

WYROK

Warszawa, dnia 6 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Członkowie: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2024 r. przez odwołującego TPF Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego INKO Consulting Sp. z o.o. w Krakowie

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego TPF Sp. z o.o. w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów kwotę 22 685,00 zł (dwadzieścia dwa tysiące sześćset osiemdziesiąt pięć złotych) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego.

2.2. zasądza od odwołującego TPF Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie kwotę 3 063,00 zł (trzy tysiące sześćdziesiąt trzy złote) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją umowy na Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Prace na linii kolejowej nr 148 na odcinku Pszczyna-Żory”, o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej seria S S132 nr 419862-2023-PL z dnia 12 lipca 2023 r., dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 15 lipca 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego wniósł wykonawca TPF Sp. z o.o. ul. Postępu 14B, 02-627 Warszawa (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 110 ust. 3 zd. 2 w zw. z art. 111 pkt 4 PZP - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty INKO, pomimo iż INKO zaniechał dokonania tzw. samooczyszczenia w trybie art. 110 ust. 2 PZP w związku zaistnieniem w stosunku do niego przesłanek wykluczenia,
 - 2.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP – poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty INKO, mimo że INKO nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określonych w SWZ w pkt. 8.6.1, tj. w zakresie posiadania dwóch usług referencyjnych,
 - 3.art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 8 i/lub 10 PZP - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty INKO, pomimo iż INKO wprowadził Zamawiającego w błąd i/lub przedstawił informacje wprowadzające w błąd, zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu 1 i/lub zarzutu 2 i/lub zarzutu 3
 - 4.art. 128 ust. 1 w związku z SWZ pkt 8.6.1- poprzez zaniechanie wezwania INKO do uzupełnienia wykazu usług.
- Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny ofert, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o. w Krakowie (dalej także jako „wykonawca INKO”) odrzucenia oferty wykonawcy INKO, ewentualnie

– wezwanie INKO do uzupełnienia wykazu usług, ponowną ocenę ofert.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje.

I.Zarzut nr 1 zaniechanie odrzucenia oferty INKO, pomimo iż INKO zaniechał dokonania tzw. samooczyszczenia w trybie art. 110 ust. 2 p.z.p. w związku z zaistnieniem w stosunku do niego przesłanek wykluczenia.

Składanie ofert w przedmiotowym postępowaniu miało miejsce 16 sierpnia 2023 r., wraz z ofertą wykonawca INKO przedstawił self-cleaning. Podstawą jego złożenia były wykluczenia wykonawcy z postępowań przetargowych wskazanych w pkt 3.1-3.5 pisma z dnia 15 sierpnia 2023 r.

W dniu 25 stycznia 2024 r. zamawiający PKP PLK S.A. w postępowaniu pn. „Pełnienie nadzoru nad realizacją robót budowlanych oraz nad wykonaniem projektu wykonawczego i realizacją robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych, systemu dynamicznej informacji podróży na odcinku Katowice Szopienice Południowe - Katowice - Katowice Piotrowice w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, etap I: linia E 65 na odcinku Będzin - Katowice Szopienice Płd. - Katowice - Katowice Piotrowice” wykluczył INKO z w/w postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 p.z.p. Od przedmiotowej czynności INKO wniosło odwołanie o sygn. KIO 405/24, które wyrokiem z dnia 28 lutego 2024 r. zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone. Tym samym w dniu 28 lutego 2024 r. stała się prawomocna czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu INKO z postępowania, w związku z kolejnym wprowadzeniem zamawiającego w błąd.

W dniu 12 marca 2024 r. INKO przedłożył zamawiającemu dokument „Samooczyszczenie - aktualizacja”. Dokument ten co do zasady nie wprowadził żadnych nowych środków zaradczych, a jedynie wskazał, że dokonano spotkania na teams oraz nakazano stosowanie procedury z 2022 roku, zaktualizowanej w 2023 roku. W dniu 27 maja 2024 r. zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wezwał wykonawcę o złożenie podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień złożenia w tym oświadczenia o aktualności danych zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1. W dniu 4 lipca 2024 r. zamawiający dokonał wyboru oferty INKO jako najkorzystniejszej.

W ocenie odwołującego złożone przez INKO dokumenty samooczyszczenia (pierwotne i zaktualizowane) nie wypełniają przesłanek skutecznego samooczyszczenia. Bardzo istotne jest to, że złożona 12 marca 2024 aktualizacja nie zawiera żadnych nowych elementów, ani czynności poczynionych przez INKO – w szczególności INKO nie wskazało, aby wdrożyło jakiegokolwiek nowe konkretne środki, o których mowa w art. 110 ust. 1 pkt 3 p.z.p. Wykonawca ten, jak wprowadzał w błąd w poprzednich postępowaniach, tak wprowadza nadal. A zatem prawdziwe jest stwierdzenie, że środki zaradcze wskazane w samooczyszczeniu złożonym wraz z oferta po prostu nie działają. Nie działają – gdyż wykonawca INKO nadal wprowadza zamawiających w błąd, za co jest skutecznie wykluczany z postępowań.

Skoro po dacie wdrożenia środków zaradczych wskazanych w pierwotnym samooczyszczeniu INKO nadal wprowadza w błąd zamawiających i nadal jest z tego powodu wykluczane z postępowań, to oczywistym jest – że powinno wdrożyć zupełnie nowe środki zaradcze inne niż wcześniej stosowane. Jedyna okoliczność przedstawiona w dokumencie nazwanym „Self-cleaning aktualizacja” po kolejnym wykluczeniu w wyniku wprowadzenia w błąd to zacytowane w odwołaniu pkt 93-98 pisma z dnia 12 marca 2024 r.

Według odwołującego ze złożonych wraz z aktualizacją samooczyszczenia dowodów również nie wynika, aby wdrożono czy zastosowano jakiegokolwiek dodatkowe działania i procedury. Odwołujący wskazał na informację spotkania na teams w dniu 11 marca 2024 r. i dodał, że jednocześnie dołączono fakturę za obsługę prawną, z której nie wynikają żadne informacje oraz zobowiązanie prezesa INKO, iż należy stosować się do wytycznych i procedur w zakresie składania ofert do daty 29.08.2024 r. Pozorność przedstawionych dokumentów świadczy chociażby data, do której należy stosować się do wytycznych, raptem 6 miesięcy od daty wydania wyroku KIO 405/24. Już sam ten fakt wskazuje, że dokumenty przedstawiane przez INKO są dokumentami sporządzanymi dla formalności, a nie w celu rzeczywistego naprawienia błędów, jakie INKO wciąż popełnia przy ofertowaniu.

Dalej odwołujący zauważył, że każdy pracownik działu ofertowania podpisał również zobowiązanie do przestrzegania nowych procedur wprowadzonych przez Spółkę, aby zapewnić zachowanie należytych standardów w postępowaniach o zamówienie publiczne, w których wykonawca uczestniczy. Tymczasem żadna nowa procedura nie została wdrożona. Wręcz przeciwnie – wszystkie zacytowane wyżej dokumenty, tj. aktualizacja samooczyszczenia, mail od kancelarii prawnej czy zobowiązanie Zarządu z 11.03.2024 r. wprost wskazują na obowiązek stosowania uchwał Zarządu z lutego 2022 r. i stycznia 2023 r.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca INKO został wykluczony sześciokrotnie w ramach tych samych przesłanek, wobec czego jego self-cleaning jest tylko dokumentem pozornym mającym rzekomo dać zadość przepisom ustawy PZP. Jest to klasyczny przypadek zastosowania kroków pozornych i formalnych, bez jakichkolwiek zmian w organizacji danego wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa powyżej nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający winien przedmiotową ofertę wykluczyć. I taka sytuacja miała miejsc w tym postępowaniu. INKO z całą pewnością nie spełniło łącznie wszystkich przesłanek wymaganych ustawą: nie

wdrożył systemu kontroli, nie utworzył struktur audytu, nie zerwał powiązań z osobami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe działanie. Wobec powyższego INKO nie udowodnił, że nie zachodzą wobec niego przesłanki w zakresie braku podstaw do wykluczenia. Podkreślić należy, że okolicznością niesporną jest, że INKO podlega wykluczeniu – wynika to wprost z treści dokumentu JEDZ. A tym samym – aby nie podlegać wykluczeniu INKO, zgodnie z art. 110 ust. 3 p.z.p. musi złożyć skuteczne samooczyszczenie. Inicjatywa w zakresie wszczęcia procedury samooczyszczenia należy do wykonawcy. Zatem to wykonawca podlegający wykluczeniu (co w przypadku INKO jest okolicznością niesporną) ma być aktywną stroną procedury oczyszczenia i to od niego bezpośrednio zamawiający powinien dowiedzieć się o podjętych przez wykonawcę działaniach, które mają jednoznacznie zmierzać do uniknięcia wykluczenia z postępowania. Samooczyszczenie nie może zatem zostać przeprowadzone w taki sposób, że można się domyślać, tylko wszystko powinno zostać rzetelnie oraz jasno przedstawione i opisane (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) z dnia 9 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 531/18, wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1179/19). Podobnie w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1102/18, Izba wskazała, że wykonawca powinien wskazać przed wszystkim, że zaistniała podstawa wykluczenia z postępowania, opisując jednocześnie, jakie działania naprawcze podjął w celu wyeliminowania podobnych zdarzeń w przyszłości. Takie informacje powinny znaleźć się już w oświadczeniu składanym na podstawie art. 125 ust. 1 p.z.p. Tymczasem INKO zaniechało dokonania jakichkolwiek zmian w procedurze samooczyszczenia – pomimo iż po jej wprowadzeniu w 2022 r. i modyfikacji w 2023 r. – wykonawca INKO nadal wprowadza zamawiającego w błąd.

Odwołujący również podkreślił, że ideą samooczyszczenia jest udowodnienie zamawiającemu, że pomimo zaistnienia w stosunku do wykonawcy przesłanek wykluczenia z postępowania, daje on rękojmię należytego wykonania zamówienia i nie powinien zostać wykluczony z postępowania. W procedurze samooczyszczenia konieczne jest przedstawienie dowodów, że podjęte przez wykonawcę środki są wystarczające do stwierdzenia jego rzetelności. Co istotne ciężar przeprowadzenia samooczyszczenia spoczywa wyłącznie na wykonawcy. Zamawiający nie ma obowiązku w tym zakresie wyřęcać wykonawcy. Zamawiający musi opierać się na dowodach jakie zostały zaprezentowane przez wykonawcę. Dla skutecznego samooczyszczenia wykonawca musi dopełnić wszystkich obowiązków wskazanych w art. 110 ust. 2 pkt 1-3 p.z.p.

Zgodnie z art. 110 ust. 3 p.z.p. zamawiający ma swobodę przy ocenie, czy podjęte przez wykonawcę czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Jeżeli podjęte przez Wykonawcę czynności nie są w ocenie zamawiającego wystarczające do wykazania jego rzetelności, oraz nie udowadniają ponad wszelką wątpliwość, że wykonawca jako podmiot godny zaufania może otrzymać realizację danego zamówienia Tymczasem zamawiający w ogóle nie pochylił się nad faktem, że wykonawca INKO już wielokrotnie wprowadził go w błąd i nadal wprowadza.

Procedury wdrożone w 2022 r. i zmodyfikowane w 2023 r. – po prostu nie działają. Wykonawca INKO, gdy w wyniku kolejnego wykluczenia podjął informację, że procedury nie działają, nie zrobił nic. Jedynie zobowiązał pracowników do stosowania tych procedur. A zatem, takim zobowiązaniem potwierdził, że można nie stosować uchwał Zarządu, a i tak nikt nie poniesie z tego tytułu żadnych konsekwencji. Jedyne, co zrobiono to spotkanie zdalne na teams, w trakcie którego pouczone, aby stosować procedury. Nie można takiego zachowania wykonawcy INKO potraktować jako profesjonalnego. Oczywiście jest, że działania podjęte w trybie samooczyszczenia takie nie mogą być ani powierzchowne, ani jedynie formalne, nie mogą też być jedynie „markowane” przez wykonawcę. Bowiem nie chodzi tylko o samo podjęcie działań naprawczych, ale o osiągnięty skutek w wyniku podjęcia takich działań. A skutek ten musi gwarantować, że powyższe działania wyeliminują przyczynę zaistnienia podstawy wykluczenia.

Tymczasem w przypadku wykonawcy INKO mamy do czynienia właśnie z zachowaniem markowanymi i pozorowanymi, żaden skutek procedur wdrożonych w 2022 r. nie nastąpił – INKO w 2024 r. zostało znowu wykluczone na takich samych podstawach prawnych i faktycznych, tj. wobec wprowadzania zamawiającego w błąd. Co więcej, ocena skutecznego przeprowadzenia przez wykonawcę samooczyszczenia winna być dokonana na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, nie zaś na etapie postępowania przed Izbą. Wykonawca zobowiązany jest przedstawić kompletne wyjaśnienia i dowody w zakresie podjętych działań naprawczych już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący dodał, że wskazuje na tę okoliczność, gdyby wykonawca INKO na etapie postępowania odwoławczego miało zamiar przedstawiać jakieś nowe dowody na dokonanie zmian w procedurze samooczyszczenia.

II.Zarzut 2 dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty INKO, mimo że INKO nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określonych w SWZ w pkt 8.6.1 tj. w zakresie posiadania dwóch usług referencyjnych.

Zgodnie z SWZ pkt. 8.6.1 zamawiający wymagał wykazaniem się w okresie ostatnich 10 lat posiadaniem: „co najmniej 2 usług polegających na zarządzaniu inwestycją i sprawowaniu nadzoru nad robotami budowlanymi z wyłączeniem nadzoru w okresie gwarancji w zakresie budowy lub przebudowy linii kolejowej, przy czym usługa ta musi dotyczyć robót budowlanych, których łączna wartość zakończonych lub odebranych Świadectwem Przejęcia (protokołem odbioru końcowego) robót wynosi co najmniej 125 000 000,00 PLN brutto.”

Wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi INKO w wykazie usług, stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ, wykonawca wykazał dwie usługi:

	Nazwa zamówienia i podmiot na rzecz którego wykonywana była usługa (wskazane jest również podanie numeru umowy i daty zawarcia*)	Przedmiot wykonywanych zamówień (z opisem usług pozwalającym na weryfikację spełnienia warunków udziału w Postępowaniu określonych w pkt. 8.6.1 IDW)
1	Pełnienie nadzoru i funkcji Inżyniera dla zadania pn.: "Budowa łącznicy kolejowej Kraków Zabłocie - Kraków Krzemionki" PKP Polskie Linie Kolejowe S.A Centrum Realizacji Inwestycji Region Południowy Pl. Matejki 12 31-157 Kraków Umowa nr 90/128/0017/15/Z/I zawarta w dniu 30.10.2015 r.	Zarządzanie inwestycją i sprawowanie nadzoru nad robotami budowlanymi z wyłączeniem nadzoru w okresie gwarancji w zakresie budowy linii kolejowej
2	Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych w ramach następujących Kontraktów: Kontrakt nr 1 – Modernizacja odcinka Jaworzno Szczakowa – Trzebinia (km 1,150 – 0,000 linii 134, km 15,810 – 29,110 linii 133); w ramach Projektu „Modernizacja linii kolejowej E 30, odcinek Zabrze – Katowice – Kraków, etap IIb PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa Umowa 90/124/0004/17/Z/I z dn. 12.06.2017	Zarządzanie inwestycją i sprawowanie nadzoru nad robotami budowlanymi z wyłączeniem nadzoru w okresie gwarancji w zakresie przebudowy linii kolejowej Umowa 90/124/0004/17/Z/I z dn. 12.06.2017 Umowa podwykonawcza MP-1/90/124/0004/17/Z/I z dn. 10.07.2017

W zakresie drugiej usługi referencyjnej INKO nie przedstawił dokumentu potwierdzające jej należyte wykonanie, a jedynie oświadczenie własne. Do oświadczenia dołączono: a) dwie umowy podwykonawcze z racji, że kontrakt był podzielony na 3 kontrakty (części) i jak wynika z dokumentów, dwie części nadzorowało INKO, jednakże wykaz usług dotyczy tylko Kontraktu nr 1, b) świadectwa przejęcia robót w celu wykazania że roboty zostały zakończone, c) odmowę wystawienia referencji przez głównego wykonawcę, tj. firmę DTŚ, datowaną na 09.04.2024 r.

Z przedmiotowej odmowy wynika, iż zamawiający PKP PLK odmówiło dwukrotnie wystawienia referencji dla głównego wykonawcy nadzoru, tj. DTŚ: „DTŚ SA, z siedzibą w Katowicach (40-877) przy ul. Mieszka I 10, jako Lider Konsorcjum w składzie DTŚ. S.A., ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice oraz MOSTY KRAKÓW S.A. (dawniej: MP-MOS Sp. z o.o.), z siedzibą w Krakowie (31-874) przy ul. prof. M. Życzkowskiego 12 (Partner) odmawia udzielenia poświadczenia należytego wykonania Usługi w ramach Umowy jw. ze względu na fakt, że Zamawiający PKP PLK dwukrotnie odmówił udzielenia tożsamego poświadczenia Konsorcjum oraz że świadczenie Usługi nie zostało jeszcze zakończone, bowiem znajduje się ono w okresie gwarancji i zgłaszania wad.”

Zdaniem odwołującego wykonawca INKO nie dochował należytej staranności w pozyskaniu przedmiotowego poświadczenia, co zdaniem odwołującego potwierdza wyrok sygn. akt KIO 721/24. INKO nie zwróciło się w ogóle w sposób bezpośredni do zamawiającego. Prawdopodobnie wynika to z tego, że INKO jest świadome, że nie może korzystać z przedmiotowej referencji, gdyż nie wykonało całości usługi.

Kolejną, bardzo ważną kwestią dla odwołującego jest rzeczywisty zakres usługi świadczonej przez INKO. Otóż załączone umowy podwykonawcze wyszczególniają personel, jaki ma zapewnić wykonawca INKO celem realizacji usługi. Przedmiotowy personel, udostępniany przez INKO, nie jest zgodny z personelem wymaganym w postępowaniu przetargowym dotyczącym referencyjnej usługi. INKO nie pełniło funkcji zarządzania na danym kontrakcie, tj. nie zapewniło do realizacji Inżyniera Projektu oraz Koordynatora dostępu do torów. Wobec czego główny kierujący pracą nadzoru, najważniejsza osoba na kontrakcie nie była w zakresie usług INKO. INKO nie może przedmiotową usługą potwierdzać, iż „zarządzał inwestycją”, przedmiotowy zakres zarządzania inwestycją nie znalazł się bowiem w jego umowie podwykonawczej. Zgodnie z OPZ przedmiotowego referencyjnego zamówienia należało zapewnić zespół stały, kiedy godnie z treścią umów podwykonawczych INKO zapewniło wskazanych tam specjalistów (potwierdza to również dalsza część umowy podwykonawczej, tj. jej załącznik „Wykaz z dnia 10.07.2017 r.” który zgodnie z pkt. 2 wskazanym powyżej miał określać zakres usługi), zaś brak było w zakresie usług INKO Inżyniera Projektu, co według odwołującego jasno świadczy, iż INKO nie pełniło usługi w pełnym zakresie, a więc nie zarządzało i nadzorowało inwestycji, a taki był

warunek zamawiającego.

Wobec powyższego, w ocenie odwołującego słuszne jest stwierdzenie, że INKO nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określonych w SWZ w pkt. 8.6.1, tj. w zakresie posiadania dwóch usług referencyjnych. Po pierwsze – INKO w ogóle nie przedstawiło referencji. Po drugie – przedmiotowa usługa referencyjna nie spełnia wymagań SWZ, gdyż INKO było jedynie podwykonawcą i nie pełniło pełnego zakresu usług, wymaganego z SWZ. Nie można też uzupełnić wykazu usług w zakresie projektu nr 2, gdyż nie można informacji nieprawdziwej zamienić na informację prawdziwą.

III. Zarzut nr 3 zaniechanie odrzucenia oferty INKO, pomimo iż INKO wprowadził zamawiającego w błąd i/lub przedstawił informacje wprowadzające w błąd.

W ocenie odwołującego stan faktyczny opisany w Zarzucie 2 realizuje też przesłanki art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10. INKO wprowadził zamawiającego w błąd i/lub przedstawił informacje wprowadzające w błąd – informacjami takimi jest wskazanie, że realizowanie jako podwykonawca DTŚ projektu: Kontrakt nr 1 - Modernizacja odcinka Jaworzno Szczakowa - Trzebinia (km 1,150 – 0,000 linii 134, km 15,810 - 29,110 linii 133); w ramach Projektu „Modernizacja linii kolejowej E 30, odcinek Zabrze - Katowice - Kraków, etap IIb - spełnia warunek SWZ: Zarządzanie inwestycją i sprawowanie nadzoru nad robotami budowlanymi z wyłączeniem nadzoru w okresie gwarancji w zakresie przebudowy linii kolejowej. Skoro wykonawca INKO nie świadczył usługi w zakresie najważniejszej osoby tj. Inżyniera Projektu, to oczywistym jest, że nie realizowało pełnego zakresu usług wymaganego przez Zamawiającego. Istotą zarzutu jest to, że dotyczy on właśnie najważniejszej osoby na każdym projekcie obejmującym nadzór i zarządzanie.

IV. Zarzut nr 4 - zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu 1 i/lub zarzutu 2 i/lub zarzutu 3 - naruszenie art. 128 ust. 1 w związku z SWZ pkt. 8.6.1- poprzez zaniechanie wezwania INKO do uzupełnienia wykazu usług.

Odwołujący podniósł, że w przypadku nieuznania argumentacji zarzutów 1-3 (któregokolwiek z nich) wykonawca INKO powinien zostać wezwany do uzupełnienia usługi referencyjnej, tj. usługi wykazanej w pozycji nr 2 wykazu usług o usługę potwierdzoną dokumentem referencyjnym oraz spełniającej wymagania SWZ w pkt. 8.6.1 tj. dotyczącej zarządzania i nadzoru na inwestycją kolejową.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający uznaje zarzut nr 1 odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust 1 pkt 7 w zw. z art. 110 ust. 3 zd. 2 w zw. z art. 111 pkt 4 p.z.p. tj. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty INKO Consulting Sp. z o.o. w Krakowie i wnosi o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie – zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 lipca 2024 r. Wniesiono także o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, zgodnie ze spisem kosztów oraz o przeprowadzenie dowodu z dokumentów: umowa nr 90/124/0004/17/Z/I z dnia 12.06.2017 r. na Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych w ramach następujących zadań: a) Kontrakt nr 1- Modernizacja odcinka Jaworzno Szczakowa- Trzebinia (km 1,15-0,000 linii nr 134, km 15,810- 29,110 linii nr 133); b) Kontrakt nr 2- Modernizacja odcinka Trzebinia – Krzeszowice (km 29,110-46,700 linii nr 133); c) Kontrakt nr 4- Sygnalizacja dla obszaru LCS Jaworzno Szczakowa, LCS Trzebinia (km 6,847-0,000 linii nr 134, km 15,810-67,636 linii nr 133) w ramach Projektu „Modernizacja linii kolejowej E30, odcinek Zabrze- Katowice- Kraków, etap IIb).

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę INKO Consulting Sp. z o.o., ul. Józefa Marcika 25D/2, 30-443 Kraków (dalej zwanego „przystępującym”), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej – pismo z dnia 31 lipca 2024 r. i wniósł sprzeciw wobec częściowego uwzględnienia odwołania przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z wymaganiami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, że odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 powinno zostać uznane za spóźnione, ponieważ zarzuty w stosunku do samoczyszczenia z dnia 12 marca 2024 r., złożonego przez przystępującego wraz z ofertą, powinny być zostać wniesione w terminie 10 dni od uzyskania informacji o niedokonaniu wykluczenia przystępującego przez zamawiającego, co zdaniem uczestnika postępowania nastąpiło 16 kwietnia 2024 r.

(w ramach pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu). Przystępujący argumentował także, że odwołujący miał mieć pełną wiedzę w tym zakresie, ponieważ w dniu 26 kwietnia 2024 r. wniósł odwołanie od pierwszego rozstrzygnięcia postępowania zarzucając zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę.

Skład rozpoznający spór podzielił trafne stanowisko odwołującego, że w sprawie nie zachodzi przeszkoda procesowa powodująca konieczność wydania rozstrzygnięcia formalnego i częściowego odrzucenia odwołania, zaś termin na jego wniesienie, który upłynął 15 lipca 2024 r. (art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p., 10 dni od drugiego wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 02.07.2024 r., za którą została uznana oferta przystępującego), został przez odwołującego dochowany. Argumentacja przystępującego pomija, że w postępowaniu mamy do czynienia z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej (art. 139 ust. 1 p.z.p.), co oznacza, że w ramach badania i oceny ofert, po dokonaniu formalnej weryfikacji poprawności złożonych ofert, zamawiający przechodzi do ich badania pod kątem wystąpienia przesłanek odrzucenia; nie dokonuje się oceny podmiotowej wszystkich wykonawców, a jedynie wykonawcy, który złożył ofertę najwyższej ocenioną, najlepszą. Stosując procedurę odwróconą, zamawiający najpierw dokonuje oceny ofert, a następnie bada czy wykonawca, którego oferta została najwyższej oceniona, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (pkt 9.5 IDW). Jeżeli warunki podmiotowe wykonawcy najwyższej ocenionego są prawidłowe dokonuje się wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej, nie dokonując badania i oceny sytuacji podmiotowej pozostałych wykonawców.

W ramach pierwszego wyboru oferta przystępującego nie była ofertą najkorzystniejszą – była nią oferta konsorcjum Ekocentrum - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. we Wrocławiu i Transprojekt Gdański Sp. z o.o. w Gdańsku, zamawiający oświadczył na posiedzeniu, że nie dokonywał weryfikacji podmiotowej przystępującego, zatem w ramach pierwszego wyboru nie ocenił prawidłowości zaskarżonego self-cleaningu. Przystępujący nie wskazał także na jakąkolwiek czynność zamawiającego, która miałaby świadczyć o weryfikacji jego samooczyszczenia lub ujawniała ocenę zamawiającego w tym przedmiocie, są to jedynie niepotwierdzone supozycje uczestnika, wbrew zastosowanemu w postępowaniu trybowi badania i oceny ofert. W takiej sytuacji odwołujący nie mógł znać decyzji zamawiającego wieńczącej ocenę zdolności podmiotowej przystępującego. Do drugiego rozstrzygnięcia postępowania nie było czynności zamawiającego, której można byłoby postawić omawiany zarzut nr 1, czyli w ramach pierwszego wyboru nie było substratu zaskarżenia. Należy także dodać, że aby podjąć decyzję o wniesieniu odwołania, w ramach weryfikacji czy istnieje legitymacja materialna o charakterze określonym w art. 505 ust. 1 p.z.p., niezbędne jest poznanie stanowiska zamawiającego, który w zakresie oceny sytuacji podmiotowej przystępującego wypowiedział się dopiero w ramach drugiego wyboru, uznając prawidłowość dokonanego self-cleaningu i wybierając jego ofertę jako najkorzystniejszą.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, zważając na okoliczności podniesione w odwołaniu, mając na uwadze stanowisko procesowe zaprezentowane przez zamawiającego i przystępującego oraz przedłożony materiał dowodowy – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem odwołanie nie posiada uzasadnionych podstaw i jako takie zostało oddalone w całości.

W przedmiocie zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. w zw. z art. 110 ust. 3 zd. 2 w zw. z art. 111 pkt 4 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż przystępujący zaniechał dokonania tzw. samooczyszczenia w trybie art. 110 ust. 2 p.z.p. w związku zaistnieniem w stosunku do niego przesłanek wykluczenia, Izba wskazuje co następuje.

Skład orzekający ustalił, że w ramach postępowania objętego sporem przystępujący przedłożył wraz z ofertą self-cleaning z dnia 15 sierpnia 2023 r., a także kolejny z dnia 12 marca 2024 r. (aktualizacja self-cleaningu), gdzie w stosunku do pierwszego samooczyszczenia pojawił się nowy przetarg na „Pełnienie nadzoru nad realizacją robót budowlanych oraz nad wykonaniem projektu wykonawczego i realizacją robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych, systemu dynamicznej informacji podróży na odcinku Katowice Szopienice Południowe - Katowice - Katowice Piotrowice w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, etap I: linia E 65 na odcinku Będzin - Katowice Szopienice Płd. - Katowice - Katowice Piotrowice” w związku z wykluczeniem przystępującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 p.z.p., od czego przystępujący wniósł odwołanie, które wyrokiem z dnia 28 lutego 2024 r., sygn. akt: KIO 405/24, zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone, co spowodowało złożenie aktualizacji samooczyszczenia (pkt 3.6, pkt 71-73 pisma z dnia 12.03.2024 r.)

Odwołujący zarzucał, że aktualizacja self-cleaningu nie zawiera żadnych nowych elementów, dodatkowych procedur, działań czy czynności, przystępujący nie wskazał, aby wdrożył jakiegokolwiek nowe środki zaradcze i nadal wprowadza zamawiających w błąd. W aktualizacji self-cleaningu z dnia 12 marca 2024 r. nie wprowadzono żadnych nowych środków zaradczych, a jedynie wskazano, że dokonano spotkania na teams oraz nakazano stosowanie procedury z 2022 r., zaktualizowanej w 2023 r. Dokumenty przedstawiane przez przystępującego są dokumentami sporządzanymi dla formalności, a self-cleaning nie działa.

Skład orzekający stwierdził, że poinformowanie zamawiającego o nowym przetargu z pkt 3.6 aktualizacji samooczyszczenia, w ramach którego doszło do wprowadzenia w błąd, zgodnie ze stanowiskiem przystępującego wskazanym w self-cleaningu, które znalazło odzwierciedlenie w treści powołanych przez niego wyroków Izby i złożonych z self-cleaningiem dowodów, jest pochodną wcześniejszych zdarzeń, tu przede wszystkim z dnia 29 sierpnia 2022 r., które miały miejsce jeszcze przed złożeniem oferty (tak pkt 81-92, 96-97 pisma z 12.03.2024 r.). Zgodnie z pkt 65-73 pisma z dnia 12 marca 2024 r. – gdzie przystępujący wyczerpująco wytłumaczył okoliczności ww. wykluczenia go przez zamawiającego oraz przyczyny podejmowanych przez siebie czynności – podstawa wykluczenia zaistniała przed pierwszym samooczyszczeniem, które złożono wraz z ofertą. Zastosowane w związku z tym środki techniczne, organizacyjne i kadrowe podjęto przed złożeniem oferty w przetargu, a nie dopiero w ramach aktualizacji samooczyszczenia (którą złożono w wyniku rozstrzygnięcia Izby w sprawie o sygn. akt: KIO 405/24). W pkt 82 aktualizacji samooczyszczenia, który następuje po pkt 81 – gdzie opisano środki naprawcze podjęte przez wykonawcę, odnoszące się do pierwszego self-cleaningu – przystępujący wskazał „Wykonawca informuje, że działania te zważywszy na stan faktyczny opisany powyżej podjęte zostały po dokonaniu czynności stanowiącej podstawę wykluczenia, a mianowicie złożeniu formularza JEDZ w dniu 29.08.2022 r. a przed uzyskaniem informacji o wykluczeniu z postępowania 3.6, tym samym w ocenie Wykonawcy pozostają one skuteczne i w sposób należyty zapobiegają dalszym naruszeniom przepisów postępowania przed Wykonawcą. Niemniej jednak w związku z wyrokiem w sprawie o sygn. akt KIO 405/24 Wykonawca podjął dalsze środki celem wzmocnienia wcześniej podjętych działań”. Zatem w ramach środków naprawczych podjętych przez przystępującego, dotyczących postępowania z pkt 3.6, należy uwzględnić czynności z pkt 81-92 pisma z dnia 12 marca 2024 r., które są tożsame z pkt 66-79 pisma z dnia 15 sierpnia 2023 r., a zostały podjęte i wdrożone w ramach pierwszego self-cleaningu, do których nie odniesiono się w ramach okoliczności podniesionych w odwołaniu. Do self-cleaningu z dnia 15 sierpnia 2023 r. odwołujący referował w sposób hasłowy, odwołanie jest w tym zakresie merytorycznie puste.

Odwołujący, który formułując okoliczności odwołania, skupił się na środkach zaradczych wskazanych w aktualizacji samooczyszczenia z dnia 12 marca 2024 r. działał nieprawidłowo, powinien bowiem zaskarżyć i szczegółowo odnieść się również do środków naprawczych podjętych przez przystępującego, które wskazano i wykazano w ramach self-cleaningu z dnia 15 sierpnia 2023 r. W związku z okolicznościami dotyczącymi podstawy wykluczenia, z której przystępujący się samooczyszczał, obydwa dokumenty należy czytać łącznie. Odwołujący głównie referował do samooczyszczenia z dnia 12 marca 2024 r. podnosząc, że „wykonawca INKO nadal wprowadza zamawiających w błąd, za co jest skutecznie wykluczany z postępowań”, skupiając się na okolicznościach faktycznych dotyczących aktualizacji samooczyszczenia z pominięciem, że do rzekomo „nowego błędu, nowej podstawy wykluczenia” doszło jeszcze przed pierwszym samooczyszczeniem (z dnia 15.08.2023 r.). Zatem, pomimo że dopiero w aktualizacji self-cleaningu wskazano na ww. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, to środki podjęte przez przystępującego nie ograniczają się wyłącznie do tych wskazanych w aktualizacji samooczyszczenia, jak przyjęto w odwołaniu.

Izba stwierdziła także, że w celu dokonania samooczyszczenia przystępujący przedłożył obszernie wyjaśnienia zawierające szczegółowe informacje dotyczące naruszeń, w tym daty, rodzaje naruszeń oraz podjęte kroki naprawcze. Przystępujący szczegółowo opisał działania naprawcze, takie jak zmiany w procedurach wewnętrznych, reorganizacja działu ofertowania oraz wprowadzenie nowych systemów kontrolnych. Uchwały zarządu z 2022 i 2023 r. dokumentują przeprowadzenie reorganizacji personelu, co obejmuje zatrudnienie nowych specjalistów ds. kontroli jakości oraz audytu, a także zakończenie współpracy z panem W.K. Wdrożono nowy system sprawozdawczości i kontroli, który pozwala na bieżące monitorowanie realizowanych projektów oraz wykrywanie ewentualnych nieprawidłowości na wczesnym etapie. Uchwałą zarządu z dnia 4 kwietnia 2022 r. wprowadzono procedurę w sprawie weryfikacji informacji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej. Procedura ta została zmodyfikowana uchwałą z dnia 23 stycznia 2023 r. Przystępujący w dniu 4 maja 2023 r. uzyskał certyfikat potwierdzający, że spełnia wymagania PN-EN ISO 9001:2015-10 w zakresie świadczenia kompleksowej usługi zarządzania kontraktem oraz pełnienia nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych. Utworzono struktury audytu wewnętrznego, które mają za zadanie regularne przeprowadzanie audytów wewnętrznych oraz raportowanie wyników zarządowi. Do samooczyszczenia dołączono dowody, które potwierdzają wdrożenie opisanych środków zaradczych, w tym protokoły z audytów wewnętrznych oraz raporty z działań naprawczych. Skuteczność wdrożonych środków została potwierdzona w dokumentach

przedstawiających wyniki audytów oraz oceny jakości realizowanych projektów, które nie wykazały żadnych poważnych naruszeń od czasu wprowadzenia nowych procedur.

W ocenie Izby dokonany self-cleaning pozwala na uznanie przystępującego za wykonawcę dającego rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia publicznego, a podjęte przez niego środki zaradcze spełniają przesłanki art. 110 ust. 2 p.z.p oraz są wystarczające dla wykazania jego rzetelności – udowadniające, że wdrożono niezbędne mechanizmy zmierzające do usunięcia skutków okoliczności, które stanowią podstawę wykluczenia, a także, że powzięto kroki zapobiegające wystąpieniu takich okoliczności w przyszłości. Przystępujący skutecznie wprowadził niezbędne środki naprawcze, które zostały skorelowane z podstawą wykluczenia, przywracając swoją wiarygodność w postępowaniu. Przy tym skład orzekający zwraca uwagę, że każdy przypadek powinien być oceniany indywidualnie, w zależności od sytuacji podmiotowej wykonawcy, na kanwie konkretnego stanu faktycznego, jaki zaistnieje w postępowaniu. Przedstawiono Izbie hipotezę odwołującego o pozornym samooczyszczeniu z pominięciem, że do „kolejnego” wprowadzenia zamawiającego w błąd (postępowanie z pkt 3.6. pisma z dnia 12.03.2024 r.) nie doszło w wyniku powzięcia rzekomo nieskutecznych/pozornych środków naprawczych zastosowanych przez przystępującego, a w związku z okolicznościami, które miały miejsce jeszcze przed ich podjęciem, zatem trudno mówić tu o ich nieskuteczności/pozorności. Określone w art. 110 ust. 2 p.z.p. środki naprawcze, ze swojej istoty, każdorazowo dotyczą przywrócenia rzetelności wykonawcy w zakresie zindywidualizowanej sytuacji wyeliminowania go z postępowania – tym samym podjęte przez wykonawcę działania mają na celu zapobieganie danemu uchybieniu. Ergo bez udowodnienia przez odwołującego, że nadal dochodzi do tożsamego błędu, nie sposób skutecznie wywodzić, że samooczyszczenie było jedynie formalnym wypełnieniem tego obowiązku.

Natomiast aktualizacja samooczyszczenia jest pokłosiem okoliczności, które miały miejsce jeszcze przed wdrożeniem procedury naprawczej, w tym są wynikiem odmiennej interpretacji prawnej. W związku z okolicznościami sprawy ocenianej przez Izbę pod sygn. akt KIO 405/24 i wprowadzeniem zamawiającego w błąd w ramach postępowania wskazanego w pkt 3.6 aktualizacji self-cleaninigu, dodatkowe czynności w postaci przeglądu i przypomnienia już wdrożonej procedury naprawczej (tak pkt 96-97 pisma z 12.03.2024 r.), opisane w pkt 93-94 aktualizacji samooczyszczenia, należy uznać za właściwe i adekwatne, dopasowane do okoliczności wykluczenia.

Konkludując, uwzględniając wagę i okoliczności podstawy do wykluczenia wykonawcy, skład rozpoznający spór stwierdził, że zamawiający w sposób prawidłowy ocenił, że przedstawiono wystarczające dowody dla uznania, że zastosowano adekwatne środki zaradcze do wykazania rzetelności przystępującego, zaś odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnych. Zatem omawiany zarzut, jako nieposiadający uzasadnionych podstaw, został przez Izbę oddalony.

W zakresie zarzutu nr 2 z *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p. poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, pomimo że przystępujący nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określonych w SWZ w pkt. 8.6.1, tj. w zakresie posiadania dwóch usług referencyjnych – skład orzekający wskazuje jak niżej.

Zgodnie z SWZ pkt 8.6.1 zamawiający wymagał wykazaniem się w okresie ostatnich 10 lat posiadaniem: „co najmniej 2 usług polegających na zarządzaniu inwestycją i sprawowaniu nadzoru nad robotami budowlanymi z wyłączeniem nadzoru w okresie gwarancji w zakresie budowy lub przebudowy linii kolejowej, przy czym usługa ta musi dotyczyć robót budowlanych, których łączna wartość zakończonych lub odebranych Świadectwem Przejęcia (protokołem odbioru końcowego) robót wynosi co najmniej 125 000 000,00 PLN brutto. (...) Ocena spełnienia ww. warunku nastąpi na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów i oświadczeń, o których mowa w punkcie 9 IDW.” Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawcy składali oświadczenia i dokumenty wskazane w pkt 9.6, tj. określony w pkt 9.6.1 wykaz usług, wskazane w pkt 9.6.2 dowody określające czy te usługi zostały wykonane należycie i co istotne „9.6.3 inne dokumenty – jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać dokumentów, o których mowa w pkt 9.6.2 IDW”.

Przystępujący złożył wykaz usług (wypełniony załącznik nr 6 do IDW), w którym wskazano: „2. Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych w ramach następujących Kontraktów: Kontrakt nr 1- Modernizacja odcinka Jaworzno Szczakowa - Trzebinia (km 1,150 – 0,000 linii 134, km 15,810 - 29,110 linii 133); w ramach Projektu „Modernizacja linii kolejowej E 30, odcinek Zabrze - Katowice - Kraków, etap IIb PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, Umowa 90/124/0004/17/Z/I z dn. 12.06.2017”, przedmiot: „Zarządzanie inwestycją i sprawowanie nadzoru nad robotami budowlanymi z wyłączeniem nadzoru w okresie gwarancji w zakresie przebudowy linii kolejowej Umowa 90/124/0004/17/Z/I z dn. 12.06.2017, Umowa podwykonawcza MP-1/90/124/0004/17/Z/I z dn. 10.07.2017”.

Do wykazu usług dołączono dwie umowy podwykonawcze, świadectwa przejęcia robót, odmowę wystawienia referencji przez głównego wykonawcę, tj. DTŚ S.A. w Katowicach z dnia 9 kwietnia 2024 r. gdzie wskazano: „DTŚ SA, z siedzibą w Katowicach przy ul. Mieszka I 10, jako Lider Konsorcjum w składzie DTŚ. S.A., ul. Mieszka I 10, 40-877

Katowice oraz MOSTY KRAKÓW S.A. (dawniej: MP-MOSTY Sp. z o.o.), (...) odmawia udzielenia poświadczeń należytego wykonania Usługi w ramach Umowy jw. ze względu na fakt, że Zamawiający PKP PLK dwukrotnie odmówił udzielenia tożsamego poświadczenia Konsorcjum oraz że świadczenie Usługi nie zostało jeszcze zakończone, bowiem znajduje się ono w okresie gwarancji i zgłaszania wad.”.

Odwołujący podnosił, że przystępujący nie dochował należytej staranności w pozyskaniu poświadczenia, o którym mowa w pkt 9.6.2 IDW i nie wykazał, że niezłożenie przez niego referencji nastąpiło z przyczyn niezależnych od wykonawcy, nie zwrócił się bezpośrednio do zamawiającego, prawdopodobnie dlatego, że jest świadomy, że nie może korzystać z przedmiotowej referencji, gdyż nie wykonał całości usług. Odwołujący podważał także zakres usług świadczonych przez przystępującego wskazując, że przystępujący nie pełnił funkcji zarządzania kontraktem z powodu braku zapewnienia do realizacji referencyjnej usług inżyniera projektu oraz koordynatora dostępu do torów.

Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego jest bezzasadne. Po pierwsze, zgodnie z wymaganiami SWZ oraz normami p.z.p. przystępujący mógł wykazać się spełnieniem wymagań ujętych w IDW w pkt 8.6.1 poprzez przedłożenie wykazu usług, który został potwierdzony m.in. oświadczeniem własnym (pkt 9.6.3 IDW), a nie referencjami, ponieważ inwestor, na rzecz którego realizowano zadanie, nie wystawia takich dokumentów przed zakończeniem okresu gwarancji i zgłaszania wad (zamawiającym był PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., realizacja odbywała się w zakresie działania Regionu Południowego Centrum Realizacji Inwestycji, wykonawcą umowy nr 90/124/0004/17/Z/I z dnia 12.06.2017 r. było konsorcjum firm: MP-MOSTY Sp. z o.o. w Krakowie oraz „Drogowa Trasa Średnicowa” S.A. z w Katowicach). Tym samym jest to okoliczność niezależna od przystępującego, dodatkowo wynikająca także z pisma z dnia 9 kwietnia 2024 r. DTŚ S.A. w Katowicach. Jak wskazał zamawiający, skoro był to kontrakt realizowany na jego rzecz, to miał możliwość uzyskania potwierdzenia doświadczenia przystępującego korzystając z własnych struktur firmy i pozyskał taki dokument w postaci e-mail od dyrektora projektu pana A.K. z zespołu ds. modernizacji linii kolejowej E-30 na odcinku Zabrze - Katowice - Kraków (korespondencja elektroniczna dnia 28.06.2024 r.), w którym potwierdza on, że czynności wykonane przez przystępującego w ramach nadzoru na linii E30 ma odcinku Jaworzno Szczakowa - Trzebinia - Krzeszowice, linia dla Kontraktu 1 i 2 (z Umowy 90/124/0004/17/Z/I), były wykonane należyście. Pan A.K. jest osobą wymienioną w umowie jako osoba do kontaktu ze strony zamawiającego, więc jego oświadczenie opiera się na osobistym udziale w realizacji tej inwestycji. Dokonując badania i oceny ofert zamawiający nie mógł zatem pominąć, że był inwestorem dla umowy głównej, dla której przystępujący świadczył usługę i posiada wiedzę dotyczącą należytego wykonania i zakresu realizacji kontraktu przez przystępującego, w tym zatwierdzał przystępującego jako podwykonawcę. W związku z przedmiotem umowy nr MP-1/90/124/0004/17/Z/I z dnia 10 lipca 2017 r. oraz ustaleniami własnymi zamawiającego prawidłowo zatem uznano, że treść oświadczenia przystępującego w zakresie wykazania należytego wykonania umowy podwykonawczej obejmującej pełnienie nadzoru inwestorskiego nie budziła wątpliwości, a także, że przystępujący z przyczyn niezależnych od siebie nie mógł uzyskać referencji (pkt 9.6.2 IDW), więc mógł posługiwać się oświadczeniem własnym (pkt 9.6.3 IDW).

Po drugie, co do tezy odwołującego, że przystępujący nie wykonał całości usługi, Izba zgodziła się z zamawiającym, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej dnia 4 maja 2017 r. w wyroku w sprawie C-387/14, Esaprojekt Sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu odpowiadając Krajowej Izbie Odwoławczej w trybie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej na pytanie nr 5 zajął następujące stanowisko: *„Gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców”*. Z powyższego wynika, że aby wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mógł wykazywać się doświadczeniem co do wykonanego zakresu zamówienia konieczny jest jego bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części tego zamówienia, a jak wynika z dokumentacji przystępujący realizował w całości dwie z trzech części kontraktu głównego. Nie ma tutaj znaczenia, że wykonywał tę usługę jako podwykonawca a nie wykonawca, ponieważ realnie nabywał doświadczenie w formie bezpośredniej realizacji umowy.

Po trzecie, nadinterpretacją ze strony odwołującego jest zarzut jakoby przystępujący nie pełnił funkcji zarządzania na referencyjnym kontrakcie, bowiem nie zapewnił do realizacji wskazanego przez odwołującego personelu. Jak wynika z umowy podwykonawczej nr MP-1/90/124/0004/17/Z/I z dnia 10 lipca 2017 r., którą przystępujący zawarł z MP-MOSTY Sp. z o.o. w Krakowie oraz „Drogowa Trasa Średnicowa” S.A. w Katowicach zakres odpowiedzialności i zakres przedmiotowy tej umowy obejmuje całość działań w zakresie zarządzania i nadzoru nad inwestycją poprzez wprowadzenie treści umowy 90/124/0004/17/Z/I z dnia 12 czerwca 2017 r. jako integralnej części umowy podwykonawczej, tj. *„Strony postanawiają, że zawarcie niniejszej Umowy następuje w związku z Kontraktem, który wraz z wszystkimi załącznikami stanowi jej integralną część a zakres zobowiązań Podwykonawcy i uprawnień Zamawiającego (w*

rozumieniu niniejszej Umowy) w szczególności w zakresie sposobu, w tym terminów, wykonania przedmiotu niniejszej Umowy, odpowiedzialności za jej wykonanie, niewykonanie lub nienależyte wykonanie, odpowiedzialności odszkodowawczej, gwarancji, rękojmi, odpowiedzialności odszkodowawczej, przeniesienia praw autorskich, raportowania, zmiany Personelu, ubezpieczenia i zabezpieczenia należytego wykonania umowy, rozwiązania Umowy, poufności, są tożsame z tymi określonymi odpowiednio dla wykonawcy i zamawiającego w Kontaktcie, chyba że niniejsza Umowa wprost stanowi inaczej. Strony postanawiają jednocześnie, że Podwykonawca jest zobowiązany do wykonania niniejszej Umowy w sposób zapewniający pełne i należyte wykonanie Kontraktu przez Zamawiającego, z uwzględnieniem wszystkich oczekiwań Inwestora". Zatem przystępujący, co jest kluczowe dla rozpatrywanego zarzutu, pełnił wymaganą w warunku funkcję zarządzania inwestycją i sprawowania nadzoru – zakres odpowiedzialności i zakres przedmiotowy ww. umowy obejmuje całość działań w zakresie zarządzania i nadzoru nad inwestycją poprzez wprowadzenie treści umowy 90/124/0004/17/Z/I z dnia 12 czerwca 2017 r. jako integralnej części umowy podwykonawczej (por. też przedmiot umowy 90/124/0004/17/Z/I str. 8), co wprost potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Po czwarte, w omawianym warunku udziału w postępowaniu nie referowano do konieczności zapewnienia jakiegось konkretnego członka personelu, a do wymaganego doświadczenia wykonawcy w pełnieniu usług polegających na zarządzaniu inwestycją i sprawowaniu nadzoru nad robotami budowlanymi, co przystępujący prawidłowo wykazał. Wymagane doświadczenie referencyjne bada się i sprawdza wyłącznie w ramach brzmienia danego warunku, a nie w zakresie postulowanych przez odwołującego wymagań, których zamawiający nie stawiał wykonawcom w SWZ, a więc nie mogą być one podstawą do badania zdolności podmiotowej przystępującego i eliminacji go z postępowania. Forsowana przez odwołującego wykładnia warunku jest niezgodna z jego brzmieniem, a jego rozumienie bezpodstawnie rozszerza warunek poprzez wykreowanie dodatkowych wymogów, które nie wynikają z jego treści. Próba nakładania na przystępującego dodatkowych wymagań, których nie ma w dokumentacji przetargu, stanowiłaby naruszenie naczelných zasad zamówień publicznych, określonych w art. 16 p.z.p., z których należy wyprowadzić zakaz retroaktywnego pogarszania sytuacji niektórych wykonawców, w szczególności w zakresie nakładania na nich obowiązków, które nie wynikają z dokumentacji postępowania.

Jak trafnie wskazuje się w orzecznictwie: „Nie budzi wątpliwości pogląd, że treść SIWZ jest wiążąca dla wszystkie uczestników postępowania przetargowego, a precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wskazując na powyższe stwierdzić należy, iż zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy nadawania jego zapisom innego znaczenia niż wynikająca z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert.” (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15.04.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 22/21) oraz „W ocenie Sądu Okręgowego warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinny w pierwszej kolejności podlegać literalnej interpretacji, ta bowiem zapewnia najdalej idący obiektywizm zamawiającego, ale też minimalizuje ryzyko nierównego traktowania wykonawców.” (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10.08.2023 r. sygn. akt: XXIII Zs 35/23). Warunki udziału w przetargu bada się wyłącznie na podstawie wymagań zamawiającego postawionych w dokumentacji postępowania i jeżeli odwołujący uważał, że zamawiający powinien bardziej wnikliwie weryfikować potencjał wykonawców, to właściwym momentem na zgłaszanie takich zastrzeżeń był termin na zaskarżenie treści SWZ, co na tym etapie jest spóźnione (por. też wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13.09.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 67/21).

Obecnie, kiedy nie ma już możliwości zmiany dokumentacji postępowania, do czego absolutną barierą jest upływ terminu na składanie ofert, treść dokumentacji postępowania wiąże zamawiającego, wykonawców i Krajową Izbę Odwoławczą, a badanie i ocena ofert następuje wyłącznie na podstawie wymagań zamawiającego określonych w SWZ. Nie można więc z powodu niewyartykułowanych w dokumentacji warunków – które zdaje się zdaniem odwołującego powinny znaleźć się w SWZ i na podstawie których chciałby on weryfikować ofertę przystępującego – czynić zarzutu niewykazania posiadania odpowiednich zdolności zawodowych, skoro takich wymagań zamawiający wykonawcom nie postawił. Ergo, jeżeli w dokumentacji postępowania w sposób wyraźny i jednoznaczny nie postawiono danego wymogu, zamawiający nie ma uzasadnienia do jego wymagania od wykonawców, ani podstaw do jego weryfikacji w ramach badania i oceny ofert, a tym bardziej nie może być to powód wyeliminowania wykonawcy z postępowania.

Jedynie dodatkowo warto zaznaczyć, że przystępujący zapewnił pełny zespół specjalistów oraz pełnił funkcje zarządzania i nadzoru nad inwestycją. Brak jednego członka personelu o nazwie inżynier projektu nie dyskwalifikuje doświadczenia wykonawcy, w szczególności, że skład osobowy zespołu zarządzającego nie opiera się jedynie na tym stanowisku. Wiodącą funkcje dla danej części kontraktu sprawuje tutaj inżynier rezydent, osoba o analogicznych kwalifikacjach w zakresie zarządzania projektami jak inżynier projektu, posiadająca dodatkowo uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Osoba ta pełni bezpośrednio nadzór i zarządza merytorycznie całym personelem inspektorów nadzoru w poszczególnych branżach, co w przypadku inżyniera projektu można odnieść

jedynie do funkcji organizacyjnych. Ponadto zgodnie z realizowaną umową przystępujący organizował biuro inżyniera projektu oraz zapewniał zespół specjalistów zgodnie z wykazem z dnia 10 lipca 2017 r., który odnosi się do kontraktu jako całości oraz wyszczególnia osoby wchodzące w skład personelu inżyniera. Przy tym inżynier dla umowy podanej jako usługa referencyjna nie jest jednoosobową funkcją, jaką można przypisać osobie fizycznie zatrudnionej na stanowisku o nazwie inżynier projektu czy inżynier rezydent, złożone przed odwołującego dokumenty przetargu głównie odnoszą się do czynności wykonawcy ewentualnie do inżyniera, tylko w ppkt 15 ppkt 4.1.1. mogą wskazywać na osobę fizyczną. Zatem przedłożone przez przystępującego w trakcie postępowania dokumenty potwierdzają właściwy udział w realizacji zadania, w wymaganym zakresie pełnienia funkcji nadzoru inwestorskiego z ramienia wykonawcy i wykonywania czynności obejmujących czynności inżyniera projektu.

Niemniej, dla wykazania warunku udziału w przetargu i tak decydującym jest jego brzmienie i fakt, że przystępujący w zakresie swojej umowy podwykonawczej realizował całość uprawnień i obowiązków „Inżyniera” jako strony umowy 90/124/0004/17/Z/I z dnia 12 czerwca 2017 r. w zakresie kontraktu 1 i 2, co spełnia warunek zarządzania i sprawowania nadzoru zgodnie z SWZ pkt 8.6.1. Brak zapewnienia jednego członka personelu o nazwie stanowiska inżynier projektu nie dyskwalifikuje doświadczenia przystępującego zdobytego przez realizację przedmiotu umowy podwykonawczej, który był tożsamy z zakresem zobowiązania konsorcjum MP-MOSTY Sp. z o.o. w Krakowie i „Drogowa Trasa Średnicowa” S.A. w Katowicach.

Konkludując, dokonana przez skład orzekający kontrola czynności zamawiającego skutkowałą stwierdzeniem, iż zamawiający w sposób właściwy ocenił doświadczenie zawodowe przystępującego uznając go za wykonawcę spełniającego warunek udziału w postępowaniu, zaś odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnej, więc odwołanie zostało w tym zakresie oddalone.

Powyższe powoduje, że nie doszło również do naruszenia prawa w postaci zaniechania zastosowania przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 p.z.p. i odrzucenia oferty przystępującego, który zdaniem odwołującego miał wprowadzić zamawiającego w błąd i/lub przedstawić informacje wprowadzające w błąd. Izba stwierdziła, że nie została spełniona nawet pierwsza przesłanka art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 p.z.p., bowiem nie potwierdziło się, że przystępujący złożył zamawiającemu nieprawdziwe oświadczenie o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu dotyczące posiadania wymaganego doświadczenia z pkt 8.6.1 rozdziału 8 IDW, zaś uniwersalną obroną – i przez to *a priori* eliminującą możliwość kwalifikacji postępowania przystępującego poprzez ww. normy – jest stwierdzenie, że podane przez niego informacje są prawdziwe. Ergo stan błędu po stronie zamawiającego nie powstał i nie mógł powstać, więc zarzut nr 3 odwołania, jako niepotwierdzony w ustalonym stanie rzeczy, został przez skład orzekający oddalony.

Ponadto, skoro nie udowodniono, żeby przystępujący nie spełniał przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, nie znajdzie także uzasadnienia zastosowanie art. 128 ust. 1 p.z.p. i wezwanie przystępującego do uzupełnienia w tym przedmiocie, co powoduje, że nie podlegał uwzględnieniu przez Izbę także niewykazany przez odwołującego zarzut nr 4 z *petitum* odwołania.

Brak potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołanie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 pkt 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i 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). Izba obciążyła odwołującego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania (15.000,00 zł), koszty wynagrodzenia jego pełnomocnika (w ramach limitu wynikającego z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia wynoszącego 3.600,00 zł), a także koszty zamawiającego zgodnie ze złożonym spisem kosztów (4.085,50 zł). Zamawiający tam, gdzie uwzględnił odwołanie (zarzut nr 1), a przystępujący wniósł sprzeciw, ponosi koszty we własnym zakresie (przystępujący nie składał wniosków kosztowych). Koszty stosunkowo zasądzone od odwołującego na rzecz zamawiającego dotyczą zarzutów nr 2-4, czyli wynoszą 3/4 kwoty ustalonej na podstawie spisu kosztów, w zaokrągleniu do pełnych złotych (3.063,00 zł).

Mając na uwadze powyższe o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....