Sygn. akt: KIO 1908/22

WYROK

z dnia 12 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2022 r. przez odwołującego: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Cargotor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Lubelska 13 03-802 Warszawa),

przy udziale:

A. wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

1) Track Tec Construction Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław);

2) ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie (ul. K. Czapińskiego 3, Krakowie 30-048),

B. wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu (ul. Św. Michała 43, 61-119 Poznań),

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie podnoszonych w odwołaniu zarzutów: (a) w punktach 1, 2 i 3 dotyczących zastosowanego trybu postępowania - dialogu konkurencyjnego; (b) w punkcie 6 - dotyczącym Sekcji III.1.2) ppkt 4a Ogłoszenia o zamówieniu i odpowiednio pkt 8.1 ppkt 4a OPiW; (c) w punkcie 8 - w części - w zakresie dotyczącym kryterium selekcji: terminowość wykonania inwestycji oraz podwójnego punktowania inwestycji realizowanych w Polsce;

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków) i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: Cargotor Sp. z o.o. z siedzibą

w Warszawie (ul. Lubelska 13 03-802 Warszawa) kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Sygn. akt: KIO 1908/22

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 18 lipca 2022 r. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Cargotor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w trybie dialogu konkurencyjnego w przedmiocie zamówienia publicznego pn. „Wybór wykonawcy Projektu pn. Modernizacja infrastruktury kolejowej w Rejonie Przeładunkowym Małaszewicze na granicy UE z Białorusią. Numer referencyjny: WNZ-000590". Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 lipca 2022 r., pod pozycją 2022/S 128-365927.

Wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (Odwołujący Strabag) wskazał,

że wnosi odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego, podjęte (....) w sposób niezgodny z przywołanymi niżej przepisami PZP polegające na wszczęciu i prowadzeniu Postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego oraz na czynności i zaniechania Zamawiającego związane w przygotowaniem postępowania, w szczególności w zakresie ograniczenia liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do dialogu, ustalenia warunków udziału w postępowaniu, ustalenia kryteriów selekcji, wskazania podstaw unieważnienia postępowania, tj. na czynności i zaniechania Zamawiającego szczegółowo wskazane w zarzutach, wnioskach i uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 129 ust. 2 PZP poprzez nieuprawniony wybór niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia;

2. art. 153 PZP w zw. z art. 170 PZP poprzez błędne uznanie, że w odniesieniu do przedmiotu niniejszego zamówienia zaistniały przesłanki zastosowania trybu dialogu konkurencyjnego;

3. art. 153 PZP w zw. z art. 170 PZP oraz w zw. z art. 129 ust. 2 PZP poprzez zastosowanie

trybu udzielenia zamówienia w formie dialogu konkurencyjnego, pomimo niezaistnienia ustawowych przesłanek zastosowania tego trybu;

4. art. 177 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie ustalenia w sposób zapewniający konkurencję w pkt II.2.9. Ogłoszenie o zamówieniu i odpowiednio pkt 9.1. OPiW liczby wykonawców, których zamierza zaprosić do dialogu;

5. art. 116 ust. 1 PZP w zw. z art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 PZP poprzez sformułowanie w pkt III.1.3) ppkt 4a) Ogłoszenia o zamówieniu i odpowiednio pkt 8.1.ppkt 2 OPiW (Opisu potrzeb i wymagań) warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienie i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania zamówienia, tj.

warunku wykazania Inwestycji Referencyjnej o wartości robót co najmniej 1.000.000.000 zł;

6. art. 115 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 112 ust. 1 i 2 pkt 3 PZP poprzez sformułowanie w pkt III.1.2) ppkt 4a) Ogłoszenia o zamówieniu i odpowiednio pkt 8.1.ppkt 4a OPiW warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienie i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania zamówienia, tj. warunku osiągnięcia w ostatnim roku obrotowym przychodu ze sprzedaży w zakresie budownictwa kolejowego w wysokości co najmniej 1.000.000.000 zł;

7. art. 257 PZP poprzez nieuprawnione wskazanie w pkt 4 OPiW podstaw unieważnienia

postępowania - w zakresie nieuzyskania środków publicznych bez wskazania tej okoliczności w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w zakresie braku zgody wspólników - bez

podstawy prawnej;

8. art. 177 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 pkt 9 PZP oraz w zw. z art. 16 pkt 1 PKP poprzez zaniechanie ustalenia w pkt II.2.9 ppkt 1 -4 Ogłoszenia o zamówieniu i odpowiednio pkt

9. 9.2. OPiW kryteriów selekcji (Stopień podobieństwa Inwestycji Referencyjnej do inwestycji będącej przedmiotem postępowania, Rozwiązywanie problemów, Terminowość wykonania Inwestycji Referencyjnej, Sytuacja ekonomiczna i finansowa Wykonawcy) w sposób obiektywny, niedyskryminujący, przejrzysty, proporcjonalny i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez zaniechanie wskazania zrozumiałych i obiektywnych zasad oceny, poprzez podwójne punktowanie inwestycji zrealizowanych w Polsce i punktowanie ratingu inwestycyjnego; w konsekwencji naruszeń wskazanych w pkt 1-8 powyżej zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

10. art. 16 pkt 1 , 2 i 3 PZP poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania w oparciu o obowiązującego przepisy PZP, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, w konsekwencji nieuprawnionego wyboru udzielenia zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego oraz pozostałych naruszeń wskazanych w pkt 1-5 powyżej.

11. art. 181 ust. 1 poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców podczas dialogu konkurencyjnego, w szczególności wobec ustalenia warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. zmiany trybu postępowania na zgody z przepisami ustawy PZP, np. na tryb przetargu nieograniczonego.; ewentualnie

2. Unieważnienie postepowania, Na wypadek nieuwzględnienia wniosków wskazanych w pkt 1 i 2 i zarzutów wskazanych w pkt 1-3 zarzutów niniejszego odwołania wnoszę o

3. rozszerzenia maksymalnej liczby wykonawców co najmniej do 6 ewentualnie rezygnacji z tego ograniczenia i zmiany w tym zakresie ogłoszenia o zamówieniu i odpowiednich postanowień OPiW;

4. zmiany warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych poprzez rezygnację z wymogu posiadania doświadczenia w ramach jednej Umowy o wartości 1.000.000.000 zł, np. poprzez odniesienie doświadczenia do zakresu rzeczowego a nie kwotowego i zmiany w tym zakresie ogłoszenia o zamówieniu i odpowiednich postanowień OPiW;

5. zmiany warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej poprzez rezygnację z wymogu wykazania przychodu za ostatni rok obrotowy w zakresie budownictwa kolejowego w wysokości 1.000.000.000 zł lub poprzez nakazanie wskazania tego przychodu w zakresie budownictwa, a w konsekwencji nakazanie zmiany w tym zakresie ogłoszenia o zamówieniu i odpowiednich postanowień OPiW;.

6. usunięcia pkt 4 OPiW w zakresie podstaw unieważnienia postępowania;

7. 7.zmiany kryteriów selekcji poprzez nakazanie ustalenia obiektywnych i niedyskryminujących, przejrzystych i proporcjonalnych kryteriów oraz sposobu ich oceny (punktacji) w odniesieniu do kryteriów dotyczących: Stopnia podobieństwa Inwestycji Referencyjnej do inwestycji będącej przedmiotem postępowania, Rozwiązywania problemów, Terminowości wykonania Inwestycji Referencyjnej, a w odniesieniu do kryterium Sytuacji ekonomicznej i finansowej Wykonawcy nakazanie rezygnacji z tego kryterium, a w konsekwencji nakazanie zmiany w tym zakresie ogłoszenia o zamówieniu

i odpowiednich postanowień OPiW;

Ponadto: (...)

8. o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów w Postępowaniu, jak

również z dokumentów złożonych na rozprawie przez Odwołującego na uzasadnienie stawianych zarzutów.

Wykonawca wskazał w szczególności, że „Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 505 ust. 1 PZP we wniesieniu odwołania. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji kolejowych, mostowych i drogowych realizowanych w trybie ustawy PZP. Na skutek uchybień Zamawiającego, które stanowią przedmiot zarzutów niniejszego odwołania, Odwołujący nie będzie miał możliwości udziału w postępowaniu, a w konsekwencji nie będzie mógł złożyć konkurencyjnej oferty na

realizację zamówienia, podczas gdy posiada kwalifikacje niezbędne do wykonania zamówienia tj. wiedzę, doświadczenie i potencjał niezbędny do wykonania inwestycji.

Odwołujący jest stanie prowadzić dialog w niniejszym postępowaniu i złożyć konkurencyjną ofertę, a tym samym ma realne szanse na realizację zamówienia. W obliczu nieuprawnionego wyboru trybu postępowania dialogu konkurencyjnego i ograniczenia liczby wykonawców m. in. poprzez ustalenie warunków udziału w postępowaniu i kryteriów selekcji w sposób naruszający wskazane wyżej przepisy PZP, Odwołujący może zostać pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach. W kontekście interesu prawnego Odwołujący wskazuje za aktualnym stanowiskiem KIO, że „środki ochrony prawnej określone w dziale VI P.z.p. przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie

nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia, jakiego typu warunki

udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać

(samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia

konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia

niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści

ogłoszenia i siwz." (...)

Czynności Zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem nie tylko naruszają powołane na wstępie przepisy PZP, ale także ograniczają konkurencyjność i szeroko rozumiany dostęp do zamówienia, zwłaszcza poprzez uniemożliwienie pozostałym wykonawcom podjęcia dialogu i złożenia ofert, w warunkach równego traktowania oraz konkurencyjnego i przejrzystego prowadzenia postępowania.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał w szczególności:

(...)

Jak wskazano w ogłoszeniu o zamówieniu przedmiotem zamówienia jest przebudowa, rozbudowa i budowa infrastruktury kolejowej i towarzyszącej w Rejonie Przeładunkowym Małaszewicze położonym w powiecie bialskim, na terenie gmin Terespol, Piszczac i Zalesie. Zamawiający wskazał, że Rejon Przeładunkowy Małaszewicze to obszar infrastruktury kolejowej zlokalizowany w obrębie przejścia granicznego Terespol - Brześć, zarządzany przez Inwestora - CARGOTOR sp. z o.o., obejmujący swoim zasięgiem stacje kolejowe Kobylany, Małaszewicze, Bór, Chotyłów oraz przyległe tory dojazdowe do punktów ekspedycyjnych (terminali towarowych) będących w zarządzie innych spółek kolejowych. Układ torów kolejowych na terenie Rejonu Przeładunkowego Małaszewicze jest skomunikowany z siecią kolejową kraju przez linię kolejową nr 2 Warszawa Zachodnia - Terespol, zarządzaną przez PKP Polskie Linie Kolejowe SA. Inwestycja, poza robotami torowymi, obejmuje również całą infrastrukturę towarzyszącą w zakresie branż: -drogowej

wraz z odwodnieniem, -architektonicznej i konstrukcyjnej, - mostowej, -sterowania ruchem kolejowym, -sanitarnej, - teletechnicznej, -trakcyjnej, - elektroenergetycznej, - środowiskowej.

Postępowanie prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego, do którego Zamawiający zamierza zaprosić 3 wykonawców.

W ocenie odwołującego wybór trybu postępowania narusza wskazane w petitum odwołania przepisy PZP, a ponadto stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nieuprawnionego wyboru trybu dialogu konkurencyjnego odwołujący podnosi dalej idące zarzuty dotyczące naruszenia przepisów wskazanych w pkt 4-10 petitum odwołana m. in. przez ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do dialogu, a także ustalenie warunków udziału w postępowaniu i kryteriów selekcji w sposób sprzeczny w przywołanym wyżej przepisami PZP.

Ad. 1 i 2 wniosków odwołania

Zgodnie z art. 170 PZP Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z okoliczności, o których mowa w art. 153 PZP. Ustawodawca dopuszcza zastosowanie niekonkurencyjnego tryby postępowania w przypadku zaistnienia jednej z przesłanek enumeratywnie wskazanych w ustawie, tj. w

przypadku, gdy:

1. rozwiązania dostępne na rynku nie mogą zaspokoić, bez ich dostosowania, potrzeb zamawiającego;

2. roboty budowlane, dostawy lub usługi obejmują rozwiązania projektowe lub innowacyjne;

3. zamówienie nie może zostać udzielone bez wcześniejszych negocjacji z uwagi na szczególne okoliczności dotyczące jego charakteru, stopnia złożoności lub uwarunkowań prawnych lub finansowych, lub z uwagi na ryzyko związane z robotami budowlanymi, dostawami lub usługami;

4. jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny sposób przez odniesienie do określonej normy, europejskiej oceny technicznej, o której mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 lit. c, wspólnej specyfikacji technicznej, o której mowa w art.

101 ust. 1 pkt 2 lit. d, lub referencji technicznej;

5. w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1, lub zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3.

W realiach niniejszego postępowania nie zachodzi żadna z przesłanek pozwalających na zastosowanie trybu dialogu konkurencyjnego. Z Opisu potrzeb i wymagań, który udostępnił Zamawiający wynika, że postępowanie to w zakresie przedmiotu zamówienia nie różni się od postępowań przetargowych ogłaszanych w ostatnich latach, które zostały przeprowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, w tym w szczególności nie różni się stopniem złożoności od pozostałych postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego:, jak np.:

- Wykonanie robót budowlanych związanych z przebudową stacji Warszawa Zachodnia - zawarcie umowy: 07.07.2020 r., wartość 1 941 519 840,12 PLN netto

- LOT A na odcinku Katowice Szopienice Płd. - Katowice - Katowice Piotrowice, postępowanie w trakcie procedowania, kwota przeznaczona na realizację: 3 256 880 650,49 PLN netto

- Roboty budowlane na stacji Gdynia Port - zawarcie umowy: 24.06.2019 r., wartość umowy: 1 487 405 291,36 PLN netto.

Skoro w postępowaniach dotyczących podobnych przedmiotów zamówienia o podobnym stopniu skomplikowania i wartości nie zastosowano trybu dialogu konkurencyjnego, ani innego trybu niekonkurencyjnego, to nie sposób przyjąć, by w niniejszym postępowaniu zaistniały przesłanki pozwalające na jego zastosowanie. Jak wyżej wskazano w niniejszym postępowaniu Zamawiający zamierza dokonać wyboru wykonawcy zamówienia robót budowlanych. Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie robót oraz w niewielkim zakresie zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Zakres prac projektowych obejmuje częściowe wykonanie projektów wykonawczych stanowiących uszczegółowienie projektu

budowlanego, którym Zamawiający dysponuje. Prowadzenie postępowania w trybie ograniczającym konkurencyjność w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia na roboty budowlane obejmuje projektowanie jest możliwe wyłącznie w sytuacji, gdy zamówienie wymaga zaprojektowania szczególnego rozwiązania odpowiadającego potrzebom zamawiającego, gdy konieczne jest przeprowadzenie negocjacji co do przedmiotu

zamówienia, możliwych rozwiązań projektowych oraz ich efektów. W realiach niniejszego

postępowania przedmiot zamówienia obejmuje typowe roboty budowlane realizowane w

ramach inwestycji kolejowych. Potencjalny zakres prac projektowych nie wymaga

zastosowania szczególnych rozwiązań, wykraczających poza standardy budownictwa

kolejowego.

W wytycznych dotyczących interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki (Warszawa, 15 listopada 2006 r.) Urząd Zamówień Publicznych wskazał, że: „Przyjmuje się, że o zamówieniu szczególnie złożonym pod względem technicznym możemy mówić w sytuacji, kiedy zamawiający nie jest w stanie opisać, czy to za pomocą specyfikacji technicznych czy też poprzez wymagania funkcjonalne, przedmiotu zamówienia lub też w sytuacji, kiedy zamawiający nie jest w stanie określić, które z dostępnych rozwiązań technicznych będzie najbardziej odpowiadało potrzebom związanym z realizacją zamówienia.” Żadna z tych przesłanek nie zachodzi w przypadku zaskarżonego postępowania.

Zgodnie z treścią motywu 42 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94, str. 65 ze zm.) dialog konkurencyjny może być stosowany w przypadkach, w których instytucje zamawiające nie są w stanie zdefiniować sposobu zaspokojenia swoich potrzeb ani ocenić, co może zaoferować im rynek pod względem rozwiązań technicznych, finansowych lub prawnych.

W niniejszym postępowaniu nie występuje żadna z przesłanek uzasadniających zastosowanie trybu ograniczającego konkurencyjność. Sam fakt, że przedmiot zamówienia obejmuje prace projektowe nie może usprawiedliwiać wyboru kwestionowanego trybu. Gdyby bowiem przyjąć, że wykonanie robót budowlanych wymagających ich zaprojektowania stanowi wystarczającą przesłankę wyboru niekonkurencyjnego trybu postępowania, to stanowiłoby to obejście zasady udzielania zamówień publicznych w trybie

[przetargu nieograniczonego i ograniczonego - art. 129 ust. 2 PZP.

Ad. 3 wniosków odwołania

W pkt. 9.1. OPiW Zamawiający przewidział ograniczenie w zakresie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do dialogu - „najwyżej 3 Wykonawców”. Z kolei w pkt II.2.9) Ogłoszenia o zamówieniu wskazano: „Przewidywana liczba kandydatów:3”

Zgodnie z art. 177 PZP Zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców zapraszanych do dialogu, których wnioski nie podlegały odrzuceniu, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie jest mniejsza niż 3. Zamawiający jest zobowiązany zaprosić do dialogu minimum 3 Wykonawców przy założeniu, że liczba ta pozwoli zapewnić konkurencję. Liczba zaledwie 3 Wykonawców nie zapewni konkurencyjności postępowania. Im mniejsza konkurencja, tym cena najniższej oferty może okazać się wyższa. Rynek przedsiębiorców branży budowlanej w zakresie infrastruktury kolejowej stwarza możliwość podjęcie dialogu i złożenia konkurencyjnej oferty co najmniej przez 6 wykonawców.

Ad. 4 wniosków odwołania

W pkt. 8.1. ppkt 2 Opisu potrzeb i wymagań (zwanych dalej „OPIW”) dotyczącym warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wiedzy i doświadczenia Zamawiający zażądał, by wykonawca wykazał, że w ciągu ostatnich 10 lat przed wszczęciem postępowania wykonał należycie co najmniej jedną Inwestycję Referencyjną. Inwestycja Referencyjna według Zamawiającego powinna:

a) obejmować wykonanie robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie stacji oraz linii kolejowych w zakresie branż:

- torowa: budowa lub przebudowa linii kolejowej i stacji kolejowej z wielogrupowym układem torowym obejmująca wykonanie nowej lub wymianę starej nawierzchni;

- sterowanie ruchem kolejowym (srk): budowa srk realizowana w oparciu o urządzenia przekaźnikowo - komputerowe i/lub komputerowe, w tym budowa obszaru zdalnego sterowania (LCS);

- elektroenergetyka: budowa lub przebudowa sieci trakcyjnej i sieci potrzeb nietrakcyjnych;

- branże towarzyszące: usuwanie kolizji, sieci i urządzenia telekomunikacyjne, obiekty inżynieryjne, obiekty kubaturowe;

b) obejmować opracowanie dokumentacji projektowej, w tym projektu budowlanego, projektu wykonawczego i dokumentacji powykonawczej dla robót wymienionych w pkt a);

c) obejmować fazowanie robót wymienionych w pkt a);

d) przejść proces dopuszczenia podsystemów „Infrastruktura", „Sterowanie - urządzenia przytorowe" oraz „Energia" zgodnie z aktualnymi w czasie realizacji Inwestycji Referencyjnej przepisami prawa europejskiego oraz ustawy z dnia 28.03.2003r. o transporcie kolejowym;

e) przejść proces zarządzania ryzykiem zgodnie z wymogami określonymi w Rozporządzeniu Komisji (WE) nr 352/2009 z dnia 24 kwietnia 2009 roku, w sprawie przyjęcia wspólnej metody oceny bezpieczeństwa w zakresie wyceny i oceny ryzyka, o której mowa w art. 6 ust. 3 lit. a) dyrektywy 2004/49/WE Parlamentu Europejskiego i Rady lub Rozporządzeniu Wykonawczym Komisji (UE) nr 402/2013 z dnia 30 kwietnia 2013 roku, w sprawie wspólnej metody oceny bezpieczeństwa w zakresie wyceny i oceny ryzyka, uchylającym rozporządzenie (WE) nr 352/2009, jak również procesem monitorowania środków kontroli ryzyka zgodnie z wymogami określonymi w Rozporządzeniu Komisji (UE) nr 1078/2012 z dnia 16 listopada 2012r. w sprawie wspólnej metody oceny bezpieczeństwa w odniesieniu do monitorowania, która ma być stosowana przez przedsiębiorstwa kolejowe i zarządców infrastruktury po otrzymaniu certyfikatu bezpieczeństwa lub autoryzacji bezpieczeństwa oraz podmioty odpowiedzialne za utrzymane;

f) mieć łączną wartość zakończonych lub odebranych świadectwem przejęcia (protokołem odbioru końcowego) robót co najmniej 1 000 000 000,00 PLN brutto (słownie: jeden miliard

PLN 00/100);

g) być dopuszczona do ruchu zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Powyższy warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymogu wykazania doświadczenia referencyjnego w ramach jednego Kontraktu należy uznać za nieuzasadniony i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Warunek ten nie spełnia wymogu minimalnego poziomu zdolności i jest nadmierny.

Zgodnie z przepisem art. 112 PZP Zamawiający zobowiązany jest określić warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażają je jako minimalne poziomy zdolności. Zasadę tę potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która m. in w wyroku z dnia 29.01.2021 r. KIO 3489/20 wskazała, że: „Warunki określane przez zamawiającego muszą być (...) ustalone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytej realizacji zamówienia, co oznacza także, że warunki udziału w postępowaniu nie mogą być postawione w taki sposób, aby stanowiły barierę dostępu do postępowania dla wykonawców zdolnych do jego realizacji."

Dla oceny zdolności technicznej czy zawodowej wykonawcy bez znaczenia pozostaje, czy doświadczenie w zakresie wykonania elementów składających się na daną inwestycję nabył w ramach realizacji jednego czy kilku kontraktów budowlanych. Kluczowe dla wykazania odpowiedniego doświadczenia jest natomiast to, ile wykonał robót o parametrach istotnych dla wykonania zadania. Zgodnie z komentarzem do PZP wydanym przez UZP (.) „przez doświadczenie należy rozumieć zasób umiejętności praktycznych, warunkujących zdolność do należytego wykonania określonych czynności (niezawodność)".

Warunek ustalony przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu należy uznać za nadmierny i w efekcie prowadzący do ograniczenia konkurencji. Zgodnie z orzeczeniem ETS

z 23.12.2009 r. (sprawa C-376/08 Serrantoni Srl and Consorzio stabile edili Scrl przeciwko

Comune di Milano) zachowanie zasady proporcjonalności jest równoznaczne z

ograniczeniem gwarantowanej w Traktacie konkurencji w jak najmniejszym stopniu, tj. tylko w takim, jaki jest niezbędny do osiągnięcia celu. Z kolei w orzeczeniu ETS z 27.10.2005 r. sprawa C-234/03 Contse SA, Vivisol Srl and Oxigen Salud SA przeciwko Instituto Nacional

de Gestión Sanitaria (Ingesa), formerly Instituto Nacional de la Salud (Insalud) podniesione zostało, że nieproporcjonalność oznacza nadmierność.

Ad. 5 wniosków odwołania

W zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej, w pkt. 8.1. ppkt 4 a) OPiW Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał, że w ostatnim roku obrotowym, za które zostało zatwierdzone sprawozdanie finansowe, osiągnął przychód ze sprzedaży w zakresie budownictwa kolejowego w wysokości co najmniej 1 mld PLN (słownie: jeden miliard PLN 00/100). Wymóg jest nadmierny i nieproporcjonalny zarówno z uwagi na wymaganą wysokość przychodu za tylko jeden rok jak i z uwagi na ograniczenie tego przychodu do budownictwa kolejowego. Ustalony przez Zamawiającego warunek narusza wskazany w petitum odwołania przepis art. 112 ust. 1 PZP.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zostało wielokrotnie podkreślone, że warunki udziału w postępowaniu powinny być określone na minimalnym poziomie, co oznacza, że nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie (vide: wyrok KIO 1342/19). O określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia można mówić wówczas, gdy warunki te zostaną określone na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego (vide: wyrok KIO 51/19). Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania (vide: wyrok KIO 96/19).

W przedmiotowym postępowaniu postawił wymóg rocznego przychodu ze sprzedaży w sposób niewspółmiernie wysoki i nieuzasadniony, mogący wpłynąć na wykluczenie z postępowania wykonawców dających rękojmię jego należytego wykonania, mających zarówno bogate doświadczenie w zakresie budownictwa kolejowego jak i przychody ich przedsiębiorstw wykraczające ponad 1 miliard złotych, nie ograniczone jednak wyłącznie do budownictwa kolejowego, ale budownictwa infrastrukturalnego, w tym inżynieryjnego, do którego zalicza się obiekty mostowe. Wymogi ustalone przez Zamawiającego okazują się również niewspółmiernie wysokie w porównaniu z wymogami stosowanymi w ostatnich latach w przetargach z zakresu budownictwa kolejowego o podobnej wartości i stopniu skomplikowania, w których postawione wymogi były nie tylko znacznie niższe, ale też nie ograniczały się wyłącznie do budownictwa kolejowego, jak np. w następujących postępowaniach.:

1. Wykonanie robót budowlanych związanych z przebudową stacji Warszawa Zachodnia w ramach projektu POliŚ 5.1-13 pn.: „Prace na linii średnicowej w Warszawie na odcinku

Warszawa Wschodnia - Warszawa Zachodnia" oraz projektu POliŚ 6.1-22 pn.: „Budowa

trasy tramwajowej do Wilanowa wraz z zakupem taboru oraz infrastrukturą towarzyszącą". Warunek: III.1.2) Ogłoszenia sytuacja ekonomiczna i finansowa: Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie Zamówienia, tj.:

a) posiada w ciągu ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres, średni roczny przychód netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej 490

000 000,00 (czterysta dziewięćdziesiąt milionów) PLN, Wartość umowy netto: 1 941 519 840,12 PLN, data zawarcia umowy: 07.07.2020 r.

2. Roboty budowlane na stacji Gdynia Port w ramach Projektu pn. „Poprawa dostępu kolejowego do portu morskiego w Gdyni" Warunek: III.1.2) Ogłoszenia Sytuacja ekonomiczna i finansowa.

Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie Zamówienia, tj.: a) posiada w ciągu ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres, średni roczny

przychód netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej 430 000 000,00 PLN, Wartość umowy netto: 1 487 405 291,36 PLN, data zawarcia umowy: 24.06.2019 r.

3. Wykonanie robót budowlanych na odcinku Czyżew - Białystok od km 107,260 do km 178,500 w ramach projektu „Prace na linii E75 na odcinku Czyżew - Białystok"

Warunek: III.1.2) Ogłoszenia Sytuacja ekonomiczna i finansowa: Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, iż znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej

wykonanie Zamówienia, tj.: a) posiada w ciągu ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres, średni roczny przychód netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej 1.000.000.000,00 PLN (jeden miliard złotych 0/100), Wartość umowy netto: 3 366 019 962,85 PLN, data zawarcia umowy: 26.06.2020 r.

4. Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizacja robót budowlanych w formule „Projektuj i Buduj" dla zadania pn. LOT A - Prace na linii kolejowej 131 na odcinku Chorzów Batory (km 5,900) - Nakło Śląskie (km 29,000) w ramach projektu POIiŚ 5.114 pn. „Prace na linii kolejowej C-E 65 na odc. Chorzów Batory - Tarnowskie Góry - Karsznice - Inowrocław - Bydgoszcz - Maksymilianowo".Warunek: II.1.2) Ogłoszenia Sytuacja ekonomiczna i finansowa, Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, iż znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie Zamówienia, tj.:

a) posiada w ciągu ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres, średni roczny przychód netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej 327 300 000,00 PLN (słownie: trzysta dwadzieścia siedem milionów trzysta tysięcy 00/100 złotych), Wartość umowy netto: 1 242 439 022,17 PLN, data zawarcia umowy: 18.12.2020r.

5.Realizacja robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych wraz ze świadczeniem usług pogwarancyjnych dla tych urządzeń na odcinku podg. Most Wisła - Czechowice-Dziedzice - Zabrzeg w ramach projektu "Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, etap I: linia E 65 na odc. Będzin - Katowice - Tychy - Czechowice-Dziedzice - Zebrzydowice, LOT C odcinek Most Wisła - Czechowice-Dziedzice - Zabrzeg".

Warunek: III.1.2) Ogłoszenia Sytuacja ekonomiczna i finansowa, Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie Zamówienia, tj.: a) 1. posiada w ciągu ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres, średni roczny przychód netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej 289 000 000,00 PLN, Wartość umowy netto: 1 399 752 354.70 PLN, data zawarcia umowy: 10.10.2019 r.

Zgodnie z art. 115 ust. 1 PZP zamawiający może określić warunki, które zapewnią posiadanie przez wykonawców zdolności ekonomicznej lub finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia. Przyjęte przez zamawiającego warunki udziału nie mogą jednak wykraczać poza to, co jest racjonalnie niezbędne do osiągnięcia celu, a więc wyboru oferty pochodzącej od wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia (vide: Komentarz UZP do PZP, Warszawa 2021 r., art. 115 PZP). W niniejszym postępowaniu Zamawiający zdecydowanie wykroczył poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia celu. Odwołujący podnosi, że spełnienie wymogu w zakresie rocznego przychodu w wysokości 1 miliarda złotych w zakresie budownictwa kolejowego, nie stanowi wbrew oczekiwaniom Zamawiającego potwierdzenia tego, że Wykonawca spełniający ten wymóg daje rękojmię należytego wykonania zadania. Może się bowiem okazać, że dany Wykonawca miał przychód ze sprzedaży w zakresie budownictwa kolejowego w ostatnim roku zgodny z wygórowanymi oczekiwaniami Zamawiającego, przychód ten jednak został wygenerowany podczas realizacji zadań nie mających istotnego znaczenia dla zrealizowania zadania będącego przedmiotem zaskarżonego postępowania.

Mając na uwadze powyższe, należy uznać, że nie bez przyczyny wskazuje się w doktrynie, że kryterium przychodów nie jest dobrym miernikiem sytuacji finansowej, ponieważ nie jest wystarczającą informacją o sytuacji ekonomicznej wykonawcy czy o jego zdolności finansowej (vide: Komentarz UZP do PZP, Warszawa 2021 r., art. 115 PZP).

Ad. 6 wniosków odwołania

W pkt. 4 OPiW Zamawiający zastrzegł możliwość unieważnienia postępowania lub zawarcia umowy w przypadku braku zgody Zgromadzenia Wspólników. Zastrzeżenie to zostało dokonane z naruszeniem przepisów PZP. Przesłanki unieważnienia postępowania zawarto w przepisach art. 255, 256, 257 i 258 PZP. Żaden z nich nie daje Zamawiającemu uprawnienia do zastrzeżenia możliwości unieważnienia postępowania w przypadku braku zgody Zgromadzenia Wspólników.

Ad. 7 wniosków odwołania

W postępowaniu będącym przedmiotem niniejszego odwołania Zamawiający wbrew wymogom art. 7 pkt 9 PZP nie ustalił obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriów selekcji i obiektywnej i niedyskryminacyjnej oceny przyjętych kryteriów.

W pkt 9.2.OPiW i pkt II.2.9) Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający ustalił cztery kryteria

selekcji:

1. Stopień podobieństwa Inwestycji Referencyjnej do inwestycji będącej przedmiotem postępowania,

2. Rozwiązywanie problemów,

3. Terminowość wykonania Inwestycji Referencyjnej,

4. Sytuacja ekonomiczna i finansowa Wykonawcy.

W odniesieniu do kryterium stopnia podobieństwa Inwestycji Referencyjnej do inwestycji będącej przedmiotem postępowania, Zamawiającego przyjął skalę ocen 1-5, gdzie 1 - żadnego podobieństwa, 2 - słabe podobieństwo, 3 - podobieństwo, 4 - duże podobieństwo, 5 - zgodność lub przewyższanie cech zamówienia.

Zamawiający zobowiązany jest ustalić warunki punktacji i oceny w sposób jasny, przejrzysty i zrozumiały dla przeciętnego Wykonawcy. Kryteria ustalone w niniejszym postępowaniu wymogów tych nie spełniają. Zamawiający zamierza przyznać wykonawcy do 80 punktów, co tym samym czyni przedmiotowe kryterium selekcji kryterium kluczowym, o największym znaczeniu dla selekcji wykonawców. Jednocześnie też sposób przyznawania punktów jest zupełnie dowolny, oparty na subiektywnej ocenie Zamawiającego. Odwołujący nie kwestionuje uprawnienia Zamawiającego do ustaleni kilku kryteriów selekcji. W takiej sytuacji konieczne jest jednak określenie wag tych kryteriów i zasad, na jakich będą punktowani wykonawcy. Sposób konstruowania kryteriów selekcji powinien być zgodny z zasadą przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Dlatego kryteria powinny być jasne, precyzyjne i jednoznaczne, tak aby przeciętny wykonawca mógł zrozumieć ich treść i zinterpretować je w taki sam sposób, a zamawiający mógł mieć pewność, kiedy i w jakim stopniu dane kryterium jest przez wykonawcę spełnione (vide: komentarz do art. 7 PZP w „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz", wyd. Urząd Zamówień Publicznych(.). Ustanowione przez Zamawiającego kryteria selekcji są całkowicie niejasne i niemierzalne. Zamawiający nie wskazuje w odniesieniu do kryterium selekcji określonego w pkt. 9.2. ppkt 1 OPiW, na czym będzie polegało podobieństwo „słabe" a na czym podobieństwo „duże", nie precyzuje szczegółowo przesłanek wypełnienia poszczególnych kryteriów, poprzez rzeczowe wskazanie, za jaki zakres rzeczowy, ile przyzna punktów, jak np. że za określoną ilość km torów lub za określoną liczbę rozjazdów przyznana zostanie określona ilość punktów. Takie ustalenie kryteriów selekcji pozwala Zamawiającemu na całkowitą dowolność oceny.

Ponadto Odwołujący zarzuca, że w pkt. 9.2. ppkt. 1 OPiW i odpowiednio pkt II.2.14 Ogłoszenie o zamówieniu (pierwsze kryterium selekcji) Zamawiający przewidział, iż w przypadku, jeżeli Inwestycja Referencyjna podlegała prawu polskiemu, przyznane punkty zostaną przemnożone przez 2. Warunek ten należy uznać za niezgodny z systemem prawa unijnego oraz zasadami wspólnego rynku (swobodnego przepływu towarów, osób, usług i kapitału). Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, a także stanowiskiem Ministerstwa Rozwoju Regionalnego, za kryteria dyskryminacyjne uznaje się konieczność posiadania wcześniejszego doświadczenia w realizacji projektów na terenie danego państwa członkowskiego (vide np. wyrok KIO 2609/19).

Zamawiający prowadząc postępowanie, ma wprawdzie prawo zawęzić krąg wykonawców przez ustalenie określonych warunków udziału w postępowaniu, jednak ograniczenie kręgu wykonawców - odpowiednich do realizacji przedmiotu zamówienia może się odbywać wyłącznie w sposób obiektywny i niedyskryminujący. Zdaniem Odwołującego przyznanie dodatkowych punktów za realizację inwestycji, o ile podlegała ona prawu polskiemu, czyli była realizowana na terenie Polski ma charakter dyskryminujący wykonawców, realizujących prace budowlane także poza Polską. Zgodnie z opisanym kryterium selekcji wykonawcy, którzy zrealizowali inwestycje o podobnym charakterze, o zbliżonym stopniu złożoności czy w zbliżonych uwarunkowaniach terenowych będą gorzej traktowani niż wykonawcy, który wykonali roboty na terenie Polski, choćby nawet roboty te miały mniejszy stopień skomplikowania. W związku z powyższym Odwołujący zarzuca również niezgodność treści pkt. 9.2. ppkt. 1 OPiW z art. 16 pkt 1 PZP.

Jako drugie kryterium selekcji (pkt. 9.2. ppkt. 2 OPiW) Zamawiający przyjął rozwiązywanie problemów. Ocenione mają zostać informacje zawarte w punkcie 3 „Kwestionariusza inwestycji", tj. problemy techniczne oraz problemy organizacyjne, jakie Wykonawca napotkał w toku realizacji Inwestycji Referencyjnej. W pierwszej kolejności Odwołujący podnosi, że informacje, które zostaną podane w całości zależą od Wykonawcy, nie sposób oczekiwać, aby Wykonawcy podali informacje dla nich niekorzystne. Tym samym nie sposób uznać to kryterium selekcji za obiektywne, a w szczególności pozwalające obiektywnie stwierdzić, czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ponadto Odwołujący podnosi, że zasady przyjęte przez Zamawiającego do oceny działań pozwalają na całkowitą dowolność oceny przez Zamawiającego. Zamawiający nie wskazał, na jakiej podstawie i jaką miarą

stwierdzi, czy Wykonawca podjął „standardowe działania dla rozwiązania problemu", za które przyzna mu 2 punkty; jakie działania i na jakiej podstawie zostaną uznane za dobrze przemyślane, za które przyzna mu 3 punkty. Zamawiający nie wskazał też, na jakiej podstawie uzna, że Wykonawca podjął specyficzne dla projektu inicjatywy zmierzające do rozwiązania istotnego problemu oraz zapobiegające powtarzaniu się podobnych problemów w przyszłości, za które zostaną przyznane 4 punkty. Na podstawie tak przyjętej skali ocen Zamawiający zamierza przyznać wykonawcy do 20 punktów.

Jako trzecie kryterium selekcji Zamawiający przyjął ocenę terminowości wykonania Inwestycji Referencyjnej. Ocenie mają podlegać informacje zawarte w punkcie 4 „Kwestionariusza inwestycji". W pierwszej kolejności Zamawiający zamierza obliczyć wskaźnik procentowego przyspieszenia/opóźnienia w stosunku do terminu określonego w umowie, łącznie z ewentualnymi zmianami tej umowy. Następnie punkty przyznane w ramach kryteriów 1) i 2) zostaną przemnożone przez wskaźnik przyspieszenia (powiększone o procentowe przyspieszenie) lub opóźnienia (pomniejszone o procentowe opóźnienie). Zamawiający nie wskazał, jak zostanie obliczony wskaźnik procentowego przyśpieszenia/opóźnienia. Ponadto przez wskaźnik przyśpieszenia Zamawiający zamierza przeliczyć punkty przyznane w ramach kryteriów 1) i 2), które to kryteria podobnie jak trzecie kryterium selekcji nie spełniają wymogów wskazanych w art. 7 pkt 9 PZP. A zatem również trzecie kryterium selekcji należy uznać za nieobiektywne pozwalające na całkowitą dowolność oceny Zamawiającego.

Jako czwarte kryterium selekcji Zamawiający przyjął ocenę sytuacji ekonomicznej i

finansowej Wykonawcy. W ramach tego kryterium ocenie poddane zostaną informacje zawarte w pkt 5) Kwestionariusza Inwestycji w zależności od tego czy wykonawca posiada czy nie i na jakim poziomie rating inwestycyjny u jednej z trzech wiodących agencji ratingowych: Standard & Poor's, Fitch Ratings, Moody's. W pierwszej kolejności Odwołujący podnosi, że Zamawiający bez uzasadnienia oparł ocenę sytuacji ekonomicznej i finansowej na ratingu agencji ratingowej, a w szczególności 3 wybranych przez Zamawiającego agencji ratingowych. Wymóg ten jest nadmierny i w efekcie prowadzi do ograniczenia konkurencji.

Posiadanie ratingu jakiejkolwiek agencji ratingowej nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa, w tym w szczególności w art. 115 PZP, w którym

Ustawodawca wskazał, jakie warunki może określić Zamawiający w celu ustalenia sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy. Przyznanie przez Zamawiającego dodatkowych punktów w przypadku spełnienia wymogu posiadania ratingu agencji ratingowej stanowi niedozwoloną dyskryminację wykonawców i tym samym zawężanie kręgu wykonawców, którzy pomimo znakomitej sytuacji finansowej mogą nie posiadać ratingów, gdyż nie mają takiego obowiązku. Zamawiający nie wskazał też, jakie będą zasady przyznawania punktów w ramach tego kryterium selekcji.

Ustalone przez Zamawiającego kryteria selekcji naruszają podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku (...) KIO 699/18: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zatem Zamawiający zobowiązany jest do przygotowania postępowania tak, aby wykonawcy biorący udział w tym postępowaniu posiadali pełną wiedzę w jaki sposób Zamawiający będzie dokonywał oceny składanych wniosków, jakimi zasadami przy ocenie wniosków będzie się kierował." Podobnie wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości UE w orzeczeniu z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie C-171/15 Connexxion Taxi Services BV, wskazując, że obowiązek przejrzystości wymaga, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, tak by umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego - wnosząc o uwzględnienie podnoszonych w odwołaniu zarzutów przystąpiło dwóch wykonawców: (1) TrackTec Construction sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i (2) ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie.

Z kolei do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu - wnosząc o oddalenie podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

Zamawiający w piśmie z dnia 8 sierpnia 2022 r. w odpowiedzi na podnoszone w odwołaniu zarzuty podał (...) Zamawiający, w wyniku analizy odwołań oraz pytań Wykonawców dokonał pewnych zmian warunków zamówienia, po części wychodzących naprzeciw żądaniom Odwołującego. Dlatego Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości jako nieuzasadnionego". W uzasadnienie w szczególności wskazał:

(.)

Zamawiający prowadzi postępowanie w celu wyboru wykonawcy największej inwestycji kolejowej w Polsce. Modernizacja Rejonu Przeładunkowego Małaszewicze (RPM) przewyższa dotychczasowe inwestycje kolejowe nie tylko wartością, ale i stopniem skomplikowania oraz koniecznością realizacji przy zapewnieniu maksymalnej przepustowości („pod ruchem"). Przedmiotowa inwestycja ma strategiczne znaczenie dla Polski. Są to wrota, przez które przechodzi 80% lądowego transportu z Chin do UE. Z infrastruktury, którą zarządza Zamawiający korzystają prywatne podmioty zajmujące się przeładunkiem towarów. Jakiekolwiek opóźnienie w realizacji inwestycji, nie zapewnienie przejezdności będzie mieć olbrzymie konsekwencje dla: 1) państw europejskich - poprzez pozbawienie ich możliwości transportu lądowego w handlu z Chinami, 2) państwa polskiego - poprzez utratę strategicznej pozycji jako kraju tranzytowego, utratę przychodów z VAT i innych korzyści płynących z modernizowanego RPM (rozwój gospodarczy i społeczny terenów przy wschodniej granicy), 3) Zamawiającego - poprzez konieczność wypłaty gigantycznych odszkodowań na rzecz spółek prowadzących działalność przeładunkową w RPM, które każdego dnia odcięcia od transportu kolejowego ponoszą milionowe straty. Wyjątkowy charakter przedmiotowego zamówienia powoduje wyjątkowe podejście Zamawiającego do procedury udzielenia tego zamówienia. Tymczasem Odwołujący nie rozumie i nie bierze pod uwagę przedmiotu zamówienia, domagając się wręcz stosowania standardowych narzędzi.

1. Tryb

Pierwszym z bezzasadnych zarzutów i żądań Odwołującego jest:

1. Nakazanie Zamawiającemu zmiany trybu postępowania na zgody z przepisami ustawy

PZP, np. na tryb przetargu nieograniczonego; ewentualnie

2. Unieważnienie postępowania, Po pierwsze dialog konkurencyjny nie jest trybem niekonkurencyjnym, jak twierdzi Odwołujący. Po drugie, zgodnie z przepisami ustawy Pzp (art. 376) zamówienie sektorowe może być udzielone w tym trybie niezależnie od przesłanek określonych w art. 170 Pzp. Po trzecie, nawet, gdyby miały zastosowanie przesłanki określone w art. 153 Pzp, przedmiotowa inwestycja realizowana jest w formule zaprojektuj i zbuduj, co jest wypełnieniem pkt 2) - roboty budowlane obejmują rozwiązania projektowe.

2. Krótka lista - Odwołujący, zapewne zdając sobie sprawę z absurdalności zarzutu nr 1 i 2 żąda:

> 3. Nakazanie Zamawiającemu rozszerzenia maksymalnej liczby wykonawców co najmniej do 6 ewentualnie rezygnacji z tego ograniczenia i zmiany w tym zakresie ogłoszenia o zamówieniu i odpowiednich postanowień OPiW;

Po pierwsze, liczba trzy jest liczbą zapewniającą konkurencję. Po drugie, ustawa Pzp wymaga, aby właśnie taka liczba wykonawców była zakwalifikowana do udziału w postępowaniu (art. 177 ust. 1 Pzp). Po trzecie, koszty udziału w postępowaniu będą znaczące i w sytuacji, gdy Zamawiający nie przewiduje ich zwrotu - zaproszenie do udziału trzech najlepszych wykonawców pozwala im na poniesienie tych kosztów, gdyż prawdopodobieństwo uzyskania zamówienia wynosi 33%. Przy większej liczbie zakwalifikowanych wykonawców Zamawiający nie mógłby liczyć na odpowiednie zaangażowanie wykonawców i nie uzyskałby wartości dodanej, lecz przeciwnie, stanowiłoby to utrudnienie dla prowadzonego postępowania.

3. Wartość inwestycji referencyjnej - Odwołujący żąda:

> 4. Nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych poprzez rezygnację z wymogu
>
> posiadania doświadczenia w ramach jednej Umowy o wartości 1.000.000.000 zł, np. poprzez odniesienie doświadczenia do zakresu rzeczowego a nie kwotowego i zmiany w tym zakresie ogłoszenia o zamówieniu i odpowiednich postanowień OPiW;

Zamawiający odmawia usunięcia z opisu inwestycji referencyjnej warunku dotyczącego

wartości. Zamawiający ma prawo opisać zamówienie podobne również poprzez jego wartość, zwłaszcza, gdy wartość ta, po zmianie, kształtuje się na poziomie kilkunastu procent wartości zamówienia. Zamawiający określił przede wszystkim warunki techniczne dotyczące inwestycji referencyjnej, w tym branże, w jakich powinny być prowadzone roboty. Zamawiający nie zamierza definiować zamówienia podobnego poprzez sprecyzowanie parametrów odnoszących się do zakresu rzeczowego, gdyż nie było w Polsce realizowane żadne zamówienie o zbliżonym nawet zakresie rzeczowym. Poza tym, nie w długości torów, czy liczbie rozjazdów tkwi problem przedmiotowego zamówienia, lecz w ich nagromadzeniu

na niewielkim obszarze.

4. Wielkość przychodów - Odwołujący żąda:

> 5. Nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej poprzez rezygnację z wymogu wykazania przychodu za ostatni rok obrotowy w zakresie budownictwa kolejowego w wysokości 1.000.000.000 zł lub poprzez nakazanie wskazania tego przychodu w zakresie budownictwa, a w konsekwencji nakazanie zmiany w tym zakresie ogłoszenia o zamówieniu i odpowiednich postanowień OPiW;

Zamawiający spełnił częściowo to żądanie odnosząc wartość 1 mld zł do robót budowlanych, pozostawiając jednak warunek dotyczący uzyskania przychodów z robót w zakresie budownictwa kolejowego w wysokości 700 mln zł.

Zamawiający odmawia wykreślenia wymagania dotyczącego przychodu w zakresie budownictwa kolejowego. Po pierwsze, ustawa Pzp jednoznacznie dopuszcza stawianie takich warunków (art. 115 ust. 1 pkt 1). Po drugie, Zamawiający nie może dopuścić do realizacji zamówienia firmy ogólnobudowlanej, gdyż przedmiotem postępowania są wysoce specjalistyczne roboty kolejowe. Zważywszy na bardzo zaniżone wymaganie dotyczące wartości inwestycji referencyjnej (kilkanaście procent wartości zamówienia), Zamawiający wymaga wykazania się realizacją również innych robót kolejowych o łącznej wartości 700 mln zł w ciągu roku. Jest to niezbędny element weryfikacji zarówno sytuacji finansowej i ekonomiczniej, jak i doświadczenia wykonawców.

5. Możliwość unieważnienia - Odwołujący wnosi o:

> 6. Nakazanie Zamawiającemu usunięcia pkt 4 OPiW w zakresie podstaw unieważnienia postępowania;

Odwołującemu chodzi prawdopodobnie jedynie o końcowy fragment pkt 4 OPiW dotyczący zgody Zgromadzenia Wspólników. Zamawiający jest spółką prawa handlowego. Zgodnie z § 28 ust. 1 pkt 18) umowy Spółki zaciągnięcie zobowiązań lub rozporządzenie prawami o wartości równej lub przewyższającej kwotę 5 000 000 zł brutto przez Zarząd Spółki wymaga wyrażenia zgody przez Zgromadzenie Wspólników. Dnia 1 grudnia 2021 r. został podpisany list intencyjny w sprawie sprzedaży udziałów CARGOTOR sp. z o.o., pomiędzy PKP CARGO S.A. a PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakończenie negocjacji w tej sprawie zostało ustalone:

• pierwszy termin do 30 czerwca 2022 r.

• drugi termin do 30 września 2022 r.

• trzeci termin do 31 grudnia 2022 r.

Spółka ogłaszając postępowania (i obecnie) nie zna terminu zakończenia negocjacji a obecny właściciel nie jest zainteresowany zaciągnięciem takiego zobowiązania. Zamawiający ma świadomość, że unieważnienie postępowania z omawianej przyczyny może zostać potraktowane jako spełniające przesłankę art. 255 pkt 6) Pzp z konsekwencjami określonymi w art. 261 Pzp. Niemniej Zamawiający uważa, że uczciwość kupiecka wymaga poinformowania Wykonawców o powyższych okolicznościach (co reszta zainteresowanych zamówieniem przyjęła za zrozumieniem).

6. Kryteria selekcji - Odwołującemu nie podobają się również przewidziane kryteria selekcji:

7. Nakazanie Zamawiającemu zmiany kryteriów selekcji poprzez nakazanie ustalenia obiektywnych i niedyskryminujących, przejrzystych i proporcjonalnych kryteriów oraz sposobu ich oceny (punktacji) w odniesieniu do kryteriów dotyczących: Stopnia podobieństwa Inwestycji Referencyjnej do inwestycji będącej przedmiotem postępowania, Rozwiązywania problemów, Terminowości wykonania Inwestycji Referencyjnej, a w odniesieniu do kryterium Sytuacji ekonomicznej i finansowej Wykonawcy nakazanie rezygnacji z tego kryterium, a w konsekwencji nakazanie zmiany w tym zakresie ogłoszenia o zamówieniu i odpowiednich postanowień OPiW.

6a. Stopień podobieństwa

Przedmiotem zamówienia jest realizacja kompleksowych robót budowlanych, które zostały umownie podzielone na cztery branże: torowa, srk, elektroenergetyka i pozostałe (towarzyszące). W ramach każdej z tych branż stopień skomplikowania robót przejawia się w wielu aspektach, które zostały opisane w pkt. od 2.1 do 2.4 Kwestionariusza Inwestycji. Żaden z tych wymiarów samodzielnie nie przesądza o wielkości i stopniu skomplikowania, czy to przedmiotowego zamówienia, czy zamówienia referencyjnego. Przykładowo: ani liczba kilometrów torów, ani liczba rozjazdów, ani wielkość głowic w oderwaniu od siebie nie mogą być miarą stopnia podobieństwa. Dopiero uwzględnienie łącznie wszystkich informacji umożliwia ocenę stopnia skomplikowania inwestycji referencyjnej i jej stopnia podobieństwa do przedmiotowego zamówienia. Dlatego Zamawiający wyodrębnił osiem podkryteriów selekcji, których kompleksowa ocena może dać odpowiedź na pytanie o stopień podobieństwa inwestycji referencyjnej. W ramach każdego z podkryteriów selekcji Zamawiający dokona oceny stopnia podobieństwa na skali od 1 do 5 punktów. Nie można sparametryzować takiej oceny i sprowadzić jej do arkusza kalkulacyjnego, który będzie automatycznie przyznawał określoną liczbę punktów np. za liczbę tkm czy liczbę podstacji i kabin sekcyjnych (podkryterium elektroenergetyki). Byłoby to z inżynierskiego punktu widzenia absurdalne. Nie jest to również wymagane przepisami ustawy Pzp, która nie wymaga aby kryteria selekcji, podobnie, jak kryteria oceny oferty były wymierne. Więcej, ustawa Pzp, w ślad za prawem europejskim wskazuje, że „Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach” (art. 240 ust.

2).

Po pierwsze, nawet, jeśli przepisy ustawy dotyczące kryteriów oceny ofert należy odpowiednio odnieść do kryteriów selekcji, to jednak jest to podobieństwo dalekie. W przeciwieństwie do kryteriów oceny oferty oceniających kształtowane przez Wykonawców elementy oferty, kryteria selekcji bazują na twardych danych inwestycji referencyjnej, których Wykonawcy nie mogą zmienić. O ile więc informacja o zasadach oceny ofert może posłużyć Wykonawcy do dopasowania swojej oferty do kryteriów - Wykonawca nie ma żadnego wpływu na cechy wykonanego wcześniej zamówienia i nie może ich zmienić w celu uzyskania większej liczby punktów.

Po drugie, jeśli zasada powyższa odnosi się do kryteriów oceny ofert - tym bardziej jest zasadna w przypadku kryteriów selekcji, do których należy podchodzić bardziej elastycznie (z przyczyn wymienionych wyżej).

Zważywszy powyższe, w żadnym przypadku nie można twierdzić, że przyjęte przez Zamawiającego kryterium podobieństwa inwestycji referencyjnej jest niezgodne z przepisami ustawy Pzp, w szczególności, że daje Zamawiającemu nieograniczoną swobodę oceny. Więcej: Zamawiający oparł się na raporcie z badania „Ewaluacja rozwiązań stosowanych w celu oceny i wyboru ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w projektach drogowych i kolejowych realizowanych w ramach POIiŚ wobec rozwiązań stosowanych w innych krajach członkowskich UE” opublikowanym przez Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju. Jako dobrą praktykę Highways Agency wskazano tam kryterium selekcji „Stopień podobieństwa zamówienia referencyjnego” (str. 99):

Stopień podobieństwa zamówienia referencyjnego do tego, które jest przedmiotem postępowania jest mierzony przy użyciu kilku kryteriów, z których 5 jest obligatoryjne, pozostałe powinny być dobrane by odzwierciedlić specyfikę przedmiotu zamówienia. Obligatoryjne kryteria uwzględniają następujące cechy kontraktu:

1) Rodzaj prac: budowa, przebudowa, modernizacja, remont, zaprojektuj i zbuduj, utrzymanie itp.

2) Wartość zamówienia: całkowita lub średnioroczna,

3) Czas realizacji: jak dawno roboty zostały ukończone lub stan zaawansowania (jeśli trwają),

4) Typ kontraktu: Highways Agency rozróżnia ogólne warunki ECI, ECC, DBFO, MAC, TechMAC, NEC, na gruncie polskim można byłoby wyróżnić: FIDIC, wynagrodzenie kosztorysowe, wynagrodzenie ryczałtowe,

5) Komunikacja: z klientami, interesariuszami, administracją, lokalną społecznością itp.

Przed publikacją ogłoszenia o zamówieniu dobierane są nie tylko kryteria (wszystkie mają tę samą wagę), ale i sposób ich oceny. To może być tak proste, jak różnice procentowe dla kryterium wartości umowy lub bardziej opisowe, na podstawie konkretnego zamówienia.

Jednak sposób oceny podobieństwa umowy nie jest udostępniany wykonawcom. Ocena jest dokonywana na skali 1-5, gdzie: 1 - żadnego związku, 2 - słaby związek, 3 - podobieństwo, 4 - duże podobieństwo, 5 - zupełne podobieństwo).

Jak widać, Zamawiający znacznie precyzyjniej określił zakres informacji poddawanych ocenie acz zastosował tę samą skalę oceny.

Informacje przedstawione przez Wykonawców na Kwestionariuszu Inwestycji zostaną ocenione przez biegłych inżynierów kolejowych, na podstawie ich wiedzy i doświadczenia. Inwestycje referencyjne zostaną porównane z przedmiotową inwestycją oraz między sobą, co gwarantuje, że mniejsza i prostsza w każdym z podkryteriów otrzyma mniej punktów od większej i bardziej skomplikowanej. Każdy z Wykonawców będzie mógł sprawdzić rzetelność tej oceny.

6b Rozwiązywanie problemów

Również w tym zakresie Zamawiający oparł się na najlepszej praktyce międzynarodowej. Przywołany Raport opisuje kryterium selekcji „Jakość wykonania wcześniejszych zamówień": Kryteria oceny jakości wykonania wcześniejszych zamówień są następujące:

1) ogólne zadowolenie klienta z produktu: czy osiągnięto zakładane cele,

2) ogólne zadowolenie klienta ze świadczonych przez wykonawcę usług: organizacja pracy i zarządzanie, zatrudnianie specjalistów, dostawców, podwykonawców, relacja i komunikacja z klientem oraz interesariuszami, zarządzanie wartością, zarządzanie zmianą, zrównoważony rozwój,

3) „od razu dobrze" (Right First Time): unikanie konieczności powtórnego wykonywania robót, poprawianie błędów bez czekania na polecenie, czerpanie nauki z dobrej praktyki,

4) rzetelność szacowania kosztów: zdolność szacowania budżetu, prognozowania zmian, przewidywania kosztów,

5) rzetelność szacowania terminów: zdolność przewidywania terminów realizacji, umiejętność tworzenia harmonogramów, konieczność zmian harmonogramu.

Ocena spełniania każdego z w/w kryteriów odbywa się na skali 0-10, gdzie 0 - zupełnie niezadowalający, 2 - bardzo niezadowalający, 4 - trochę niezadowalający, 5 - ani zadowalający ani nie, 6 - zadowalający, 8 - wysoce zadowalający, 10 - całkowicie zadowalający. Zamawiający zastosował tylko jedno z wymienionych podkryteriów: w jaki sposób wykonawca rozwiązywał napotkane problemy dla zapobieżenia ich występowaniu w przyszłości (czerpanie nauki z dobrej praktyki) dostosowując je do specyfiki przedmiotowego zamówienia. Również ocena została dużo bardziej sprecyzowana, w postaci tabeli zamieszczonej w pkt 9.1.2) OPiW. Taka ocena bez wątpienia nie pozostawia Zamawiającemu nieograniczonej swobody oceny, co zostało potwierdzone wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej. Również tego kryterium nie można sprowadzić do oceny wymiernej bez doprowadzania jej do absurdu. To Wykonawca ubiegający się o zamówienie powinien zademonstrować Zamawiającemu swoją zdolność rozwiązywania problemów natury technicznej i organizacyjnej, od których nie jest wolna żadna budowa. Szczególne zdziwienie budzą następujące stwierdzenia odwołania:

W pierwszej kolejności Odwołujący podnosi, że informacje, które zostaną podane w całości zależą od Wykonawcy, nie sposób oczekiwać, aby Wykonawcy podali informacje dla nich niekorzystne. Tym samym nie sposób uznać to kryterium selekcji za obiektywne, a w szczególności pozwalające obiektywnie stwierdzić, czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności Zamawiający podnosi, że nie przystoi Odwołującemu, który uchodzi za wiarygodnego wykonawcę sugerować, że poda (podobnie, jak jego konkurenci) nieprawdziwe informacje będące podstawą oceny. Zarówno ustawa Pzp, jak i Kodeks karny przewidują odpowiednie sankcje za podanie nieprawdziwych informacji w celu uzyskania zamówienia publicznego, z których to sankcji Zamawiający nie zawaha się skorzystać. Po drugie, nie zmienia to faktu, że samo kryterium selekcji jest obiektywne. Dodatkowo, Zamawiający zapewni anonimowość oceny wniosków w tym zakresie (oceniający to kryterium nie będą wiedzieli, czyj wniosek oceniają), co dodatkowo zapobiegnie ewentualnej stronniczości. Po trzecie Odwołujący miesza warunki udziału w postępowaniu i kryteria selekcji, co również nie przystoi szacownej firmie.

6c. Terminowości wykonania Inwestycji Referencyjnej

Zupełnie niezrozumiały jest zarzut braku precyzji tego kryterium, gdyż ocena w jego ramach będzie oceną zalgorytmizowaną. Zaradzając jednak niewiedzy Odwołującego co do sposobu liczenia procentowego przyspieszenia lub opóźnienia, Zamawiający dodał w punkcie 9.2.3)

OPiW odpowiedni wzór.

6d. Rating

Odwołujący demonstruje również niezrozumienie kwestii ratingu inwestycyjnego.

W pierwszej kolejności Odwołujący podnosi, że Zamawiający bez uzasadnienia oparł ocenę sytuacji ekonomicznej i finansowej na ratingu agencji ratingowej, a w szczególności 3 wybranych przez Zamawiającego agencji ratingowych. W pierwszej kolejności Zamawiający podnosi, że nie wybrał trzech agencji ratingowych, lecz na świecie istnieją trzy wiodące agencje ratingowe i nic, w szczególności wybór Zamawiającego, tego w krótkim terminie nie zmieni. Po drugie, wymóg ten nie jest nadmierny i - wbrew twierdzeniu Odwołującego - nie prowadzi do ograniczenia konkurencji. Nie jest to warunek udziału w postępowaniu, a liczba zakwalifikowanych Wykonawców jest z góry określona. Oznacza to, że - niezależnie od tego czy Wykonawcy będą posiadać rating (i jaki) - pozostaje to bez wpływu na konkurencyjność postępowania. Zamawiający weźmie pod uwagę ocenę ratingową przeprowadzaną przez wyspecjalizowane agencje ratingowe. Proces przydzielenia oceny obejmuje kompleksowe i szczegółowe badanie kondycji finansowej podmiotu oraz jego otoczenia. Ponieważ proces oceny podmiotu przeprowadzany przez agencje jest w pełni niezależny i obiektywny, jest to najlepszy miernik wiarygodności inwestycyjnej wykonawców. Z uwagi jednak na to, że niewiele firm posiada taką ocenę, Zamawiający nie ustanowił warunku udziału, lecz kryterium selekcji. Zważywszy na niewielką wagę tego kryterium (3 punkty), jego spełnienie nie wydaje się konieczne do zakwalifikowania do udziału w postępowaniu. Na zakończenie, Zamawiający protestuje przeciwko próbie wymuszania na nim sposobu badania kwalifikacji wykonawców chcących ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. To Zamawiający jest inwestorem i gospodarzem postępowania, odpowiada nie tylko za przeprowadzenie postępowania, ale przede wszystkim za zapewnienie należytego wykonania zamówienia.

Zważywszy wielkość inwestycji, Zamawiający i tak określił wymagania na poziomie znacznie niższym, niż jest to standardowo zalecane. Niemniej Zamawiający zobowiązany jest uczynić wszystko, aby, działając w granicach prawa, powierzyć realizację zamówienia odpowiednio wiarygodnemu podmiotowi. Zarówno warunki udziału w postępowaniu, jak i kryteria selekcji zostały określone proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia oraz możliwości działających na rynku europejskim wykonawców.

(...)

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący na posiedzeniu w dniu 9 sierpnia 2022 r. oświadczył, że cofa zarzuty wskazane w odwołaniu w zakresie:

1) (str 2) w punktach 1, 2 i 3 dotyczących zastosowanego trybu postępowania - dialogu konkurencyjnego;

2) (str 2) w punkcie 6 - dotyczącym punktu III.1.2) ppkt 4a Ogłoszenia o zamówieniu i odpowiednio pkt 8.1 ppkt 2 OPiW;

3) (str 3) w punkcie 8 - w części tj. w zakresie dotyczącym kryterium selekcji: terminowość wykonania inwestycji oraz podwójnego punktowania inwestycji realizowanych w Polsce.

W konsekwencji w zakresie cofniętych zarzutów także cofnął związane z tym żądania. W pozostałym zakresie podtrzymał podnoszone zarzuty.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp: „Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy". Stosownie z kolei do postanowień art. 520 ust. 2 Pzp: „2.Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby". W niniejszej sprawie ma zastosowanie wskazany przepis, albowiem

Odwołujący w piśmie z dnia 8 sierpnia br. jednoznacznie oświadczył, że wycofuje odwołanie w całości. Izba stwierdziła tym samym, że przedmiotowe odwołanie zostało na podstawie

wskazanego art. 520 ust. 1 ustawy Pzp skutecznie wycofane przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron i rozprawy dla którego termin został wyznaczony na dzień 9 sierpnia 2022 r. Zgodnie zatem z art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Zarzuty podnoszone w odwołaniu, a podtrzymane przez Odwołującego nie podlegają uwzględnieniu.

Rozpoznając zarzuty związane z liczbą zaproszonych wykonawców oraz z kwestionowanym warunkiem, co do jego wartości oraz wskazane kryteria selekcji i podstawy umorzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba miała na uwadze następujące okoliczności:

Zgodnie z postanowieniami Ogłoszenia sekcja II.2.4):

„Przedmiotem inwestycji jest przebudowa, rozbudowa i budowa infrastruktury kolejowej i towarzyszącej w Rejonie Przeładunkowym Małaszewicze położonym w powiecie bialskim, na terenie gmin Terespol, Piszczac i Zalesie. Rejon Przeładunkowy Małaszewicze to obszar infrastruktury kolejowej zlokalizowany w obrębie przejścia granicznego Terespol - Brześć, zarządzany przez Inwestora - CARGOTOR sp. z o.o., obejmujący swoim zasięgiem stacje kolejowe Kobylany, Małaszewicze, Bór, Chotyłów oraz przyległe tory dojazdowe do punktów ekspedycyjnych (terminali towarowych) będących w zarządzie innych spółek kolejowych.

Układ torów kolejowych na terenie Rejonu Przeładunkowego Małaszewicze jest skomunikowany z siecią kolejową kraju przez linię kolejową nr 2 Warszawa Zachodnia - Terespol, zarządzaną przez PKP Polskie Linie Kolejowe SA. Inwestycja, poza robotami torowymi, obejmuje również całą infrastrukturę towarzyszącą w zakresie branż: •drogowej wraz z odwodnieniem, •architektonicznej i konstrukcyjnej, • mostowej, • sterowania ruchem kolejowym, • sanitarnej, • teletechnicznej, • trakcyjnej, • elektroenergetycznej, • środowiskowej". Również przedmiot tego zamówienia obejmuje (częściowo) zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych realizacją Projektu pn. Modernizacja infrastruktury kolejowej w Rejonie Przeładunkowym Małaszewicze na granicy UE z Białorusią.

Mając na uwadze specyfikę i złożoność tego przedmiotu zamówienia, Izba dokonując oceny podnoszonych zarzutów musiała mieć na uwadze argumentację Zamawiającego, którą ten przedstawił w pisemnym stanowisku, a także podkreślał na rozprawie, że to postępowanie prowadzi (.) w celu wyboru wykonawcy największej inwestycji kolejowej w Polsce. Modernizacja Rejonu Przeładunkowego Małaszewicze (RPM) przewyższa dotychczasowe inwestycje kolejowe nie tylko wartością, ale i stopniem skomplikowania oraz koniecznością realizacji przy zapewnieniu maksymalnej przepustowości („pod ruchem"). Przedmiotowa inwestycja ma strategiczne znaczenie dla Polski. Są to wrota, przez które przechodzi 80% lądowego transportu z Chin do UE. Z infrastruktury, którą zarządza Zamawiający korzystają prywatne podmioty zajmujące się przeładunkiem towarów. Jakiekolwiek opóźnienie w realizacji inwestycji, nie zapewnienie przejezdności będzie mieć olbrzymie konsekwencje dla: 1) państw europejskich - poprzez pozbawienie ich możliwości transportu lądowego w handlu z Chinami, 2)państwa polskiego - poprzez utratę strategicznej pozycji jako kraju tranzytowego, utratę przychodów z VAT i innych korzyści płynących z modernizowanego RPM (rozwój gospodarczy i społeczny terenów przy wschodniej granicy),

3) Zamawiającego - poprzez konieczność wypłaty gigantycznych odszkodowań na rzecz spółek prowadzących działalność przeładunkową w RPM, które każdego dnia odcięcia od transportu kolejowego ponoszą milionowe straty". Niewątpliwie w przypadku tego zamówienia można o wyjątkowym charakterze jego przedmiotu, co wymagało opisu warunków nie tylko z zastosowaniem standardowych rozwiązań i narzędzi". Jak wskazywał także Zamawiający na rozprawie w ramach zadania - o miliardowej wartości - nastąpi z uwagi na przewidzianą przebudowę torów na granicy polsko białoruskiej połączenie Europy z Chinami. Wskazywał także, co potwierdza OPiW, że inwestycja ta poza robotami torowymi, obejmuje również całą infrastrukturę towarzyszącą w zakresie branż: drogowej wraz z odwodnieniem, architektonicznej i konstrukcyjnej, mostowej, sterowania ruchem kolejowym, sanitarnej, teletechnicznej, trakcyjnej, elektroenergetycznej oraz środowiskowej i te prace mają być prowadzone bez wyłączania ruchu pociągów.

Jednocześnie Izba miała na uwadze wymagania proceduralne przewidziane ustawą Pzp, w tym jej art. 534 pkt 1 zgodnie z którym: „1) Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne".

Odwołujący podnosząc zarzut naruszenia art. 177 pkt 1 Pzp w zw. z jej art. 16 pkt 1 i wskazując na zaniechanie ustalenia w sposób zapewniający konkurencję, ten zarzut odniósł do liczby wykonawców, których Zamawiający zamierza zaprosić do dialogu, a mianowicie liczby trzech.

Zgodnie z art. 177 pkt 1 ustawy Pzp:

„1) Zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców zapraszanych do dialogu, których wnioski nie podlegały odrzuceniu, o ile liczba ta jest wystarczająca, aby zapewnić konkurencję i nie jest mniejsza niż 3"

Zdaniem Odwołującego, jak podał w uzasadnieniu: „Liczba zaledwie 3 Wykonawców nie zapewni konkurencyjności postępowania. Im mniejsza konkurencja, tym cena najniższej oferty może okazać się wyższa. Rynek przedsiębiorców branży budowlanej w zakresie infrastruktury kolejowej stwarza możliwość podjęcie dialogu i złożenia konkurencyjnej oferty co najmniej przez 6 wykonawców".

Ustawa Pzp - jak już wskazano - powołany art. 534 pkt 1 Pzp - zgodnie z generalną zasadą dotyczącą ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym - wymaga wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których odwołujący wywodzi skutki prawne. Tylko w odniesieniu do rażąco niskiej ceny ustawa Pzp - w art. 535 Pzp - zawiera szczególną regulację dotyczącą ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym przenosząc ciężar dowodu na przeciwnika skarżącego (odpowiednio zamawiającego lub uczestnika).

W przedmiotowej sprawie Odwołujący Strabag takiej aktywności procesowej nie wykazał. Nie zgłosił bowiem, ani wnosząc odwołanie, ani w toku rozprawy wniosków dowodowych na poparcie twierdzenia, że w przedmiotowym postępowaniu liczba 3 wykonawców nie zapewni konkurencyjności postępowania, a zapewni ją liczba 6 wykonawców, wskazując w tym przypadku, że „im mniejsza konkurencja, tym cena najniższej oferty może okazać się wyższa oraz, że rynek przedsiębiorców branży budowlanej w zakresie infrastruktury kolejowej stwarza możliwość podjęcie dialogu i złożenia konkurencyjnej oferty", co obiektywnie nie może stanowić uzasadnienia na poparcie twierdzeń, że kwestionowana liczba 3 wykonawców narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego ich traktowania.

Zarzut naruszenia art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z jej art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4

Odwołujący odniósł do punktu III.1.3) ppkt 4a) Ogłoszenia o zamówieniu i odpowiednio pkt

8.1.ppkt 2 OPiW (Opisu potrzeb i wymagań) dotyczącego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i kwalifikacji zawodowych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienie i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania zamówienia, tj. warunku wykazania Inwestycji Referencyjnej o wartości robót co najmniej 1.000.000.000 zł, o którym stanowi lit f) tego punktu [f) mieć łączną wartość zakończonych lub odebranych świadectwem przejęcia (protokołem odbioru końcowego) robót co najmniej 1 000 000 000,00 PLN brutto (.)]. W tym przypadku podał, że: „Powyższy warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymogu wykazania doświadczenia referencyjnego w ramach jednego Kontraktu należy uznać za nieuzasadniony i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Warunek ten nie spełnia wymogu minimalnego poziomu zdolności i jest nadmierny". Z kolei wniosek co do rozstrzygnięcia dotyczy: (.) zmiany warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych poprzez rezygnację z wymogu posiadania doświadczenia w ramach jednej Umowy o wartości 1.000.000.000 zł, np. poprzez odniesienie doświadczenia do zakresu rzeczowego a nie kwotowego i zmiany w tym zakresie ogłoszenia o zamówieniu i odpowiednich postanowień OPiW".

W odniesieniu do tego elementu warunku Zamawiający, jak oświadczył wprowadził zmianę - obniżenie wartości (czemu Odwołujący nie zaprzeczał), która to wartość (po

zmianie), kształtuje się na poziomie kilkunastu procent wartości zamówienia. Zamawiający ponadto jak wynika z opisu warunku określił warunki techniczne dotyczące inwestycji referencyjnej, w tym branże, w jakich powinny być prowadzone roboty.

Zdaniem Izby także w przypadku tego zarzutu, że warunek (z uwagi na wartość w miejsce zakresu rzeczowego) jest nieuzasadniony i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także, że nie spełnia wymogu minimalnego poziomu zdolności i jest nadmierny Odwołujący opisuje ogólnikami nie wykazując, że odniesienie doświadczenia do zakresu rzeczowego a nie kwotowego będzie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Nie podlega także uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 177 ust. 2 ustawy Pzp w zw.

z jej art. 7 pkt 9 Pzp oraz w zw. z jej art. 16 pkt 1. Ten zarzut dotyczy Sekcji II.2.9 ppkt 1 - 4

Ogłoszenia o zamówieniu i odpowiednio pkt 9.2. OPiW związanych z kryteriami selekcji, a

mianowicie:

(..)

1) Stopień podobieństwa Inwestycji Referencyjnej do inwestycji będącej przedmiotem postępowania;

2) (...)

2) Rozwiązywanie problemów;

(■■■)

4) Sytuacja ekonomiczna i finansowa Wykonawcy: Ocenie poddane zostaną informacje zawarte w pkt 5) Kwestionariusza inwestycji w zależności od tego czy wykonawca posiada czy nie i na jakim poziomie rating inwestycyjny u jednej z trzech wiodących agencji ratingowych: Standard & Poor's, Fitch Ratings, Moody's."

W myśl wskazywanego w odwołaniu art. 177 ust. 2 Pzp w zakresie odpowiednim dla tej sprawy: (.) zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w opisie potrzeb i wymagań kryteria selekcji, które zamierza stosować w celu ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do dialogu, oraz podaje minimalną liczbę wykonawców, których zaprosi do tego dialogu. Zamawiający może wskazać maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do dialogu".

Z kolei powołany w odwołaniu art. 7 pkt 9 stanowi, że ilekroć w ustawie je mowa o: „9) kryteriach selekcji - należy przez to rozumieć obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria stosowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo w konkursie, w celu ograniczenia liczby wykonawców albo uczestników konkursu, niepodlegających wykluczeniu i spełniających warunki udziału w postępowaniu albo w konkursie, których zamawiający zaprosi do złożenia ofert wstępnych lub ofert, do negocjacji lub dialogu albo do złożenia prac konkursowych (...).

Natomiast w art. 16 ustawa Pzp określa generalne reguły, w myśl których: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty(.).

Zdaniem Izby, wnoszący odwołanie wykonawca nie wykazał, że reguły określane w tych przepisach zostały naruszone. Przede wszystkim kryteria selekcji wymagane art. 177 ust.2 ustawy Pzp zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w opisie potrzeb i wymagań. Ponadto ten zarzut - jak wynika z uzasadnienia - Odwołujący odnosi do nieobiektywnego i dyskryminacyjnego ustalenia (jego zdaniem) kryteriów selekcji oraz do nieobiektywnej i niedyskryminacyjnej oceny przyjętych kryteriów. W tym przypadku żąda „zmiany kryteriów selekcji poprzez nakazanie ustalenia obiektywnych i niedyskryminujących, przejrzystych i proporcjonalnych kryteriów oraz sposobu ich oceny (punktacji)", a w odniesieniu do kryterium Sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy (Posiadanie ratingu jednej ze wskazanych agencji ratingowych) - nakazanie rezygnacji z tego kryterium - nie wykazując w jaki sposób kwestionowane kryteria naruszają wskazywane w zarzucie zasady.

Odwołujący kwestionując wskazane kryteria w przedstawionej argumentacji nie odnosi się do Kwestionariusza Inwestycji (formularz 3), który wykonawca jest obowiązany złożyć wraz wnioskiem. Tak jak podnosił Zamawiający - i co wynika z dokumentacji - przedmiotem zamówienia jest realizacja kompleksowych robót budowlanych, które zostały umownie podzielone na cztery branże: torowa, srk, elektroenergetyka i pozostałe (towarzyszące). W ramach każdej z tych branż stopień skomplikowania robót przejawia się w wielu aspektach, które zostały opisane w pkt. od 2.1 do 2.4 Kwestionariusza Inwestycji. W tym kwestionariuszu Zamawiający wyodrębnił osiem podkryteriów selekcji, których kompleksowa ocena może dać odpowiedź na pytanie o stopień podobieństwa inwestycji referencyjnej. W ramach każdego z podkryteriów selekcji Zamawiający będzie dokonywał oceny stopnia podobieństwa na skali od 1 do 5 punktów. Tak jak Zamawiający wskazywał żaden z tych wymiarów samodzielnie nie przesądza o wielkości i stopniu skomplikowania, czy to przedmiotowego zamówienia, czy zamówienia referencyjnego.

Izba zgodziła się z twierdzeniami Zamawiającego, że nie każda ocena może być sparametryzowana i sprowadzać się do arkusza kalkulacyjnego, który pozwoli na automatyczne przyznawanie ściśle określonej liczby punktów. Ponadto ustawa Pzp nie wymaga takich opisów. Mając na uwadze reguły określone art. 17 Pzp - kryteria, jako „obiektywne" i „niedyskryminacyjne", muszą służyć realizacji celu selekcji, a mianowicie pozwalać na wybór wykonawców w najwyższym stopniu zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia. W tym przypadku Odwołujący nie wskazał co niejasnego jest dla wykonawcy w podkryterium „Podobieństwo Inwestycji Referencyjnej do inwestycji będącej przedmiotem postępowania" czy w podkryterium „Rozwiązywania problemów" i jaki może być problem z wypełnieniem kwestionariusza, którego treść nie jest kwestionowana. Izba - w odniesieniu do drugiego z podkryteriów wskazuje, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 16: „Co w sytuacji jeżeli Wykonawca nie miał problemów technicznych lub organizacyjnych, o których mówi Zamawiający?" podał: „W rozdziale 9 OPiW w tabeli Zamawiający opisał w jaki sposób postrzega problemy techniczne lub organizacyjne i ich rozwiązywanie/zapobieganie".

Także kryterium z punktu 4 - Posiadanie ratingu jednej ze wskazanych agencji ratingowych - nie narusza zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Jest to jasne, precyzyjne i jednoznaczne kryterium - także co do punktacji. Wykonawca w przypadku braku takiego ratingu otrzyma 0 punktów.

W odniesieniu do dwóch pierwszych podkryteriów Izba dodatkowo zwraca uwagę, że podane w kwestionariuszu informacje będą oceniane - po ich anonimizacji - przez zespół ekspertów. Tak stanowi OPiW w punkcie 9:

> 9.1. „.W pierwszej kolejności zostanie ocenione kryterium jakościowe na podstawie zanonimizowanych (bez nazw i nazwisk) fragmentów Kwestionariusza inwestycji.
>
> 9.2. Ocena wniosków w ramach kryteriów selekcji zostanie dokonana indywidualnie przez ekspertów komisji w ramach zespołu ds. oceny wniosków. Wynikiem indywidualnych ocen cząstkowych ekspertów będą uśrednione oceny cząstkowe komisji, a następnie na tej podstawie przygotowana będzie ocena końcowa każdej z Inwestycji Referencyjnej".

Tym samym opis podkryteriów oraz przyjęte procedury dla oceny i sposób oceny nie pozostawiają Zamawiającemu nieograniczonej nieobiektywnej swobody weryfikacji i porównania poziomu wykonawców w najwyższym stopniu zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia, celem ich wyboru na tzw. „krótką listę".

Ostatni z zarzutów naruszenia art. 257 Pzp wykonawca Strabag odnosi do wskazanej w pkt 4 OPiW podstawy unieważnienia postępowania w zakresie nieuzyskania środków publicznych oraz braku zgody wspólników. W zakresie tego zarzutu Odwołujący żąda „usunięcia pkt 4 OPiW w zakresie podstaw unieważnienia postępowania".

Zgodnie ze wskazanym przepisem, pkt 1 art. 257 Pzp: „Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki publiczne, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w:

> 1) ogłoszeniu o zamówieniu - w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, partnerstwa innowacyjnego albo (...).

Niewątpliwie taka informacja - zagrożenie nie dysponowania środkami - jak stanowi przepis powinien zostać zamieszczony w Ogłoszeniu o zamówieniu. Jednakże Odwołujący kwestionuje całość punktu nie dlatego, że brak informacji o zdarzeniu w Ogłoszeniu o

zamówieniu, ale że ten punkt został zamieszczony w OPiW, żądając jego wykreślenia, a nie skierowania informacji do Ogłoszenia w zakresie dopuszczonym art. 257 Pzp. Izba w tym miejscu wskazuje, że zadaniem Odwołującego - zgodnie z regułą z art. 516 pzp - jest wskazanie zarzutów i żądań. Przepis art. 257 pkt 1 Pzp w przypadku dialogu konkurencyjnego rozszerza przesłanki materialno-prawne wskazane jako podstawy unieważnienia w art.255 Pzp, a z kolei wskazany w uzasadnieniu art. 256 ustawy stanowi: „Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo

przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione". Według prowadzonej procedury - o ile traktować brak wymaganej zgody ZW jako odrębną fakultatywną przesłankę unieważnienia - termin na składanie ofert - Sekcja IV.2.3) - wyznaczono na dzień 22/08/2022", (Ogłoszenie przekazane do akt sprawy), który jeszcze nie upłynął.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437). Uwzględniając wskazane przepisy, obciążyła Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego z tym że w przypadku wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego ustalone zostało w odniesieniu do wynagrodzenia 3600 zł, które to ograniczenia wynika z § 5 pkt 2 lit. b) wskazanego rozporządzenia.

33