. Podkreślono, że Zamawiający nie kwestionuje prawdziwości informacji przekazanych przez SAFEGE w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, a jedyne "wprowadzenie w błąd' upatruje w złożeniu ogólnego oświadczenia w JEDZ. Wszystkie podane przez Odwołującego informacje są natomiast zgodne z prawdą i potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

W związku z powyższą argumentacją, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, ogłoszeniu o zamówieniu, wyjaśnieniach zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego, ofertach, złożonych przez Wykonawców, wyjaśnieniach Wykonawców, odwołaniu, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Jak słusznie zauważono w odwołaniu, w związku z tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej jako „ustawa Pzp" lub „Pzp"), więc stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 ze zm.), do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.

Jednocześnie przepisy ustawy z Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami, dalej jako „Pzp2019") znajdują zastosowanie do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie. Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 roku stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.*

Następnie ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 528 ust. 1 ustawy Pzp2019 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 potencjalnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ustawy Pzp2019. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie Odwołującego z postępowania, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli następujący wykonawcy:

1)MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie;

2)Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3 w związku z art. 22a ust. 1
i ust. 6 pkt 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez wykluczenie Odwołującego
i bezzasadne uznanie, że Odwołujący nie był uprawniony do zastąpienia uprzednio wskazanego podmiotu trzeciego innym podmiotem, pomimo że takie uprawnienie wynika wprost z przepisów ustawy, przy czym Zamawiający zaznaczył, że uwzględnienie nie wpływa na dotychczasową decyzję Zamawiającego, ponieważ kwestia wymiany podmiotu trzeciego po terminie składania ofert była dodatkowym powodem wykluczenia. W pozostałym zakresie Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.
Przystępujący Multiconsult złożył sprzeciw wobec częściowego uwzględnienia, zatem odwołanie w całości podlegało rozpoznaniu.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia i zgromadzony materiał dowodowy, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że odwołanie z uwagi na treść art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp2019 podlegało w całości oddaleniu. Wydając orzeczenie Izba zobowiązana jest stwierdzić, czy naruszenie przepisów ustawy miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Choć niektóre z zarzutów wniesionego środka ochrony prawnej potwierdziły się, to ostatecznie Odwołujący nie podlegał przywróceniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ nie udowodnił i nie wykazał zasadności zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp
z powodu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co ostatecznie oznacza, że Wykonawca ten nie uzyska zamówienia publicznego.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym z istotnym wpływem naruszenia na wynik postępowania mamy do czynienia w sytuacji,
w której uwzględnienie zarzutów zawartych w odwołaniu prowadzi do wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy niż wskazanego w informacji o wyborze.
W postanowieniu SN z dnia 12 lutego 2014 r., sygn. IV CSK 291/13 Sąd stwierdził, że*„Wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w art. 2 pkt 7a p.z.p., a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego lub jako - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowanie postanowień takiej umowy".* Izba powinna w każdym przypadku indywidualnie zbadać
i ocenić, czy orzeczenie o uwzględnieniu odwołania będzie miało wpływ na wynik postępowania (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2003 r., sygn. akt V CK 474/02). Jeśli taki wpływ nie nastąpi, to odwołanie nie może zostać uwzględnione, nawet gdyby podniesione zarzuty częściowo okazały się zasadne.

Zarzut dotyczący spełniania warunku udziału w postępowaniu - doświadczenie podmiotu trzeciego IDOM - zarzut nie potwierdził się.

Rozważania rozpocząć należy od stwierdzenia, że zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (inaczej konsorcjum) stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Oznacza to, że zarówno konsorcjum, jak i każdy z jego członków powinni być traktowani jak wykonawca. Warunki udziału w postępowaniu nie zostały zróżnicowane z uwagi na możliwe konstrukcje prawne (podwykonawca, konsorcjum), w których wykonawca może 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). 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).

Analizując możliwości formułowania warunków wobec konsorcjów konieczne jest odniesienie się łącznie do artykułów 22 oraz 23 ustawy Pzp. Rozważając możliwość określenia 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 wyrol TSUE z dnia4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt*). Trybunał widzi zatem doświadczenie konsorcjanta w postaci czynnego udziału w sprawach 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.

W prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający dokonał szczegółowej analizy realnego udziału Odwołującego przy realizacji zamówienia,
w którym nabył sporne doświadczenie. Wynik tej analizy, który przybrał postać decyzji
o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Izba uważa za prawidłowy. Odwołujący obowiązkom dowodowym nie sprostał, choć kilkukrotnie miał możliwość złożenia wyjaśnień lub przedstawienia dodatkowych dokumentów.

Dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach
z dnia 14 stycznia 2021 roku twierdził, że IDOM był*odpowiedzialny za realizację całości projektu, odpowiadał za prawidłowość realizowanych prac przez całość personelu kluczowego oraz personelu niekluczowego, jego obowiązki obejmowały zarządzenie całą inwestycją, nadzór inwestorski, wsparcie ekspertów czy zapewnienie dodatkowego wsparcia technicznego i merytorycznego*. Zdaniem Odwołującego podmiot trzeci był więc odpowiedzialny za faktyczną i merytoryczną realizację projektu. Po pierwsze, takie twierdzenia są składane jedynie jako oświadczenie własne Odwołującego. Przedstawione tezy nie znajdują oparcia w żadnym z dokumentów źródłowych złożonych Zamawiającemu
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy też przed Izbą w toku postępowania odwoławczego. Zamawiającemu, poza wyjaśnieniami, nie przedstawiono żadnych innych dokumentów. Na rozprawie złożono natomiast wyciąg z umowy konsorcjum (regulującej współpracę podmiotów występujących wspólnie z dnia 15 października 2012 roku między ECM Group Polska S.A. a Ingrnieria IDOM Internacional S.A.). W § 5 złożonej umowy uregulowan obowiązki Lidera i Partnera konsorcjum. Z § 5 ust. 1 wynika, że Lider zarządzał kontraktem, koordynował realizację projektu zgodnie z OPZ, sprawował nadzór inwestorski, zapewniał pomoc formalno-prawną, reprezentował konsorcjum przed zamawiającym, rozliczał kontrakt oraz zapewniał gwarancję należytego wykonania umowy. Natomiast do obowiązków Partnera IDOM należał nadzór inwestorski, zapewnienie wsparcia ekspertów niekluczowych, zapewnienie dodatkowego wsparcia technicznego (§ 5 ust. 2 umowy). Tym samym zakres przedstawiony w wyjaśnieniach nie pokrywa się z zakresem wynikającym z umowy. Obowiązki poszczególnych uczestników konsorcjum uregulowane są w sposób lakoniczny, bardzo ogólnikowy, zwłaszcza obowiązki Partnera Konsorcjum, którym był IDOM. Z umowy nie wynika z pewnością, że IDOM nadzorował projekt, był odpowiedzialny za pracę całego personelu, w tym personelu kluczowego. Nie udowodniono zatem, że podmiot trzeci w sposób faktyczny brał udział w realizacji zamówienia (czyli współuczestniczył) na każdym jego etapie w większym zakresie, niż wynika to z § 5 ust. 2 przedstawionej umowy. Poniekąd zasady podziału obowiązków wynikające z umowy potwierdza złożona przez Zamawiającego na rozprawie korespondencja mailowa
z Kierownikiem Kontraktu. Osoba ta potwierdziła, że Konsorcjant IDOM udostępnił jedną osobę, w charakterze kierownika przeglądu dokumentacji. Choć Odwołujący stanowczo nie zgadzał się z umniejszaniem roli jaką pełnili jego eksperci w projekcie, nie przedstawił innych dokumentów, z których wynikałoby, że miał on znaczny wkład w prace konsorcjum,
co pozwala mu na powoływanie się na całość zdobytego doświadczenia. Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, by jego faktyczny (realny) udział w pracach wykonanych w ramach konsorcjum dla zadania referencyjnego wykroczył poza ramy ustalone przez Zamawiającego.

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.

W przedmiocie udostępnionego doświadczenia mającego potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu zasługiwały na uwzględnienie twierdzenia odwołania odnoszące się do charakteru prac zadania referencyjnego, co jednak nie mogło wpłynąć na kształt sentencji z powodów przedstawionych wcześniej w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia.

Sporna kwestia dotyczy oceny, czy na zadaniu referencyjnym pod nazwą *„Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 143 na odcinku Kalety - Kluczbork" - Projekt współfinansowany ze środków unijnych w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko"*mieliśmy do czynienia z budową lub przebudową (wymogi warunku), czy też z remontem.

Budowa to wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowa, rozbudowa, nadbudowa obiektu budowlanego, o czym stanowi art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane.

Z art. 3 pkt 7a ustawy Prawo budowlane wynika, że rzebudowa to wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego.

Remont to wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym, co wynika z art. 3 pkt 8 ustawy Prawo budowlane.

W ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający i wykonawcy przystępujący po jego stronie nie przedstawili

materiału dowodowego, na podstawie którego ponad wszelką wątpliwość można byłoby stwierdzić, że w ramach zadania referencyjnego wykonywano prace remontowe, nie będące przebudową. Oznacza to, że wszelkie niejasności w tym zakresie świadczą na korzyść wykonawcy Odwołującego.

Podkreślenia wymaga, iż z pewnością wykonawca działać może w zaufaniu do podmiotu publicznego, w tym do oświadczeń płynących z wystawianych przez Zamawiającego referencji. Niewątpliwie Zamawiający, PKP PLK S.A. jest wystawcą referencji dla konsorcjum TORPOL, INTERCOR, POZBUD, jako wykonawców prac budowlanych na zadani wystawionych 21 września 2015 roku. Z referencji tych wynika, że na przywołanym zadaniu w ramach zakresu robót zrealizowano przebudowę nawierzchni torowej wraz z siecią trakcyjną, konstrukcjami wsporczymi, podtorzem i odwodnieniem, rozjazdy, wiadukt stalowy. Referencje wspominają również o remoncie mostów ceglanych, mostów, wiaduktu stalowego, wiaduktów i przepustów. Natomiast referencje wystawione przez tego samego Zamawiającego dla konsorcjum ECM-IDOM, z dnia 13 czerwca 2016 roku, jako podmiotu sprawującego nadzór na zadaniu, stwierdzają, że mamy do czynienia między innymi z remontem, pozwalającym na przywrócenie pierwotnych parametrów eksploatacyjnych, co dotyczy w szczególności remontu przejazdów, remontu peronów, remontu budynków nastawni, remontu obiektów inżynieryjnych. Jednocześnie z dokumentu wynika, że na zadaniu nastąpiła kompleksowa wymiana nawierzchni, wymiana rozjazdów, odbudowa rowów, wymiana na nowe napędów zwrotnic oraz modernizacja zasilania urządzeń srk.

Izby nie przekonały tłumaczenia Zamawiającego, że „pomylił się" w treści referencji dla konsorcjum TORPOL, podczas gdy to referencje dla konsorcjum ECM zawierają opis rzeczywiście wykonywanych robót. Żadne obecne, ani wcześniejsze działania Zamawiającego na to nie wskazują. Oba dokumenty referencyjne szczegółowo opisują zakres wykonywanych prac, w tym rodzajowo opisanych robót budowlanych, w rozróżnieniu na remont i przebudowę, modernizację, odbudowę. Oba jednocześnie posługują się innym poziomem szczegółowości dla wykonywanych robót, rozróżnieniem wykonanych prac, inną siatką pojęć. Zdaniem składu orzekającego Izby analiza treści obu referencji prowadzi do wniosku, że na zadaniu mieliśmy do czynienia tak z przebudową jak i z remontem, a to oznacza, że IDOM uprawniony był do przedstawienia dokumentu referencyjnego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dostrzeżenia również wymaga, iż zarówno wykonawca robót budowlanych, jak też podmiot sprawujący nadzór, posługują się otrzymanymi referencjami przedstawiając je w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, dokumenty te nie zostały dotychczas zakwestionowane,
ani sprostowane przez Zamawiającego, a przynajmniej takich dowodów Izbie nie przedstawiono.

Co najmniej zdziwienie budzić może postawa Zamawiającego twierdzącego, że nie ma on wpływu na posługiwanie się dokumentem referencji po przekazaniu dokumentu podmiotowi wnioskującemu o jego wystawienie. Jeżeli Zamawiający uważa lub co więcej ma niezbite przekonanie i dowody wskazujące na niezgodność treści referencji z rzeczywistym stanem rzeczy, to powinien podjąć wszelkie możliwe działania celem skorygowania własnego oświadczenia woli. Nic nie stoi na przeszkodzie, by Zamawiający napisał do podmiotu, który otrzymał od niego referencje, zawiadamiając o zaistniałej omyłce lub też wystawił z własnej inicjatywy nowy dokument. Zamawiający zdaje się bowiem nie zauważać, że nie jest jedynym podmiotem, któremu można dany dokument przedstawić. Wystawionymi referencjami podmioty mogą przecież posługiwać się nie tylko w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego na terenie Polski. Nie podejmując jakichkolwiek kroków naprawczych Zamawiający niejako aprobuje i zgadza się, na dalsze funkcjonowanie dokumentów w obiegu zamówień publicznych.

W zakresie pozostałego materiału dowodowego zauważyć należy, iż przedstawiona przez Przystępującego MGGP *Informacja prasowa* nie może przesądzać o charakterze wykonywanych prac. Jest to materiał informacyjny, którego stylistyka odbiega od języka oficjalnych dokumentów urzędowych, przy jej konstrukcji nie używa języka fachowego. Informacja musi być sporządzona w sposób jasny i zwięzły, prezentować tylko najistotniejsze elementy związane z opisywanym zdarzeniem. Nie ma w niej miejsca na szczegółowe przedstawienie zakresu prac. Dla przeciętnego czytelnika bez znaczenia będzie, czy autor takiego materiału użył sformułowania „remont", czy „przebudowa". Z pewnością zaś użycie określonego sformułowania w materiale prasowym nie może świadczyć o wypełnieniu przesłanek definicji legalnej danego wyrażenia.

Co do złożonych przez Przystępującego decyzji Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Katowicach z dnia 16 sierpnia 2012 roku oraz programu
funkcjonalno-użytkowego dla zadania inwestycyjnego, to jak słusznie zauważył Odwołujący dotyczą one fazy przedprojektowej. Dokumenty te zawierają pewne wstępne założenia (warianty) dla danej inwestycji, które ostatecznie przyjąć muszą postać dokumentacji wykonawczej i powykonawczej. Takiej zaś Izbie nie przedstawiono. Warto jednak zauważyć, że już w treści programu funkcjonalno-użytkowego mowa jest o kompleksowej wymianie istniejącej nawierzchni, wymianie podtorza, wymianie nawierzchni torowej, wymianie rozjazdów, wymianie skrzyżowań, odbudowie rowów, odbudowie kanalizacji. Nie są to więc prace remontowe ale prace zmieniające parametry użytkowe lub techniczne istniejącego obiektu budowlanego.

Kolejnymi kwestiami, które poruszył w Informacji o wykluczeniu Odwołującego Zamawiający była możliwość zastąpienia jednego podmiotu innym podmiotem oraz data wystawienia zobowiązania podmiotu trzeciego po terminie składania ofert. Ten drugi zarzut został ostatecznie uwzględniony przez Zamawiającego i rozpoznawany jest w wyniku wniesienia sprzeciwu przez Przystępującego Multiconsult.

W tej części zarzutów Izba całkowicie podziela i przyjmuje za swoją argumentację przedstawioną w odwołaniu i na rozprawie przez Odwołującego. Okoliczność ta nie wpływa jednak na możliwość uwzględnienia odwołania.

Twierdzenia Zamawiającego i Przystępujących, że wykonawca może złożyć nowe zobowiązanie podmiotu trzeciego, ale powinno być ono wystawione z datą przed terminu składania ofert powodują, że uprawnienie zagwarantowane w art. 22a ust. 6 Pzp staje się iluzoryczne. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia9 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2726/20 oraz przywołanych w nim innych orzeczeniach KIO. Izba
w przywołanym wyroku słusznie zauważyła, że: *„(…) art. 22a ust. 6 ustawy Pzp stanowi podstawę wprowadzenia – w trakcie prowadzonej przez zamawiającego weryfikacji spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu – zmiany podmiotu trzeciego zgłoszonego na etapie składania oferty. Z istoty tego przepisu wynika zatem, że udostępnienie wykonawcy odpowiednich zasobów następuje, gdy zasoby podmiotu trzeciego pierwotnie wskazanego w ofercie nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu czy też gdy wobec podmiotu trzeciego zachodzą podstawy wykluczenia. Jest zatem oczywiste, że w przypadku zmiany przez wykonawcę podmiotu trzeciego w tym trybie udostępnienie wykonawcy odpowiednich zasobów przez nowy podmiot następuje już po upływie terminu składania ofert".* Gdyby było tak, że Wykonawca od początku dysponuje zobowiązaniem do udostępnienia mu zasobów przez podmiot trzeci, spełniający warunki udziału w postępowaniu, nie musiałby korzystać z zasad określonych
w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Celem bowiem umożliwienia zmiany podmiotu trzeciego jest zastąpienie podmiotu w

ocenie zamawiającego nie spełniającego wymagań na podmiot określone przymioty posiadający. Przy czym niewątpliwie uwzględnić należy czas, który może upłynąć od momentu złożenia oferty do momentu jej merytorycznej oceny przez zamawiającego.

Zamawiający wraz z odpowiedzią na odwołanie złożył jedną z opinii UZP pt.*„Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia. Aktualność dokumentów w świetle nowelizacji”*, nie zauważył jednak, że wydano również opinię odnoszącą się wprost do relacji art. 22a ust. 6 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Z opinii tej wynika jednoznacznie, że *Art. 22a ust. 6 ustawy Pzp umożliwia wykonawcy, na okoliczność uzupełniania dokumentów, zmianę zgłoszonego podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci, albo wykazanie spełniania warunku samodzielnie własnym potencjałem wyłącznie w sytuacji, gdy w momencie składania oferty (wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) wykonawca opierał się, w tym zakresie, na zdolnościach podmiotów trzecich.* Taka właśnie sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący w ofercie przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego, którego udostępniane zasoby zostały w sposób negatywny zweryfikowane przez Zamawiającego. Wobec powyższego Odwołujący, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zyskał możliwość „naprawienia” swojej oferty. Z istoty art. 22a ust. 6 ustawy Pzp wynika bowiem, że udostępnienie wykonawcy odpowiednich zasobów następuje, gdy zasoby podmiotu trzeciego pierwotnie wskazanego w ofercie nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, czy też gdy wobec podmiotu trzeciego zachodzą podstawy wykluczenia. Z opinii UZP wynika, że*„przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp jedynie doprecyzowuje możliwe działania wykonawcy w sytuacjach określonych w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przy powoływaniu się na potencjał podmiotu trzeciego. Przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp dotyczy zatem okoliczności, gdy zgłoszony przez wykonawcę na etapie składania ofert (wniosków) podmiot trzeci nie będzie potwierdzał, że dysponuje wymaganym przez zamawiającego zasobem lub, gdy w odniesieniu do podmiotu trzeciego nie zostanie potwierdzony brak podstaw do wykluczenia. W każdym z powyższych przypadków – reguła jednokrotnego wezwania o ten sam konkretny dokument na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – nie ulega zmianie”.*

Skoro więc Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunków przetargu (co wprost wpisuje się w hipotezę art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jak i hipotezę art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, wobec wykazywania zdolności za pomocą podmiotu trzeciego z oferty), to taki Wykonawca ma prawo do dokonania zmiany tego podmiotu trzeciego i nie będzie to stanowiło żadnej bezprawnej zmiany oferty, ponieważ jednokrotna zmiana podmiotu trzeciego jest możliwa z mocy ustawy, właśnie na kanwie omawianej normy art. 22a ust. 6 ustawy Pzp.

Przechodząc do oceny zasadności twierdzeń odwołania, że możliwe było wskazanie w ramach uzupełniania dokumentów przez Odwołującego doświadczenia własnego, nabytego w ramach zadania ukończonego po terminie składania ofert, Izba uznała, że zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z brzmieniem warunku wykonawcy mieli wykazać się należytym wykonaniem usług w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert. Zadanie wskazane przez Odwołującego zakończyło się wystawieniem Świadectwa Przejęcia Robót w styczniu 2020 roku, a więc już w dacie przypadającej po terminie składania ofert. W ocenie Izby nie jest możliwe uwzględnienie do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu tego zadania choćby już z uwagi na brzmienie samego warunku. Ponadto Odwołujący, jak każdy inny wykonawca, miał potwierdzić i udowodnić, że wymagane doświadczenie nabył przed upływem terminu składania ofert. Datę tę należy traktować jako moment graniczny w postępowaniu. Z chwilą upływu wyznaczonego terminu treść oferty się krystalizuje w tym znaczeniu, że wszelkie okoliczności, na które powołuje się dany wykonawca co do warunków muszą istnieć. Wykonawcy, by wykazać spełnienie warunku dla zdolności zawodowej, muszą potwierdzić, że wymagane doświadczenie już posiadają, a nie że nabędą je w bliżej nieokreślonej przyszłości. Ocena spełniania warunków odnosi się do danych o charakterze historycznym, przeszłym, istniejącym w określonej przez Zamawiającego cezurze czasowej.

W Informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający podał, że podstawą wykluczenia jest również art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Przepis ten zdaniem Zamawiającego znalazł zastosowanie z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd polegający na tym, że Wykonawca w JEDZ złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut odwołania wskazujący na nieprawidłowe zastosowanie przywołanej normy ustawy Pzp zasługiwał na uwzględnienie.

Przede wszystkim dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający poza lakoniczną informacją o wprowadzeniu w błąd przez złożenie określonego oświadczenia w JEDZ nie przedstawił żadnego innego uzasadnienia dla swojego stanowiska. Tak naprawdę dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający opisał bliżej na czym owo wprowadzenie w błąd miałoby polegać. Takie postępowanie Izba uznaje za naganne i nie zasługujące na aprobatę. Wykonawca wykluczany z postępowania w momencie otrzymania od Zamawiającego takiej informacji musi znać powody, dla których Zamawiający podjął określoną decyzję, co wprost wynika z art. 92 ustawy Pzp. Jest to istotne z punktu podjęcia decyzji o korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Gdyby przyjąć optykę przedstawioną przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to każda nawet najdrobniejsza omyłka w ofercie wypełniałaby hipotezę normy o wprowadzeniu zamawiającego w błąd. Jednak nic takiego z przepisów ustawy Pzp nie wynika. Istnieją sytuacje, w których dopuszczalne jest uzupełnienie dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków, kiedy pierwotnie złożone charakteryzują pewne niedoskonałości. Słusznie zauważono w odwołaniu, że czym innym jest podanie informacji sprzecznych z rzeczywistym stanem, a czym innym jest dokonywanie oceny spełniania warunków na podstawie informacji przedstawionych przez danego Wykonawcę w JEDZ i innych dokumentach. Negatywna ocena przez zamawiającego spełnienia warunku nie oznacza w każdym przypadku, że dany wykonawca przedstawił stan niezgodny z rzeczywistością. Kwestia odmiennej oceny wynikać bowiem może z przyjęcia innej interpretacji postanowień SIWZ przez każdą ze stron, ale przedstawione informacje obiektywnie odzwierciedlają rzeczywisty stan rzeczy.

Reasumując, w świetle powyższych ustaleń choć Izba uznała za zasadne niektóre z zarzutów odwołania, nie mogło ono być uwzględnione ze względu na brak wpływu na wynik postępowania i podlegało oddaleniu. Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art.

575 ustawy Pzp2019, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie
szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz
wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:
……
Członkowie:
……
……