

WYROK

z dnia 9 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska
Członkowie: Anna Kuszel-Kowalczyk
Maksym Smorczewski
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej DOLKOM we Wrocławiu, DROMOSTTOR POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Lwówku Śląskim, Track Tec Construction Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka akcyjna w Warszawie,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PORR Spółka akcyjna w Warszawie, PORR GmbH & Co. KGaA w Monachium, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów określonych w punktach 4-8 (str. 3-4) odwołania,
2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej DOLKOM we Wrocławiu, DROMOSTTOR POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Lwówku Śląskim, Track Tec Construction Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu i 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: Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej DOLKOM we Wrocławiu, DROMOSTTOR POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Lwówku Śląskim, Track Tec Construction Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka akcyjna w Warszawie - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski we Wrocławiu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych dla zadania pn.: „Rewitalizacja tunelu liniowego w km 118,700 wraz z infrastrukturą towarzyszącą”, realizowanego w ramach projektu pn.: „Prace na linii kolejowej nr 274 Wrocław - Zgorzelec na odcinku Wrocław - Jelenia Góra oraz przyległych łącznicach”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września

2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 18 lipca 2022 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej DOLKOM we Wrocławiu, DROMOSTTOR POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Lwówku Śląskim, Track Tec Construction Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego obejmujących:

- 1) czynności wyboru oferty Konsorcjum PORR Spółka Akcyjna - Lider oraz PORR GmbH & Co. KGaA - Partner (dalej „PORR” lub „przystępujący”) w sytuacji gdy oferta ta nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
- 2) zaniechania odrzucenia oferty PORR, mimo iż zawiera ona cenę, której istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia (SWZ);
- 3) zaniechania odrzucenia oferty PORR mimo, iż stanowi ona czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4) zaniechania odrzucenia oferty PORR, mimo iż jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Opisanym powyżej czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 239 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór

oferty PORR w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 8.6.2 pkt. 1 tabeli SWZ/IDW tj. nie wykazał, że osoba wskazana na stanowisko kierownika budowy posiada ponad 5 lat łącznego doświadczenia w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert na stanowisku kierownik budowy lub kierownik robót w zakresie budowy lub przebudowy kolejowych obiektów inżynierskich, gdyż wskazane w wykazie osób doświadczenie Pana T. M. nie potwierdza spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu (poz. 1 wykazu osób);

- 2) art. 239 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór oferty PORR w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 8.6.2 pkt. 2 tabeli SWZ/IDW tj. nie wykazał, że osoba wskazana na stanowisko kierownika robót branży mostowej posiada ponad 2 lata łącznego doświadczenia w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert na stanowisku kierownik budowy w zakresie budowy kolejowych obiektów inżynierskich w tym posiada ponad 2 lata doświadczenia przy kolejowych obiektach tunelowych lub w metrze, gdyż wskazane doświadczenie Pana S. S. nie potwierdza spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu (poz. 2 wykazu osób);

- 3) art. 128 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania PORR do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8.6.2. pkt. 1 i 2 tabeli SWZ, z uwagi na fakt, że doświadczenie osób przedstawionych przez PORR w poz. 1 i 2 wykazu osób nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

- 4) art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p. przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę PORR pomimo braku wykazania przez tego wykonawcę, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a złożone przez PORR na wezwanie zamawiającego przed aukcją elektroniczną wyjaśnienia były lakoniczne nie zawierające wiarygodnych dowodów co w istocie winno zostać potraktowane jako brak złożenia przez PORR wyjaśnień rażąco niskiej ceny istotnych części składowych oferty, a w konsekwencji winno skutkować odrzuceniem oferty PORR jako zawierającej rażąco niską cenę;

- 5) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PORR, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w zakresie istotnych jej składników mających wpływ na cenę całej oferty PORR i możliwość zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego;

6) art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.; dalej: "ustawa ZNK") poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PORR, pomimo iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulacji cenami jednostkowymi, tj. w szczególności polegającego na znacznym zniżeniu ceny za niektóre spośród asortymentów robót koniecznych do wykonania przy jednoczesnym przesunięciu części kosztów ich realizacji do innych asortymentów robót koniecznych do

wykonania co jest zakazane zgodnie z pkt. 12.5.2 IDW;

7) art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 oraz art. 187 ustawy P.z.p. poprzez

zaniechanie dokonania wyjaśnień, zaniechania dokonania pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień i uszczegółowienia kalkulacji kwestionowanych przez zamawiającego w wezwaniu z dnia 30.12.2021 r. pozycji ceny kosztorysowej oferty (istotnych części składowych) złożonej przez PORR oraz zaniechanie wyjaśnienia pozycji kosztorysu ofertowego złożonego przez ww. wykonawcę, a wyszczególnionych w Tabeli 2, które to pozycje wskazują na zastosowanie inżynierii cenowej w ofercie PORR po przeprowadzonej aukcji elektronicznej co doprowadziło do uznania, że przedstawione wyjaśnienia (przed aukcją elektroniczną) oraz ceny jednostkowe wskazane w kosztorysie ofertowym PORR, w sytuacji gdy nie spełniały one postawionych przez zamawiającego wymogów merytorycznych w zakresie żądanych wyjaśnień, a treść kosztorysu ofertowego wskazuje na dopuszczenie się przez PORR nieuprawnionej manipulacji cenami jednostkowymi oraz wskazuje co najmniej na to że wykonawca ten złożył ofertę niezgodną z wymaganiami SWZ;

8) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., tj. złożenie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia poprzez zaferowanie wykonania przedmiotu zamówienia w sposób odmienny od tego przewidzianego w opisie przedmiotu zamówienia, podczas gdy zgodnie z warunkami postępowania, należało wycenić pełen zakres robót zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, jak również dokonanie wyceny robót w sposób niezgodny z pkt 15.2.5 SWZ to jest poprzez dokonanie przeniesienia kosztów wykonania jednych pozycji do innych pozycji kosztorysu ofertowego.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami odwołujący wniósł o:

1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości;

2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;

3) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 6 lipca 2022 r. dotyczącej wyboru jako najkorzystniejszej oferty PORR i odrzucenia oferty PORR jako oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji;

4) na wypadek nieuwzględnienia zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji - nakazanie zamawiającemu wezwanie PORR do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

5) na wypadek nieuwzględnienia zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny, czynu nieuczciwej konkurencji oraz złożenia oferty niezgodnie z treścią SWZ wezwanie PORR do złożenia wyjaśnień treści oferty w tym w szczególności w kontekście istotnych części zamówienia to jest pozycji kosztorysowych wskazanych w Tabeli 1 do niniejszego odwołania w kontekście ich rażąco niskiej ceny, a ukształtowanych po aukcji oraz pozycji wskazanych w Tabeli 2 do odwołania w kontekście dokonania przeniesienia kosztów wykonania innych pozycji do tych pozycji jak również wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zastosowania technologii zamiennej wykonania robót oraz wpływu tego na treść złożonej oferty w kontekście zgodności z opisem przedmiotu zamówienia;

6) nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;

7) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że jest uprawniony do wniesienia odwołania, ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego objętego postępowaniem, a w wyniku naruszenia przez zamawiającego wyżej wskazanych przepisów ustawy P.z.p., interes odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert niepodlegających odrzuceniu. Zamawiający nieprawidłowo ocenił dokumenty podmiotowe PORR oraz zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na rażąco niską cenę istotnych elementów zamówienia oraz z uwagi na fakt, iż złożona oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jak również została złożona niezgodnie z wymaganiami zamówienia, co spowodowało, że w postępowaniu została wybrana oferta wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zawiera rażąco niską cenę oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i jest niezgodna z warunkami zamówienia. W wyniku natomiast podjętej czynności przez zamawiającego, odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia objętego postępowaniem. Tym samym, w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu ponownej oceny ofert, odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia objętego postępowaniem. W związku z powyższym odwołujący w wyniku wyżej opisanych czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu może ponieść szkodę, co oznacza, że posiada on interes w wniesieniu odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 sierpnia 2022 roku wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości;
2. na podstawie art. 545 ust. 2 ustawy P.z.p. - o wyłączenie jawności rozprawy w części dotyczącej rozpatrywania zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie PORR w zakresie wyjaśnień PORR dotyczących rażąco niskiej ceny zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa PORR,
3. na podstawie art. 545 ust. 3 ustawy P.z.p. - o ograniczenie odwołującemu prawa wglądu do materiału dowodowego obejmującego wyjaśnienia PORR w zakresie rażąco niskiej ceny, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa PORR,
4. obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PORR Spółka Akcyjna - Lider oraz PORR GmbH & Co. KGaA - Partner. Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 5 sierpnia 2022 roku wniósł o:

1. odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów nr 4, 5, 6, 7 i 8,
2. oddalenie odwołania w pozostałym zakresie,
3. ewentualnie, w razie nieuwzględnienia wniosku z pkt 1, oddalenie odwołania,
4. przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w dokumentacji Postępowania, dołączonych do niniejszego pisma oraz przedstawionych na rozprawie na okoliczności przywołane w treści pisma oraz wynikające ze stanowiska zaprezentowanego na rozprawie,
5. ograniczenie odwołującemu prawa wglądu do materiału dowodowego znajdującego się w aktach postępowania oraz złożonych przez przystępującego w toku postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą w zakresie odnoszącym się do tajemnicy przedsiębiorstwa PORR w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która to tajemnica została skutecznie zastrzeżona na etapie postępowania, tj. w ramach wyjaśnień PORR z dnia 11 stycznia 2022 r. wraz z załącznikami, oraz treści pisma w zakresie oznaczonym jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, co następuje:

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy P.z.p. i wynosi netto: 86 326 040,00 zł, brutto: 106 181 029,20 zł.

Dowód: pismo zamawiającego do Prezesa KIO z dnia 21 lipca 2022 roku (w aktach postępowania odwoławczego)

Otwarcie ofert miało miejsce w dniu 22.11.2021 r. o godz. 10:30.

Termin składania ofert upłynął w dniu 22.11.2021 r. o godz. 10:00.

Na realizację zamówienia Zamawiający przeznaczył kwotę: netto: 86 326 040,00 PLN, brutto: 106 181 029,20 PLN

Dowód: protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia)

Zgodnie z pkt. 8.6.2. SWZ (tabela poz. 1 i 2) zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. odpowiednio dla osoby na stanowisko kierownika budowy oraz kierownika robót branży mostowej (obiekty inżynieryjne). W toku postępowania zamawiający modyfikował treść warunków i ostatecznie ich treść została ustalona w dniu 9 listopada 2021 r. (zmiana nr 3 do SWZ).

W pkt 8.6.2. SWZ (poz. 1 tabeli po zmianie) dla osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy zamawiający oczekiwał, aby wykonawca wskazał osobę, która: „ma co najmniej 5 letnie łączne doświadczenie w ostatnich 10 latach przed upływem terminu składania ofert na stanowisku kierownika budowy lub robót w zakresie budowy lub przebudowy kolejowych obiektów inżynieryjnych, w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane - w tym posiadający minimum 2 lata doświadczenia przy kolejowych obiektach tunelowych (minimum jednotorowych), lub w metrze”.

W pkt 8.6.2. SWZ (poz. 2 tabeli po zmianie) dla osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót branży mostowej (obiekty inżynieryjne) zamawiający oczekiwał, aby wykonawca wskazał osobę, która: „ma co najmniej 2 letnie łączne doświadczenie w ostatnich 10 latach przed upływem terminu składania ofert na stanowisku kierownika budowy lub robót w zakresie budowy lub przebudowy kolejowych obiektów inżynieryjnych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane - w tym posiadający minimum 2 lata doświadczenia przy kolejowych obiektach tunelowych (minimum jednotorowych), lub w metrze.”

Wraz z ofertą wykonawcy byli zobowiązani do złożenia oświadczenia w formie JEDZ ograniczając się jednak do ogólnego oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, poprzez wypełnienie jedynie sekcji a.

Dowód: specyfikacja warunków zamówienia z modyfikacją z dnia 9 listopada 2021 roku (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia)

W postępowaniu zostały złożone 4 oferty: odwołującego z ceną netto: 102 671 108,95 PLN brutto: 126 285 464,01 PLN, przystępującego z ceną: netto: 108 850 000,00 PLN brutto: 133 885 500,00 PLN, wykonawcy INTOP Warszawa Sp. z o.o., INTOP Tarnobrzeg Sp. z o.o. z ceną netto: 102 642 664,31 PLN brutto: 126 250 477,10 PLN, wykonawcy Nowak-Mosty Sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej z ceną netto: 128 787 528,52 PLN brutto: 158 408 660,08 PLN.

Dowód: protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia)

W dniu 30 grudnia 2021 roku zamawiający wezwał wykonawcę PORR do złożenia

wyjaśnień ceny oferty.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 30 grudnia 2022 roku (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia)

W dniu 11 stycznia 2022 roku PORR udzielił żądanych wyjaśnień.

Dowody: pisma wykonawcy PORR z dnia 11 stycznia 2022 roku (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia)

W dniu 24 stycznia 2022 roku zamawiający zaprosił wykonawców (w tym wykonawcę PORR) do aukcji elektronicznej.

Dowód: pisma zamawiającego z dnia 24 stycznia 2022 roku (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia)

W dniu 14 marca 2022 r. zamawiający dokonał wyboru oferty w przedmiotowym postępowaniu, uznając za najkorzystniejszą ofertę nr 3 złożoną przez Konsorcjum: INTOP Warszawa Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), INTOP Tarnobrzeg Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum).

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 14 marca 2022 roku (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia)

W dniu 24 marca 2022 r. do Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione przez wykonawcę PORR odwołanie wobec czynności i zaniechania Zamawiającego polegających na:

- wyborze oferty najkorzystniejszej Konsorcjum INTOP Warszawa Sp. z o.o. oraz INTOP Tarnobrzeg Sp. z o.o. w sytuacji, gdy Wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 8.6.1 lit. b) IDW,

- zaniechaniu wezwania wykonawcy Konsorcjum INTOP Warszawa Sp. z o.o. oraz INTOP Tarnobrzeg Sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 8.6.1 lit. b) IDW.

W wyroku nr 848/22 z dnia 15 kwietnia 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie oraz nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Dowody: odwołanie i wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 848/22 (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia)

W związku z powyższym zamawiający na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy P.z.p. wezwał PORR do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Dowód: wezwanie do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia)

W odpowiedzi na to wezwanie PORR przedstawił wykaz osób na potwierdzenie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. PORR celem wykazania spełniania warunku, o którym mowa w pkt. 8.6.2. poz. 1 i 2 tabeli przedstawił na stanowisko kierownika budowy Pana T. M., a na stanowisko kierownika robót mostowych Pana S. S.

Dowód: wykaz osób (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia)

Na potwierdzenie posiadania przez Pana T. M. 5 lat doświadczenia na stanowisku kierownik budowy/kierownik robót w zakresie budowy/przebudowy kolejowych obiektów inżynierskich podał następujące realizacje:

a) Budowa II linii Metra w Warszawie - II etap realizacji Odcinka Wschodniego - Północnego od stacji C18 do stacji C21 (od 11.2019 do chwili obecnej - 24 miesiące) - budowa dwóch tuneli

b) Budowa II linii metra w Warszawie - I etap realizacji Odcinka Wschodniego- Północnego od stacji C15 do stacji C18 (od 06.2017 do 07.2019 - 25 miesięcy) - budowa dwóch tuneli

c) Budowa przejścia podziemnego pod torami kolejowym linii nr 1 Warszawa - Katowice i linii podmiejskiej nr 447 Warszawa Zachodnia - Grodzisk Mazowiecki w ramach zadania pn.: „Budowa parkingów strategicznych „Parkuj i Jedź” (P+R) - II etap”, którego częścią jest inwestycja pn. budowa parkingu strategicznego „Parkuj i Jedź (P+R) „Ursus

Niedźwiadek””. (od 07.2012 do 01.2014 - 18 miesięcy) - budowa przejścia podziemnego pod torami.

PORR, na potwierdzenie posiadania przez Pana S. S. 2-letniego doświadczenia w ostatnich 10 latach na stanowisku kierownik budowy w zakresie budowy kolejowych obiektów inżynierskich, w tym posiadania ponad 2 lat doświadczenia przy kolejowych obiektach tunelowych (minimum jednotorowych) lub w metrze, podał następującą realizację:

• Projekt i budowa II Linii Metra od stacji „Rondo Daszyńskiego” do stacji „Dworzec Wileński” w Warszawie - od 07.2012 do 09.2014 na które to zadanie obejmowało:

- stacji C15 Dworzec Wileński i przyległych odcinków szlakowych (budowa obejmowała również przebudowę/budowę torowisk- układu tramwajowego na powierzchni), wentylatorni szlakowej V15 i przyległych odcinków szlakowych.

Zamawiający w dniu 6 lipca 2022 r. wybrał ofertę PORR jako najkorzystniejszą w postępowaniu.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 6 lipca 2022 roku (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia)

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu w zakresie zarzutów określonych w punktach 4-8 (str. 3-4) odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy P.z.p.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Odnosząc się do zarzutów odrzuconych, Izba wskazuje, co następuje:

Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy P.z.p., Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W ocenie Izby, w rozpoznawanym przypadku, termin na wniesienie odwołania na zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, należy liczyć na podstawie art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym odwołanie w innych sprawach niż określone w ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. wnosi się, w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający w dniu 24 stycznia 2022 roku zaprosił wykonawców (w tym odwołującego i przystępującego) do aukcji elektronicznej.

Zgodnie z art. 232 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu. Brzmienie art. 232 ust. 1 ustawy P.z.p. w praktyce oznacza, iż wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w sposób prawidłowy, są jednocześnie zapraszani do udziału w aukcji, prowadzonej przy użyciu systemu teleinformatycznego wskazanego w treści zaproszenia. Zamawiający przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej zobowiązany jest do dokonania oceny ofert złożonych w postępowaniu zgodnie z przyjętymi warunkami. Za dopuszczalne, a tym samym podlegające dalszej procedurze, uznaje się oferty złożone przez wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu, a także oferty niepodlegające odrzuceniu. Zaproszenie do udziału w aukcji określonego grona wykonawców oznacza, iż zamawiający dokonał oceny ofert i ustalił krąg wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, niepodlegających wykluczeniu i których oferty spełniają wymagania określone w ustawie P.z.p. oraz dokumentach zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie zamawiający dokonał takiego badania i oceny złożonych ofert. Wobec oferty przystępującego podjął postępowanie wyjaśniające w zakresie zaferowanej ceny, w tym w zakresie cen poszczególnych pozycji kosztorysu. Przystępujący złożył wymagane wyjaśnienia w dniu 11 stycznia 2022 roku.

W dniu 24 stycznia 2022 roku, tj. w dniu zaproszenia odwołującego do aukcji elektronicznej, powziął on wiadomość, że zamawiający zakończył czynność badania i oceny ofert. Powinien zatem podjąć działania w zakresie ustalenia, czy dokonane przez zamawiającego czynności były prawidłowe i - ewentualnie - zakwestionować je w drodze wniesionego odwołania. Należy założyć, że odwołujący, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, winien wykazywać zainteresowanie i aktywność na każdym etapie postępowania oraz - jako profesjonalista na rynku zamówień publicznych - znać procedurę udzielania zamówień publicznych i dokładać należytej staranności w każdym przypadku, w którym możliwe jest powzięcie wiadomości o czynnościach zamawiającego, które mogą stanowić podstawę do wniesienia odwołania.

Konkludując, stwierdzić należy, że bieg terminu na zakwestionowanie zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p., rozpoczął się w dniu 24 stycznia 2022 roku i pozostawał otwarty przez kolejne dziesięć dni. Podniesienie zarzutów wobec tego zaniechania dopiero w dniu 18 lipca 2022 roku należy uznać za spóźnione i same zarzuty - za podlegające odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów, Izba wskazuje, co następuje:

Istota sporu polega na interpretacji warunków udziału w postępowaniu sformułowanych wobec osób zdolnych do wykonania zamówienia, tj. - odpowiednio - dla osoby przewidzianej na stanowisko kierownika budowy oraz kierownika robót branży mostowej (obiekty inżynierskie). Rozstrzygnięcie zarzutów wymaga zatem dokonania analizy treści postawionych w tym zakresie warunków

Zgodnie z pkt 8.6.2. SWZ, poz. 1, zamawiający oczekiwał, aby wykonawca na stanowisko kierownika budowy wskazał osobę, która: „ma co najmniej 5 letnie łączne doświadczenie w ostatnich 10 latach przed upływem terminu składania ofert na stanowisku kierownika budowy lub robót w zakresie budowy lub przebudowy kolejowych obiektów inżynierskich, w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane - w tym posiadający minimum 2 lata doświadczenia przy kolejowych obiektach tunelowych (minimum jednotorowych), lub w metrze”.

W pkt 8.6.2. SWZ, poz. 2, dla osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót branży mostowej (obiekty inżynierskie) zamawiający oczekiwał, aby wykonawca wskazał osobę, która: „ma co najmniej 2 letnie łączne doświadczenie w ostatnich 10 latach przed upływem terminu składania ofert na stanowisku kierownika budowy lub robót w zakresie budowy lub przebudowy kolejowych obiektów inżynierskich w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane - w tym posiadający minimum 2 lata doświadczenia przy kolejowych obiektach tunelowych (minimum jednotorowych), lub w metrze”.

Argumentacja odwołującego opierała się na wykazywaniu, że wskazane przez przystępującego osoby nie posiadają wymaganego doświadczenia, ponieważ definicja

kolejowych obiektów inżynierskich nie odnosi się w żaden sposób do tuneli metra, innymi słowy - tunele metra nie są kolejowymi obiektami inżynierskimi. Odwołujący powołał się na rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie (Dz.U. nr 151 poz. 987 ze zm. - dalej „rozporządzenie kolejowe”). Zgodnie z § 48 rozporządzenia kolejowego: „Do kolejowych obiektów inżynierskich, zwanych dalej „obektami inżynierskimi”, zalicza się: mosty, wiadukty, przepusty, ściany oporowe, tunele liniowe, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych”. Z kolei, zgodnie z § 1 ust. 4 rozporządzenia kolejowego, warunki techniczne jakim powinny odpowiadać linie metra, określają przepisy szczególnie. Odwołujący wskazał na § 11 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 17 czerwca 2011 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać obiekty budowlane metra i ich usytuowanie (Dz. U nr 144, poz. 859), stosownie do którego mosty, wiadukty i estakady metra powinny spełniać wymagania dla kolejowych obiektów inżynierskich określone w przepisach rozporządzenia kolejowego, wywodząc na tej podstawie, że rozporządzenia kolejowego nie stosuje się do tuneli metra. Odwołujący przywołał również treść Warunków technicznych dla kolejowych obiektów inżynierskich, ustalonych uchwałą nr 340 Zarządu PKP PLK z dnia 8 grudnia 2004 roku, zgodnie z którymi kolejowy obiekt inżynierski to budowla, wydzielona jako osobny środek trwały, należąca do jednego z wymienionych niżej rodzajów: most, wiadukt, przejście pod torami, przepust, tunel liniowy, kładka dla pieszych, ściana oporowa.

W ocenie Izby stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Odwoływanie się do wskazanych wyżej aktów prawnych jest niezasadne, a to z tego względu, że zamawiający sformułował treść warunku w taki sposób, który wskazuje, jakie doświadczenie zamawiający uznaje za adekwatne do przedmiotu zamówienia. Ocena, czy wykonawca spełnia postawiony warunek winna zatem polegać na interpretacji treści tego warunku. Należy przy tym zaznaczyć, że w warunkach tych znajduje się wyłącznie jedno odesłanie do aktu prawnego - ustawy - Prawo budowlane - w zakresie definicji sformułowania „kolejowe obiekty inżynierskie”.

Analiza treści warunku wykazuje, iż zamawiający za doświadczenie w zakresie budowy lub przebudowy kolejowych obiektów inżynierskich, w rozumieniu ustawy - Prawo budowlane, uznaje także doświadczenie nabyte przy kolejowych obiektach tunelowych (minimum jednorowowych) lub w metrze. Za taką interpretacją przemawia zastosowanie w opisie warunku sformułowania „w tym” przy opisie tej części doświadczenia, która odnosiła się kolejowych obiektów tunelowych i metra. Ponadto użycie takiej konstrukcji składniowej oznacza, że zamawiający uznawał doświadczenie nabyte w kolejowych obiektach tunelowych i w metrze za swego rodzaju kwalifikowaną część doświadczenia w zakresie budowy lub przebudowy kolejowych obiektów inżynierskich.

W tym miejscu wskazać trzeba, że zamawiający jest uprawniony do formułowania własnych definicji, określeń czy wymogów, które będą obowiązywać w danym, konkretnym postępowaniu, o ile wynikają one z uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zamawiający nie musi przy tym opierać się stricte na formułach zawartych w innych aktach prawnych, o ile nie są to formuły bezwzględnie obowiązujące. W rozpoznawanym przypadku zamawiający określił treść warunku w sposób, jaki uznał za adekwatny do przedmiotu zamówienia i odpowiadający jego potrzebom. Treść ta nie została przez wykonawców zakwestionowana w terminie przewidzianym ustawą, zatem stała się ważna i skuteczna wobec wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia.

Z powyższego wynika, że skoro zamawiający uznał doświadczenie przy kolejowych obiektach tunelowych lub w metrze za bardziej wyspecjalizowaną formę doświadczenia, to wykonawcy mogli wykazać posiadanie tej właśnie formy w ogólnym wymaganym wymiarze posiadanego doświadczenia, tj. - odpowiednio - 5 lat i 2 lata w ostatnich 10 latach. Wskazać należy, że w sytuacji, w której posiadanie jakiejś cechy jest wymagane w mniejszym stopniu, tym bardziej dopuszczalne jest posiadanie jej w stopniu większym. Jeżeli zamawiający wymagał krótszego doświadczenia przy realizacji kolejowych obiektów tunelowych lub w metrze, to tym bardziej powinien zaakceptować i uznać doświadczenie w tym zakresie posiadane w okresie dłuższym.

Skoro zatem przystępujący wykazał doświadczenie Pana T. M. i Pana S. S. nabyte podczas realizacji II linii metra w Warszawie, to doświadczenie to - stosownie do treści warunku udziału w postępowaniu - odpowiada treści warunku odnoszącego się do wymaganego ogólnego wymiaru doświadczenia nabytego przy budowie lub przebudowie kolejowych obiektów inżynierskich (5 i 2 lata), jak i dwóch lat przy kolejowych obiektach tunelowych (minimum jednorowowych), lub w metrze.

Izba nie uwzględniła zarzutu odnoszącego się do okresu posiadanego przez Pana T.

M. doświadczenia na stanowisku kierownika robót, wskazanego przez PORR w treści wykazu osób. Zarzut ten nie został przez odwołującego w żaden sposób rozwinięty ani uzasadniony zarówno w treści odwołania, jak i na rozprawie Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia br.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego, z uwagi na nieprzedłożenie rachunku, co jest warunkiem przyznania tychże kosztów zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b 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. 2020, poz.

2437).

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy P.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, oraz na podstawie § 8 ust. 1 i 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).