Sygn. akt: KIO 1854/22

WYROK

z 2 sierpnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 29 lipca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 lipca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego „TRANSKOL" Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, ALUSTA S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą w Lublinie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Roverpol
Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Rover Infraestructuras S.A. z siedzibą w Walencji (Hiszpania) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego „TRANSKOL" Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, ALUSTA S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą w Lublinie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia

pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1854/22

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm., dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie robót budowlanych na odcinku Bodzechów - Sandomierz" w ramach projektu Prace na linii kolejowej nr 25 na odcinku Skarżysko Kamienna - Sandomierz realizowanego w ramach Programu Operacyjnego Polska Wschodnia 2014-2020", numer: 9090/IRZR3/18285/05177/21/P, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 5 października 2021 r. pod numerem: 2021/S 193-503705.

13 lipca 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego TRANSKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, ALUSTA S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą w Lublinie (dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie, w którym zaskarżyli niezgodne z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu i zarzucili mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego wobec błędnego uznania, że podlegał on wykluczeniu z postępowania podczas, gdy względem Odwołującego nie zaistniały podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp i w konsekwencji -

2. art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp przez uznanie, że wobec Odwołującego zachodziła przesłanka wykluczenia podczas, gdy Odwołujący nie działał umyślnie lub lekkomyślnie lub niedbale i nie miał jakiegokolwiek zamiaru wprowadzenia w błąd Zamawiającego składając dokumenty podmiotowe związane z udzieleniem zasobów podmiotu trzeciego INFRARES Sp. z o. o., a przed przystąpieniem do postępowania oraz w jego trakcie działał z należytą starannością w rozumieniu art. 355 Kc.

3. art. 122 Pzp przez zaniechanie żądania przez Zamawiającego, aby Odwołujący zastąpił ww. podmiot trzeci innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu lub akceptacji faktu,

że Odwołujący samodzielnie zastąpił podmiot trzeci INFRARES Sp. z o.o. innym podmiotem trzecim (tj. ARCADIS),

4. art. 16 pkt 1 Pzp przez wybór oferty wykonawcy, który w świetle kryteriów oceny ofert nie znajdował się na pierwszy miejscu rankingu ofert oraz dokonania bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, która uzyskała najwyższą ilość punktów w świetle kryteriów oceny ofert,

5. art. 16 pkt 1 Pzp przez akceptację samodzielnej zmiany podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby na rzecz Konsorcjum w składzie: Roverpol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Rover Infraestructuras S.A. z siedzibą w Walencji (dalej: Przystępujący) i jednoczesny brak akceptacji analogicznych działań w tym zakresie przez Odwołującego mimo, że obaj wykonawcy pozostawali w identycznym stanie faktycznym oraz prawnym, co stanowiło brak równego traktowania wykonawców przez Zamawiającego,

6. art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez wybór z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego, podczas gdy najkorzystniejszą niepodlegającą odrzuceniu ofertą (w świetle kryteriów określonych przez Zamawiającego) była oferta Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia złożonej przez niego oferty,

3. dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

4 lipca 2022 roku Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Przystępującego i odrzucił ofertę Odwołującego. Jako podstawę odrzucenia Zamawiający wskazał art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp. Jako przyczynę wykluczenia Odwołującego wskazano art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp.

Zamawiający w Tomie I SWZ sformułował m.in. następujący warunek udziału w postępowaniu: W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.4 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie wykonał: (...) i) Co najmniej dwie (2) dokumentacje projektowe dla robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie infrastruktury kolejowej. Dokumentacja projektowa powinna obejmować min. cztery (4) branże: torowa, obiekty inżynieryjne, sieć trakcyjna, srk. Na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej uzyskano ostateczne decyzje pozwolenia na budowę. Zamawiający uzna dokumentację projektową jeżeli będzie obejmować projekt budowlany i wykonawczy

dla poszczególnych branż. Dla branży SRK Zamawiający dopuszcza projekt budowlany i/lub wykonawczy.

Odwołujący w zakresie powyższego warunku posłużył się zasobami podmiotu trzeciego udzielonego przez wykonawcę INFRARES Sp. z o. o.

Zamawiający powziął wątpliwość co do udzielonych zasobów podmiotu trzeciego w zakresie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu i pismem z 11 maja 2022 roku wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie w trybie art. 128 ust. 4 Pzp.

Odwołujący pismem z 19 maja 2022 roku poinformował Zamawiającego, że faktycznie spółka INFARES Sp. z o. o. w sposób omyłkowy dokonała oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu i nie spełnia warunku w tym zakresie. Odwołujący działając w sposób transparentny przedstawił również Zamawiającemu pismo INFRARES Sp. z o. o. z 17 maja 2022 roku z wyjaśnieniami w tym zakresie. W tej sytuacji obowiązkiem Zamawiającego było zastosowanie względem Odwołującego art. 122 Pzp, który dopuszcza zastąpienie negatywnie zweryfikowanego podmiotu lub jego zasobów w zakresie, w jakim zasoby te służą potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego mógł powołać się na nowe zasoby podmiotu trzeciego lub podmiotów trzecich w zakresie w jakim w ofercie powoływał się na udostępniane zasoby. Zasada ta jest spójna z wyrażonym w art. 123 Pzp zakazem powoływania się przez wykonawcę, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków albo ofert nie polegał on w danym zakresie

na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Zatem na podstawie tego przepisu Odwołujący, po upływie terminu składania ofert, mógł zastąpić negatywnie zweryfikowany podmiot udostępniający zasoby, jednym lub kilkoma innymi podmiotami lub wykazać samodzielne spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Z treści uzasadnienia o odrzuceniu oferty wynikało, że zdaniem Zamawiającego bezpośrednim powodem zaniechania dalszej oceny oferty oraz wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych był zarzut jakoby brak było podstaw do zastąpienia informacji nieprawdziwych, prawdziwymi. Odrzucenie Odwołującego nastąpiło niejako z automatu tylko i wyłącznie dlatego, że w trakcie badania dokumentów podmiotowych potwierdziły się

wątpliwości Zamawiającego co do braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie w jakim Odwołujący powoływał się na zasoby podmiotu trzeciego. Zamawiający ustalił jedynie, że Odwołujący działał niewłaściwie bo jak stwierdził w swoich wyjaśnieniach „przedkładając do oferty użyczenie podmiotu posiadał tylko referencje oraz wiedzę przekazaną mu bezpośrednio przez firmę INFRARES Sp. z o. o".

Odwołujący nie działał w sposób umyślny czy też lekkomyślny lub niedbały przygotowując ofertę oraz dokumenty podmiotowe przed przystąpieniem do przetargu zorganizowanego przez Zamawiającego. Odwołujący podjął następujące kroki celem weryfikacji wymaganej dokumentacji oraz wykonawcy INFRARES Sp. z o. o. który udostępniał zasoby podmiotu trzeciego.

1. Przed podjęciem decyzji o udostępnieniu zasobów podmiotu trzeciego Odwołujący podjął rozmowy z kilkoma różnymi wykonawcami w tym zakresie i prosił o złożenie oferty ponieważ podmiot ten staje się również podwykonawcą.

2. Prowadził szczegółowe rozmowy z INFARES Sp. z o. o. na szczeblu właścicielskim oraz na szczeblu technicznym w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie udostępnianych zasobów.

3. Z ramienia PBS TRANSKOL Sp. z o.o. Pan Ł. C. Kierownik Działu Wykonawstwa 26 listopada 2021 r. skontaktował się z Panią M. G. Specjalistą ds. Administracji z ramienia podwykonawcy INFRARES sp. z o.o. celem weryfikacji dokumentów otrzymanych z Działu Marketingu PBS TRANSKOL Sp. z o.o., tj. oferty podwykonawcy z 25 listopada 2021 r. oraz przedłożonych referencji (2 zadania). W wyniku przeprowadzonego wywiadu ostatecznie ustalono, że oferta z 25 listopada 2021 r. została podtrzymana, podwykonawca zobowiązał się do przesłania RCO w wersji edytowalnej, potwierdzono zgodność użyczenia zasobów w postaci 2 dokumentacji przetargowych spełniających warunki udziału w przetargu. PBS TRANSKOL Sp. z o.o. przystąpił do sporządzenia porozumienia z podwykonawcą. Podwykonawca zobowiązał się do przekazania dokumentów do oferty podpisanych elektronicznie.

Na tą okoliczność Pan Ł. C. sporządził do akt wewnętrznych notatkę służbową z rozmowy co dało podstawę do zawarcia ww. porozumienia.

4. Odwołujący przekazał również INFARES Sp. z o. o. SWZ do analizy w tym zakresie celem upewnienia się, że spełnia warunek udziału w postępowaniu.

5. Odwołujący i INFRARES Sp. z o. o. prowadzą stałe stosunki gospodarcze od wielu

lat i w tym zakresie również Odwołujący nawet nie brał pod uwagę, że INFRARES Sp. z o.o. mógłby w sposób celowy czy też działaniem lekkomyślnym lub niedbałym wprowadzić Odwołującego w błąd w zakresie udostępnianych zasobów, tym bardziej, że ta spółka wielokrotnie użyczała swoich zasobów Odwołującemu.

6. Analiza treści złożonych przez INFARES referencji w pełni potwierdzała spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie miał podstaw podejrzewać, że były one wadliwe tym bardziej, że INFRARES sp. z o.o. złożył oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w formie JEDZ. Zamawiający także nie miał do tych referencji jakichkolwiek zastrzeżeń, zaś o braku spełnienia warunku dowiedział

się z zupełnie innego źródła. Dokładnie tymi samymi referencjami oraz zasobami podmiotu trzeciego posłużył się Przystępujący.

16 maja 2022 roku Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 i 4 Pzp do uzupełnienia dokumentu JEDZ przedłożonego przez INFRARES Sp. z o.o. jako podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby. Zamawiający nie wnosił jednak o udzielenie wyjaśnień w zakresie udostępnionego doświadczenia — mimo, że 11 maja 2022 roku miał już wątpliwości w tym zakresie wzywając do złożenia wyjaśnień Odwołującego.

Zaistniała zatem sytuacja, w której podmiot trzeci INFRARES sp. z o. o. dokonał uzupełnienia JEDZ - (podpis z datą 17 maja 2022 roku) i przekazał Przystępującemu, a jednocześnie w tym samym czasie poinformował pisemnie Odwołującego, że nie spełniał warunku udziału

w postępowaniu i zaszła pomyłka z ich strony. Zważywszy na powyższe okoliczności Zamawiający nie wzywał już Przystępującego do złożenia wyjaśnień w sprawie w trybie art. 128 ust. 4 Pzp, a co więcej zaakceptował samoistną zmianę tego podmiotu na inny podmiot po wezwaniu do złożenia dokumentów w trybie art. 126 ust. 2 Pzp. Przystępujący mógł zatem skorzystać z prawa zamiany podmiotu trzeciego na inny podmiot, a Odwołujący

nie.

Działania Zamawiającego miały zatem charakter arbitralny i naruszały zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

25 lipca 2022 r. Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawców m. in. doświadczeniem w sporządzeniu dwóch dokumentacji projektowych dla robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie infrastruktury kolejowej. Dokumentacja miała obejmować min. 4 branże: torową, obiekty inżynieryjne, sieć trakcyjną, oraz SRK. Na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej wymagane było uzyskanie ostatecznych decyzji pozwolenia na budowę. Zamawiający określił, że uzna dokumentację projektową jeżeli będzie obejmować projekt budowlany i wykonawczy dla poszczególnych branż. Dla branży SRK Zamawiający dopuszczał projekt budowlany i/lub wykonawczy.

Odwołujący w pozycji 10 i 11 Wykazu robót, powołał się na doświadczenie spółki INFRARES. Jako przedmiot zamówienia wskazał wykonanie dokumentacji projektowej (obejmującej

m.in. branżę: torową, obiekty inżynieryjne, sieć trakcyjną i SRK), która obejmowała projekt budowlany i wykonawczy dla poszczególnych branż oraz stwierdził, że na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej uzyskano ostateczne decyzje pozwolenia na budowę. Z wiedzy Zamawiającego wynikało, że dla ww. zadania INFRARES Sp. z o.o. w ramach realizacji umowy podwykonawczej z Track Tec Construction Sp. z o.o. nie opracował projektów budowlanych we wszystkich ww. branżach, lecz opracował tylko projekty wykonawcze. Spółka INFRARES opracowała projekty budowlane i uzyskała decyzje o pozwoleniu na budowę w zakresie innych branż niż wymagane przez Zamawiającego. Projekty budowlane m.in. w wymaganych przez Zamawiającego branżach opracowano i na ich podstawie uzyskano decyzje o pozwoleniu w ramach odrębnego zamówienia.

Co do doświadczenia wskazanego w pozycji 11, z wiedzy Zamawiającego wynikało, że dla ww. zadania INFRARES sp. z o.o. spośród wymienionych w Wykazie w poz. 11 branż, opracował projekty budowlane i uzyskał pozwolenia na budowę jedynie w branży obiekty inżynieryjne i sieć trakcyjna.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp do wyjaśnienia, na jakiej podstawie wskazał w Wykazie robót, że dokumentacja projektowa opracowana przez podmiot udostępniający zasoby obejmowała projekt budowlany i wykonawczy dla branż: torowa, obiekty inżynieryjne, sieć trakcyjna, SRK oraz, że na jej podstawie uzyskano ostateczne decyzje pozwolenia na budowę.

W odpowiedzi Odwołujący wskazał, że w poz. 10 i 11 Wykazu robót podał informacje nieprawdziwe. Złożył przy tym oświadczenie INFRARES sp. z o.o., w którym podmiot ten stwierdził, że omyłkowo wskazał dwie dokumentacje jako spełniające wymagania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym samym wprowadzając Odwołującego w błąd. Odwołujący stwierdził ponadto, że w zakresie udostępnionego mu potencjału posiadał tylko referencję oraz wiedzę przekazaną mu bezpośrednio przez firmę INFRARES sp. z o.o.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że w związku z przeprowadzoną weryfikacją doświadczenia podmiotu pierwotnie udostępniającego zasoby - INFRARES sp. z o.o., zmienił ten podmiot na nowy podmiot tj. ARCADIS sp. z o.o.

Odwołujący ponosi odpowiedzialność za swoje niedopatrzenia w zakresie weryfikacji przedstawionych mu przez podmiot trzeci informacji, których następnie użył w postepowaniu. Tym samym, w sytuacji, w której w wykazie robót przedstawiono informacje niezgodne z rzeczywistością, a obowiązek sprawdzenia ich prawidłowości ciążył na Odwołującym, nie sposób uznać, że działał on należycie - wręcz przeciwnie stanowiło to jaskrawy przykład niedbalstwa wykonawcy. Nie można było uznać, że o zachowaniu należytej staranności (z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności wykonawcy) Odwołującego można mówić z uwagi na takie okoliczności jak prowadzenie stałych stosunków gospodarczych z INFRARES sp. z o.o., podjęcie rozmów z innymi wykonawcami

czy też rozmów z INFRARES sp. z o.o.

Odwołujący działał niedbale i nie zweryfikował odpowiednio informacji przekazanych mu przez INFRARES sp. z o.o., których następnie użył w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, co do pkt 8.6.1. lit. i) IDW. Swoim zachowaniem Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd, co skutkowało prawidłowym wykluczeniem go z Postępowania

na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp i odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 122 Pzp Zamawiający podniósł, że informacje przekazane przez Odwołującego co do doświadczenia INFRARES sp. z o.o. były nieprawdziwe,

a instytucja uregulowana w art. 122 Pzp nie może służyć do zastępowania nieprawdziwych informacji prawdziwymi.

29 lipca 2022 r. pisemne stanowisko wobec zarzutów odwołania zajął Przystępujący, który poparł w całości argumentację Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności

treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz Przystępującego zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami oraz dokumentacją techniczną,
2. oferty Odwołującego oraz Przystępującego,
3. korespondencji Zamawiającego z ww. wykonawcami,
4. Informacji z 4 lipca 2022 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego,
5. Dowodów złożonych przez Odwołującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron.

Izba ustaliła, co następuje:

W zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia w SWZ zawarte zostały następujące postanowienia dotyczące warunków udziału w postępowaniu:

„8.2. Zgodnie z art. 112 ust. 2 Ustawy, o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące (...):

8.2.4 zdolności technicznej lub zawodowej.

8.6.1 W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.4 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał:
i) Co najmniej dwie (2) dokumentacje projektowe dla robót budowlanych

polegających na budowie, przebudowie infrastruktury kolejowej. Dokumentacja projektowa powinna obejmować min. cztery (4) branże: torowa, obiekty inżynieryjne, sieć trakcyjna, srk. Na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej uzyskano ostateczne decyzje pozwolenia na budowę.

Zamawiający uzna dokumentację projektową jeżeli będzie obejmować projekt budowlany i wykonawczy dla poszczególnych branż. Dla branży SRK Zamawiający dopuszcza projekt budowlany i/lub wykonawczy”.

Między stronami nie było sporu, co do stanu faktycznego sprawy. Tym samym Izba uznała, że:

1. W zakresie wykazania spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu Odwołujący powołał się na potencjał podmiotu trzeciego, tj. spółki Infrares.

2. Zamawiający wobec podejrzeń, co do prawdziwości twierdzenia spółki Infrares dotyczącego jej doświadczenia wskazanego w Wykazie robót Odwołującego 11 maja 2022 r. skierował do Odwołującego wezwanie do wyjaśnień dotyczące m. in. poz. 10 i 11 wykazu (tj. doświadczenia spółki Infrares).

3. W odpowiedzi Odwołujący złożył m. in. oświadczenie spółki Infrares, w którym podmiot ten wprost przyznał się do podania Odwołującemu nieprawdziwych informacji:

„Działając w imieniu Infrares Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (...) wyjaśniam, że omyłkowo wskazano dwie dokumentacje jako spełniające wymagania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym samym wprowadzając Państwa w błąd. Podczas ponownej weryfikacji tychże dokumentacji stwierdzamy, że nie spełniają one powyższych wymagań z uwagi na fakt, iż dotyczyły jedynie projektów budowlanych lub wykonawczych nie wszystkich wskazanych branż, jak również nie na wszystkie wskazane branże zostały wydane pozwolenia na budowę. Niestety przystępując do składania Państwu oferty oraz użyczenia zasobów, nie dokonaliśmy głębszej weryfikacji dokumentacji, co zapewne pozwoliłoby Państwu uniknąć omyłki a tym samym dokonaliby Państwo wyboru innego Podwykonawcy”.

4. Wraz z ww. wyjaśnieniami Odwołujący złożył dokumenty dotyczące udostępnienia potencjału przez inny podmiot trzeci, tj. Arcadis Sp. z o.o. złożone w celu zastąpienia przez ten podmiot potencjału udostępnionego przez spółkę Infrares.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo uznał, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. Zgodnie z tymi przepisami z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje

wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W sprawie nie budzi wątpliwości, że informacje przedstawione Zamawiającemu przez Odwołującego były nieprawdziwe i wprowadzające w błąd, co do spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Jasne jest również, że gdyby nie wiedza własna Zamawiającego doszłoby do skutecznego wprowadzenia go w błąd przez Odwołującego. Spór sprawdzał się do oceny skutków przekazania przez Odwołującego pochodzących od spółki Infrares nieprawdziwych informacji.

W ocenie Izby Zamawiający słusznie uznał, że działanie powyższe stanowiło przejaw niedbalstwa i lekkomyślności ze strony Odwołującego. Odwołujący decydując się na skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego w zakresie spełnienie warunków udziału w postępowaniu winien dokładnie zweryfikować, czy podmiot ten rzeczywiście dysponuje deklarowanym doświadczeniem. Z dowodów złożonych przez Odwołującego jasno wynika, że poprzestał on jedynie na rozmowach z pracownikami spółki Infrares oraz treści przekazanych mu przez ten podmiot referencji. Jak wiadomo sama treść referencji nie jest wystarczająca do ustalenia faktycznego zakresu zadania zrealizowanego przez określony podmiot - ich rolą jest jedynie potwierdzenie należytej realizacji danego przedmiotu zamówienia. Inwestor wystawiający referencje na rzecz wykonawcy nie ma obowiązku szczegółowego wymieniania czynności zrealizowanych przez tego wykonawcę. Powszechną praktyką jest wystawianie referencji, których treść sprowadza się do ogólnikowego potwierdzenia należytej realizacji inwestycji o określonej nazwie. Z tego względu, dla zbadania faktycznego doświadczenia wykonawcy niezbędne jest zweryfikowanie rzeczywistego zakresu zrealizowanych przez niego czynności w ramach zadania. W przedmiotowej sprawie Odwołujący zaniechał takiego badania. Dlatego też zasadnym było przypisanie mu przez Zamawiającego lekkomyślności i niedbalstwa. W ocenie Izby Odwołujący oparł się bardziej

na wierze w informacje przekazane mu przez spółkę Infrares niż na ich należytej i krytycznej ocenie. Nie ma w tej sytuacji znaczenia, że intencją Odwołującego nie było wprowadzenie Zamawiającego w błąd czy też przekazanie mu nieprawdziwych informacji - dla zaistnienia podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp istotne jest wystąpienie wskazanego w tych przepisach skutku. Odwołujący nie zapobiegł temu skutkowi, mimo, że przy zachowaniu należytej staranności byłby w stanie to zrobić.

Odwołujący nie mógł zatem z powołaniem się na art. 122 Pzp zastąpić jednego podmiotu trzeciego innym - sytuacja taka byłaby dopuszczalna, gdyby to Odwołujący samodzielnie zorientował się, że przekazał Zamawiającemu nieprawdziwe informacje, co do doświadczenia spółki Infrares, zanim sam Zamawiający odkrył ten fakt. Niedopuszczalne jest bowiem zastąpienie informacji nieprawdziwych, wprowadzających w błąd informacjami prawdziwymi

w sytuacji, gdy wykonawca zostanie „przyłapany” przez zamawiającego.

Z tego względu zdaniem Izby dopuszczalna było z kolei zamiana podmiotów trzecich dokonana przez Przystępującego - doszło do niej zanim Zamawiającemu przekazane zostały nieprawdziwe informacje dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....