Sygn. akt: KIO 1896/22

POSTANOWIENIE
z dnia 8 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 8 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2022 r. przez odwołującego: Track Tec Construction Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Cargotor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Lubelska 13 03-802 Warszawa),

A. wykonawcy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwoławczego:

1) SBM" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu (ul. Klecińska 123, 54-413 Wrocław);

2) Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie (Al. Jerozolimskie 100 II p., 00-807 Warszawa);

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

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

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego: Track Tec Konstruction Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław) kwoty 18.000 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczonego wpisu od odwołania.

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 niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 1896/22

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 18 lipca 2022 r. przez odwołującego: Track Tec Construction Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Odwołujący Track) 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.

Odwołujący Track wskazał, że wnosi odwołanie od czynności polegających na określeniu

warunków udziału w postępowaniu oraz kryterium selekcji, (...), w sposób sprzeczny z przepisami PZP. Odwołujący podał w szczególności:

(...)

„4.1. Mając na uwadze dyspozycję art. 505 ust. 1 PZP wskazuję, że Odwołujący posiada interes w złożeniu Odwołania bowiem mimo dysponowania potencjałem i zdolnościami do wykonania zamówienia objętego Postępowaniem nie może wziąć udziału w Postępowaniu lub skutecznie konkurować, na skutek czego poniesie szkodę. Należy przy tym zwrócić uwagę, że ten stan rzeczy występuje w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Wskazuję, że Odwołujący jest podmiotem profesjonalnym, którego główny obszar działalności koncentruje się na rynku robót budowlanych w sektorze kolejowym. Prowadząc działalność w tym obszarze Odwołujący posiada wiedzę i doświadczenie dające rękojmię należytego wykonania zamówienia objętego Postępowaniem. Odwołujący jest także zainteresowany wzięciem udziału w Postępowaniu, tym niemniej przez ukształtowanie warunków udziału w Postępowaniu w sposób przyjęty przez Zamawiającego w treści ogłoszenia oraz dokumentach zamówienia, mimo posiadanego potencjału powyższe nie jest możliwe.

4.2. Wskutek niezgodnych z przepisami PZP czynności i zaniechań Zamawiającego opisanych w dalszej części Odwołania, Odwołujący nie ma możliwości wzięcia udziału w Postępowaniu i ubiegania się o zamówienie objęte Postępowaniem zarówno samodzielnie jak i też wspólnie z innym Wykonawcą lub Wykonawcami lub też z udziałem podmiotów

trzecich, zgodnie z przepisami PZP i zasadami przewidzianymi w PZP, a w konsekwencji

Odwołujący zostaje pozbawiony możliwości udziału w Postępowaniu i tym samym możliwości uzyskania zamówienia oraz zostaje pozbawiony realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji zamówienia objętego Postępowaniem. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP, Odwołujący może zatem ponieść szkodę wskutek braku możliwości złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu a w konsekwencji nie ma możliwości ubiegania się o udzielenie i uzyskania zamówienia objętego Postępowaniem.

4.3. Podkreślenia wymaga, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że na etapie postępowania o udzielenie zamówienia należy przyjąć, iż każdy Wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkoda po jego stronie wyraża się w tym, iż Wykonawca jest pozbawiony możliwości złożenia oferty i podpisania ważnej umowy. Podnieść zaś należy, że Odwołujący jest zdolny do wykonania zamówienia, deklaruje zainteresowanie Postępowaniem, ma więc szanse na uzyskanie zamówienia, natomiast sposób ukształtowania postanowień ujętych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz OPiW przekłada się na sytuację Odwołującego w Postępowaniu i możliwość wzięcia udziału w Postępowaniu, a finalnie złożenia konkurencyjnej oferty (np. wyroki (...) KIO 903/17 oraz (...) KIO 1331/17).

4.4. Odwołujący posiada zatem interes we wniesieniu przedmiotowego Odwołania. Uwzględnienie niniejszego odwołania pozwoli Odwołującemu na wzięcia udziału w Postępowaniu w warunkach zapewniających uczciwą konkurencję i równe traktowanie Wykonawców, w prawidłowo przygotowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

5. [Zarzuty] Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam

naruszenie:

5.1. art. 16 pkt 1 - 3 oraz art. 17 ust. 1 i 2 PZP przez przyjęcie w Postępowaniu warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, w myśl którego:

Wykonawca musi wykazać, że w ciągu nie więcej, niż ostatnich 10 (słownie: dziesięciu) lat przed rokiem wszczęcia postępowania wykonał należycie co najmniej jedną Inwestycję Referencyjną Inwestycja Referencyjna winna spełniać następujące wymagania:

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.

Przepisy, o których mowa w pkt d) obejmują w szczególności:

- w zakresie podsystemu „Infrastruktura": Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1299/2014 z dnia 18 listopada 2014 r. dotyczące technicznych specyfikacji interoperacyjności podsystemu „Infrastruktura" systemu kolei w Unii Europejskiej,

- w zakresie podsystemu „Sterowanie - urządzenia przytorowe": Rozporządzenie Komisji

(UE) nr 2016/919 z dnia 27 maja 2016 r. w sprawie technicznych specyfikacji

interoperacyjności podsystemu „Sterowanie" systemu kolei w Unii Europejskiej

- w zakresie podsystemu „Energia": Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1301/2014 z dnia 18 listopada 2014 r. w sprawie technicznych specyfikacji interoperacyjności podsystemu „Energia" systemu kolei w Unii Europejskiej - lub wcześniej obowiązujące, odpowiadające

im przepisy.

<u>Inwestycja Referencyjna winna być zrealizowana na podstawie jednego Kontraktu.</u>

Jeśli Inwestycja Referencyjna nie obejmowała opracowania dokumentacji projektowej w zakresie projektu budowlanego lub wykonawczego, Wykonawca może wykazać swoją zdolności do wykonania zamówienia poprzez pozyskanie do współpracy w charakterze członka konsorcjum lub podwykonawcy firmy projektowej mającej doświadczenie w zakresie pkt b) pod warunkiem, że opracowana przez ten podmiot dokumentacja obejmująca projekt budowlany i wykonawczy dotyczyła robót budowlanych spełniających pozostałe wymagania określone w pkt 2). a który to warunek jest nieprzejrzysty, względnie nieproporcjonalny dla zakresu zamówienia objętego Postępowaniem, oraz prowadzi finalnie do ograniczenia konkurencji w sposób nieuprawniony z uwagi na zastrzeżenie poczynione w jego treści, iż:

5.1.1. Inwestycja Referencyjna winna mieć łączną wartość zakończonych lub odebranych świadectwem przejęcia (protokołem odbioru końcowego) robót o wartości co najmniej 1 000 000 000,00 PLN brutto (słownie: jeden miliard PLN 00/100),

5.1.2. Inwestycja Referencyjna winna być zrealizowana na podstawie jednego Kontraktu,

5.1.3. jeśli Inwestycja Referencyjna nie obejmowała opracowania dokumentacji projektowej w zakresie projektu budowlanego lub wykonawczego, Wykonawca może wykazać swoją

zdolność do wykonania zamówienia poprzez pozyskanie do współpracy w charakterze członka konsorcjum lub podwykonawcy firmy projektowej mającej doświadczenie w zakresie pkt b) pod warunkiem, że opracowana przez ten podmiot dokumentacja obejmująca projekt budowlany i wykonawczy dotyczyła robót budowlanych

spełniających pozostałe wymagania określone w pkt 2);

5.2. art. 16 pkt 1 - 3 oraz art. 17 ust. 1 i 2 PZP przez przyjęcie w Postępowaniu warunku

udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego, w myśl którego:

Wykonawca musi wykazać, że w ciągu w ostatnich 3 lat, a w przypadku, gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zatrudniał na umowę o pracę średnio

rocznie co najmniej 800 osób.

- a który to warunek jest nieproporcjonalny dla zamówienia objętego Postępowaniem oraz prowadzi do ograniczenia konkurencji w sposób nieuprawniony;

5.3. art. 16 pkt 1 i 3) oraz art. 17 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 7 pkt 9 PZP oraz w zw. z § 8 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej Rozporządzenie) przez ustanowienie nieprzejrzystego oraz nieobiektywnego i dyskryminującego a także prowadzącego do ograniczenia konkurencji w sposób nieuprawniony, kryterium selekcji, które Zamawiający planuje zastosować w Postępowaniu w celu ograniczenia liczby wykonawców niepodlegających wykluczeniu i spełniających warunki udziału w postępowaniu, których Zamawiający zaprosi do dialogu w związku z tym, że Zamawiający podda ocenie 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 i ramach tego kryterium Wykonawca może otrzymać max. 5 punktów.

Odwołujący wskazuje przy tym, że powyższymi zarzutami obejmuje postanowienia ujęte w treści ogłoszenia o zamówieniu (dalej Ogłoszenie) jak i też ujęte w Opisie Potrzeb i Wymagań przyjętym przez Zamawiającego w Postępowaniu (dalej OPiW).

6. [Wnioski] W związku z powyższym wnoszę o:

6.1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

6.1.1 zmianę warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia:

6.1.1.1. poprzez usunięcie z jego treści zastrzeżenia, iż Inwestycja Referencyjna winna 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), względnie

6.1.1.2. poprzez usunięcie z jego treści zastrzeżenia, iż Inwestycja Referencyjna winna 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) i w to miejsce określenie proporcjonalnych parametrów rzeczowych (np. długość sieci kolejowej) odnoszących się do zamówienia podobnego przy założeniu, że Wykonawca może wykazać się dla Inwestycji Referencyjnej kilkoma realizowanymi Kontraktami w ciągu nie więcej, niż ostatnich 10 (słownie: dziesięciu) lat przed rokiem wszczęcia postępowania, które łącznie będą potwierdzały wartości przyjęte w warunku a w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wykonawcy tacy będą mogli wykazać spełnianie tego warunku na podstawie sumy zakresów zrealizowanych robót w ramach Kontraktów realizowanych w ciągu nie więcej, niż ostatnich 10 (słownie: dziesięciu) lat przed rokiem wszczęcia postępowania; względnie także przez przyjęcie, że:

6.1.1.3. Inwestycja Referencyjna winna być zrealizowana na podstawie jednego Kontraktu i wprowadzenie w to miejsce rozwiązania, w myśl którego Wykonawca może wykazać się dla Inwestycji Referencyjnej kilkoma realizowanymi Kontraktami w ciągu nie więcej, niż ostatnich 10 (słownie: dziesięciu) lat przed rokiem wszczęcia postępowania, których łączna wartość będzie nie mniejsza niż 1 mld złotych, a w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wykonawcy tacy będą mogli wykazać spełnianie tego warunku na podstawie sumy wartości zrealizowanych robót w ramach Kontraktów realizowanych w ciągu nie więcej, niż ostatnich 10 (słownie: dziesięciu) lat przed rokiem wszczęcia postępowania;

6.1.2 zmianę warunku udziału w postępowaniu w zakresie w zakresie potencjału kadrowego poprzez obniżenie wielkości parametru zatrudnienia do poziomu nie większego niż 400 średnio rocznie;

6.1.3 zmianę kryterium selekcji, który Zamawiający planuje zastosować w Postępowaniu w celu ograniczenia liczby wykonawców niepodlegających wykluczeniu i spełniających warunki udziału w postępowaniu, których Zamawiający zaprosi do dialogu poprzez wyeliminowanie oceny obejmującej rating inwestycyjny u jednej z trzech wiodących agencji ratingowych: Standard & Poor's, Fitch Ratings, Moody's, poprzez: 6.1.3.1 jego usunięcie, względnie 6.1.3.2 wprowadzenie w miejsce oceny obejmującej rating inwestycyjny u jednej z trzech wiodących agencji ratingowych: Standard & Poor's, Fitch Ratings, Moody's oceny Wykonawców w oparciu o wysokość posiadanych przez Wykonawcę środków finansowych lub zdolności kredytowej;

6.2. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa prawnego;

6.3. Odwołujący wnosi nadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania (wynikających z dokumentacji Postępowania oraz przedłożonych w załączeniu do Odwołania) oraz dowodów złożonych w toku postępowania odwoławczego”.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego - wnosząc o uwzględnienie podnoszonych w odwołaniu zarzutów przystąpiło trzech wykonawców: (1) "SBM" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, (2) Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie i (3) 3. 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.

Odwołujący w piśmie z dnia 8 sierpnia 2022 r. podał (...) cofam w całości

Odwołanie wniesione w sprawie, wnosząc na zasadzie art. 568 pkt 1) PZP o umorzenie postępowania w sprawie przez Krajową Izbę Odwoławczą. Wskazuję, że pismo zostało przekazane na adres e-mail Zamawiającego oraz adresy e-mail pełnomocników Przystępujących, podane w pismach złożonych w sprawie. Jednocześnie wnoszę o zwrot

wniesionego wpisu od Odwołania na rachunek prowadzony dla Odwołującego przez (...) - stosownie do postanowień § 9 ust. 1 pkt 3) lit. a) rozporządzenie 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.”.

Izba zważyła, co następuje:

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 których termin został wyznaczony na dzień 1 sierpnia 2022 r. Zgodnie zatem z art. 568 pkt 1 cytowanej ustawy, Izba postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b) 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) i uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego od odwołania w wysokości 20.000 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.