

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 25 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Patyk

B.P.

Katarzyna Paprocka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 25 kwietnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Trakcja System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie uczestnik po stronie zamawiającego – wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego

postanawia:

1. Odrzucić odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciążyć Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Trakcja System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. Wykonawców tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Trakcja System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodnicząca:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1203/24

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetarg nieograniczonego na *zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 97 na odcinku Żywiec – Sucha Beskidzka”* (znak postępowania: 9090/IREZA3/02597/01189/23/P).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 marca 2023 r. pod numerem 2023/S 055-162109.

W dniu 8 kwietnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Trakcja System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu [dalej „Odwołujący”] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy cena zaoferowana za wykonanie istotnej części składowej oferty tj.: cena za wykonanie robót objętych prawem opcji nr 1 w branży sieci trakcyjnej, która ma wpływ na możliwość należytej realizacji całego przedmiotu zamówienia, jest nierealna a wykonawca Strabag nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego za zaoferowaną cenę;

2. art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub 10 PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia, w konsekwencji odrzucenia oferty Strabag, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących spełnienia warunku udziału w Postępowaniu opisanego w pkt 8.6.2 IDW w zakresie dysponowania Kierownikiem robót sterowania ruchem kolejowym (poz. 4 Tabela) o wymaganym doświadczeniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego

w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił

informacje wprowadzające w błąd, dotyczące spełniania warunku udziału w Postępowaniu opisanego pkt 8.6.2 IDW w zakresie dysponowania Kierownikiem robót sterowania ruchem kolejowym (poz. 4) o wymaganym doświadczeniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym wpływ na bezpodstawną wybór oferty Strabag jako najkorzystniejszej;

3. art. 239 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2 b) PZP w zw.

z art. 16 pkt 1 PZP oraz w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub 10 PZP, poprzez wybór oferty Strabag i zaniechanie odrzucenia jego oferty w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu opisanego w pkt. 8.6.2 IDW (dysponowanie Kierownikiem robót sterowania ruchem kolejowym o wymaganym doświadczeniu – poz. 4) pomimo dwukrotnego składania wykazu osób i jednocześnie dopuścił się przekazania informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, które miały potwierdzać spełnianie warunku udziału w Postępowaniu;

4. art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub 10 PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia, w konsekwencji odrzucenia oferty Strabag, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących spełnia warunku udziału w Postępowaniu opisanego w pkt 8.6.2 IDW w zakresie dysponowania urządzeniami technicznymi tj. pociągiem sieciowym co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające

w błąd, dotyczące spełniania warunku udziału w Postępowaniu opisanego pkt 8.6.2 IDW

w zakresie dysponowania pociągiem sieciowym, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym wpływ na bezpodstawną wybór oferty Strabag jako najkorzystniejszej;

5. art. 239 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2 b) PZP w zw.

z art. 16 pkt 1 PZP oraz w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub 10 PZP, poprzez wybór oferty Strabag i zaniechanie odrzucenia jego oferty w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu opisanego w pkt. 8.6.2 IDW (dysponowanie pociągiem sieciowym) i jednocześnie dopuścił się przekazania informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, które miały potwierdzać spełnianie warunku udziału w Postępowaniu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Strabag z dnia 27 marca 2024 roku;
4. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu, wykluczenia Strabag z Postępowania oraz odrzucenie jego oferty;
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Izba stwierdziła, że wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 20.1. Tom I SWZ - IDW: Zamawiający skorzysta z uprawnienia wynikającego z art. 139 ust. 1 Ustawy. Zamawiający najpierw dokona badania i oceny ofert a następnie zbada czy Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w Postępowaniu.

W dniu 4 sierpnia 2023 r. upłynął termin składania ofert. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło 11 wykonawców.

W dniu 24 sierpnia 2023 r. Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Strabag Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny. Tego samego dnia Zamawiający działając na podstawie art. 126 ust. 2 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Strabag Sp. z o.o. do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych a w przypadku polegania przez Wykonawcę na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby – do złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie pkt 9.7.1÷ 9.7.3 oraz pkt 9.7.5 IDW dotyczących tych podmiotów, w tym m. in. wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia (załącznik nr 7 do IDW) oraz wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania Zamówienia (załącznik nr 8 do IDW).

W odpowiedzi na powyższe wezwania wykonawca Strabag Sp. z o.o. złożył stosowne wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zawarte w piśmie z dnia 4 września 2023 r. oraz podmiotowe środki dowodowe, w tym załączniki nr 7 i 8 do IDW załączone przy piśmie przewodnim z dnia 6 września 2024 r.

W załączniku nr 7 do IDW wykonawca Strabag Sp. z o.o. wskazał p. A.W. do pełnienia funkcji kierownika robót SRK. Wykonawca podał, iż ww. osoba pełniła funkcję kierownika robót SRK w projekcie pn.:

1. „Wykonanie robót budowlanych w obszarze LCS Kutno – odcinek Żychlin – Bartogi w ramach projektu pn.: „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa – Poznań – pozostałe roboty, odcinek Sochaczew – Swarzędz” w okresie 9.2017 – nadal;
2. „Budowa przystanku osobowego Warszawa Powązki zlokalizowanego na linii kolejowej nr 20 Warszawa Główna Towarowa – Warszawa Praga” w okresie 5.2019 – 5.2020.

Z kolei w załączniku nr 8 do IDW wykonawca Strabag Sp. z o.o. oświadczył, że dysponuje co najmniej 1 szt. pociągu sieciowego.

W dniu 16 stycznia 2024 r. Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę wykonawcy Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie. Na miejscu trzecim natomiast oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Trakcja System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Wyrokiem z dnia 20 lutego 2024 r. sygn. akt: KIO 283/24 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wykonawcy Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu jako I.1.1), I.1.2) lit. a) oraz I.1.3) lit. a) i nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. W pozostałym zakresie odwołanie oddalono.

W dniu 20 lutego 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 16 stycznia 2024 r.

W dniu 20 lutego 2024 r. Zamawiający działając na podstawie art. 126 ust. 3 ustawy Pzp, tj. z uwagi na znaczny upływ czasu od przedłożenia przez Strabag Sp. z o.o. podmiotowych środków dowodowych wezwał Wykonawcę do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych a w przypadku polegania przez Wykonawcę na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby – do złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie pkt 9.7.1÷ 9.7.3 oraz pkt 9.7.5 IDW dotyczących tych podmiotów, w tym m. in. wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia (załącznik nr 7 do IDW) oraz wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania Zamówienia (załącznik nr 8 do IDW).

Wykonawca Strabag Sp. z o.o. pismem z dnia 26 lutego 2024 r. złożył wymagane podmiotowe środki dowodowe, w tym m.in. załączniki nr 7 i 8 do IDW.

W załączniku nr 7 do IDW wykonawca Strabag Sp. z o.o. wskazał p. A.W. do pełnienia funkcji kierownika robót SRK. Wykonawca podał, iż ww. osoba pełniła funkcję kierownika robót SRK w projekcie pn.:

1. „Wykonanie robót budowlanych w obszarze LCS Kutno – odcinek Żychlin – Bartogi w ramach projektu pn.: „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa – Poznań – pozostałe roboty, odcinek Sochaczew – Swarzędz” w okresie 9.2019 – nadal;
2. „Budowa przystanku osobowego Warszawa Powązki zlokalizowanego na linii kolejowej nr 20 Warszawa Główna Towarowa – Warszawa Praga” w okresie 5.2019 – 5.2020.

Z kolei w załączniku nr 8 do IDW wykonawca Strabag Sp. z o.o. oświadczył, że dysponuje co najmniej 1 szt. pociągu sieciowego.

W dniu 27 marca 2024 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej ofert wykonawcy Strabag Sp. z o.o. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Trakcja System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Strabag Sp. z o.o. odwołanie wniósł Odwołujący.

Izba zważyła, co następuje:

W ocenie Izby, w ustalonych powyżej okolicznościach faktycznych sprawy, zaistniała przesłanka odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba podzieliła w tym zakresie argumentację Zamawiającego i Przystępującego przedstawioną w toku posiedzenia z udziałem stron i uczestnika.

Przywołując podstawy prawne rozstrzygnięcia wskazać należy, iż zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Jednocześnie stosownie do art.

515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie, 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Oczywistym jest i nie wymaga szerszego komenatru, iż termin na wniesienie odwołania jest terminem prekluzyjnym, co oznacza, że jego upływ powoduje wygaśnięcie uprawnienia do skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej. Początek terminu jest

z kolei wyznaczany czynnością zamawiającego, która jest dokonywana w oznaczonym dniu.

Na wstępie Izba wskazuje, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający w punkcie 20.1. Tom I SWZ – IDW przewidział tzw. procedurę odwróconą, o której mowa w art. 139 ustawy Pzp. Stosując ten tryb procedury, zamawiający najpierw dokonuje oceny ofert, w tym ustala ranking złożonych ofert spośród tych, które nie podlegają odrzuceniu dokonując weryfikacji i przyznając punkty w kryteriach oceny ofert, a następnie bada, czy wykonawca, którego oferta uzyskała najwięcej punktów nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym co do zasady zamawiający wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych tylko zwycięskiego wykonawcę. Niezależnie jednak od powyższego, w sytuacji, gdy jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia (art. 126 ust. 2 ustawy Pzp). W uzasadnionych okolicznościach zamawiający może zatem w każdym momencie po otwarciu ofert zażądać podmiotowych środków dowodowych od wszystkich lub niektórych wykonawców. Ponadto jeżeli zamawiający ma uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio przez wykonawcę podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych (art. 126 ust. 3 ustawy Pzp). Powyższe jest tym bardziej uzasadnione w przypadku przedłużającej się procedury przetargowej wskutek odwołań wnoszonych przez wykonawców.

Jak już wskazano powyżej, w dniu 16 stycznia 2024 r., Zamawiający opublikował pierwsze zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Z dokumentacji postępowania

o udzielenie zamówienia wynika, że Zamawiający dokonał badania i oceny złożonych ofert, w tym oferty Strabag Sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny wzywając Wykonawcę do wyjaśnień pismem z dnia 24 sierpnia 2023 r., skorzystał z uprawnienia wynikającego

z art. 126 ust. 2 ustawy Pzp i zweryfikował sytuację podmiotową wykonawcy Strabag

Sp. z o.o. wzywając go pismem z dnia 24 sierpnia 2023 r. do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych, oraz ustalił ranking ofert. W wyniku dokonanych czynności na pierwszym miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, na miejscu drugim oferta Strabag Sp. z o.o.,

a na miejscu trzecim oferta Odwołującego. Niewątpliwie zatem oferta wykonawcy Strabag Sp. z o.o. przed pierwszym wyborem oferty najkorzystniejszej (16 stycznia 2024 r.) została zbadana przez Zamawiającego pod kątem rażąco niskiej ceny. Nadto w okolicznościach rozpoznawanej sprawy Zamawiający skorzystał z uprawnienia, o którym mowa w art. 126 ust. 2 ustawy Pzp i celem zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia zweryfikował sytuację podmiotową Strabag Sp. z o.o. w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, a zatem oferta ww. Wykonawcy została zbadana pod kątem ziszczenia się ewentualnych przesłanek odrzucenia określonych art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp.

Czynność Zamawiającego z dnia 16 stycznia 2024 r. została zakwestionowana przez wniesienie pierwszego odwołania, w wyniku którego Izba wyrokiem z dnia 20 lutego 2024 r. sygn. akt: KIO 283/24 nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 16 stycznia 2024 r., powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Skład orzekający wskazuje, iż po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej do dnia dzisiejszego nie zaistniały jakiegokolwiek zmiany lub zdarzenia w stosunku do oferty Strabag Sp. z o.o., które dotyczyłyby jakiegokolwiek zmiany stanu faktycznego odnoszącego się do rażąco niskiej ceny czy sytuacji podmiotowej Wykonawcy (w tym w zakresie okoliczności faktycznych objętych zarzutami odwołania). Z akt sprawy niewątpliwie wynika, że procedura rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Strabag Sp. z o.o. oraz weryfikacja sytuacji podmiotowej Strabag Sp. z o.o. dokonane zostały przed pierwszym wyborem oferty najkorzystniejszej (16 stycznia 2024 r.). Tym samym zdaniem Izby należało uznać, iż czynność badania oferty Strabag Sp. z o.o. pod kątem ceny rażąco niskiej oraz braku podstaw wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu, kwestionowanych przez Odwołującego niniejszym odwołaniem, została zakończona i zakomunikowana wykonawcom w informacji o wyborze z dnia 16 stycznia 2024 r. Co więcej, jak wskazał w toku posiedzenia Zamawiający, po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej, Odwołującemu (na jego wniosek), zostały udostępnione żądane dokumenty, w tym oferty konkurencyjnych podmiotów wraz z wyjaśnieniami i

uzupełnieniami. Powyższe oznacza, iż od pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołujący dysponował dokumentami postępowania o udzielenie zamówienia (w tym wyjaśnieniami rażąco niskiej Strabag z dnia 4 września 2024 r. oraz załącznikami nr 7 i 8 do IDW złożonymi przy piśmie z dnia 6 września 2024 r.) umożliwiającymi Wykonawcy podjęcie skutecznej obrony swoich interesów

i podniesienie zarzutów w stosunku do oferty Strabag Sp. z o.o., które formułuje obecnie we wniesionym odwołaniu. Tym samym podnoszone w odwołaniu z dnia 8 kwietnia 2024 r. zarzuty rażąco niskiej ceny oferty Strabag Sp. z o.o. oraz niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i wystąpienia przesłanek wykluczenia Wykonawcy należało uznać za spóźnione. W przedmiotowej sprawie, dziesięciodniowy termin do wniesienia odwołania rozpoczął bieg od momentu przekazania wykonawcom pierwszej informacji o wyborze najkorzystniejszej, co miało miejsce 16 stycznia 2024 r.

W tym miejscu Izba zwraca uwagę na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 31 maja 2021 roku (sygn. akt: XXIII Zs 28/21), w którym Sąd ten wskazał, iż: *“Kluczowa na tle niniejszego stanu faktycznego jest, słusznie wyeksponowana przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia, zasada koncentracji środków ochrony prawnej, którą statuuje ustawa Prawo zamówień publicznych, polegająca na konieczności zgłaszania, w ściśle określonym terminie, przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, zarzutów dotyczących działań lub zaniechań zamawiającego, pod rygorem utraty prawa do ich podnoszenia na dalszym etapie postępowania. Ponadto celem zasady koncentracji środków ochrony prawnej jest zapewnienie sprawnego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co sprzyja terminowemu dokonywaniu wydatków publicznych. Zasada ta ma na celu również, wespół z przepisami dotyczącymi łącznego rozpoznawania odwołań, eliminację rozbieżnych rozstrzygnięć organów rozpoznających środki ochrony prawnej, w tym w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Aktualny jest pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 r. (V CA 2056/07), zgodnie*

z którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek działania z należytą starannością – zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym. Zachowaniem odpowiadającym profesjonalnemu charakterowi działalności skarżącego (zob. art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 dpzp) byłoby dążenie do zachowania swoich praw przez wniesienie odwołania w ustawowo określonym terminie. Podkreślenia wymaga, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a tym bardziej postępowanie odwoławcze, stanowi fragment profesjonalnego obrotu gospodarczego. Uczestnictwo w nim, możliwość uzyskania zamówienia zależne jest od aktywności, przezorności i zapobiegliwości wykonawców, dokładania aktów należytej staranności w celu zabezpieczenia swoich praw w postępowaniu oraz możliwości uzyskania zamówienia.”

Izba, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie podzieliła stanowiska Odwołującego jakoby po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej w odniesieniu do oferty Strabag Sp. z o.o. wystąpiły jakiegokolwiek nowe okoliczności tego rodzaju, które uzasadniałyby wniesienie odwołania w terminie liczonym od powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 27 marca 2024 r. Zdaniem Izby powtórzenie przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie przywraca Odwołującemu terminu na wniesienie odwołania na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Strabag

Sp. z o.o. z powodu rażąco niskiej ceny. Oferty są bowiem jawne od chwili ich otwarcia, natomiast treść wyjaśnień wykonawcy Strabag Sp. z o.o. w zakresie dotyczącym rażąco niskiej ceny została złożona przed pierwszym wyborem oferty najkorzystniejszej i nie została zakwestionowana przez wykonawców. Wskazać należy, iż ponowne dokonanie przez zamawiającego określonych czynności w postępowaniu nie otwiera automatycznie możliwości wnoszenia kolejnych środków ochrony prawnej podlegających rozpoznaniu co do istoty. Kwestionowanie przez wykonawców czynności ponownie dokonanych przez zamawiającego jest dopuszczalne jedynie w sytuacji, gdy podstawę zarzutów stanowią okoliczności, które zaistniały w związku z powtórzeniem czynności w postępowaniu.

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy Strabag Sp. z o.o. sklasyfikowanej pierwotnie na drugiej pozycji rankingu ofert, nie dokonywał jej ponownego badania, w tym pod kątem rażąco niskiej ceny, gdyż - w wykonaniu wyroku Izby wydanego w sprawie o sygn. akt: KIO 283/24 – odrzucił ofertę wykonawcy Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. pierwotnie uznaną za najkorzystniejszą. Tym samym w trakcie ponownej oceny ofert stan faktyczny nie uległ zmianie, w szczególności nie toczyło się żadne postępowanie wyjaśniające cenę oferty Strabag Sp. z o.o.

Oceny Izby, w rozpoznawanej sprawie, nie zmieniła akcentowana przez Odwołującego okoliczność, iż w dniu 20 lutego 2024 r. Zamawiający, po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w związku z wyrokiem Izby wydanym w sprawie

o sygn. akt: KIO 283/24, ponownie wezwał wykonawcę Strabag Sp. z o.o. do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. załącznika nr 7 do IDW,

w którym zmianie uległa data pełnienia funkcji kierownika robót SRK p. A.W. (w pierwotnym wykazie osób Strabag Sp. z o.o. wskazał 07.2019-nadal, a w złożonym w dniu 26 lutego 2024 r. podał 09.2019-nadal), jak również załącznika nr 8 do IDW.

Odnosząc się do powyższego wątku w pierwszym rzędzie zauważenia wymaga, iż wezwanie z dnia 20 lutego 2024 r. zostało skierowane do wykonawcy Strabag Sp. z o.o.

z uwagi na znaczny upływ czasu, co zdaje się pomijać odwołujący się Wykonawca. Zamawiający dokładając należytej staranności skorzystał uprawnienia określonego art. 126 ust. 3 ustawy Pzp i wezwał Przystępującego do ponownego złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym załączników nr 7 i 8 do IDW, które zostały już zweryfikowane przed pierwszym wyborem oferty najkorzystniejszej i które nie były wówczas kwestionowane przez wykonawców za pomocą środków ochrony prawnej. Tym samym celem ww. wezwania było li tylko potwierdzenie aktualności oświadczeń złożonych przez Strabag Sp. z o.o. we wrześniu 2023 r. Z powyższego wynika jednocześnie, że informacje o zaniechaniu przez Zamawiającego prawidłowego zbadania kwestionowanej oferty Strabag Sp. z o.o. w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia, Odwołujący mógł powziąć po otrzymaniu wyniku oceny ofert po pierwszym wyborze. Od daty otrzymania wyniku oceny ofert po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej biegnie termin na wniesienie odwołania, w którym Odwołujący może skutecznie podnosić zarzuty, co do których miał wiedzę w tym momencie. Kolejna ocena ofert, w tym przypadku wykonana zgodnie z wyrokiem Izby w sprawie o sygn. akt: KIO 283/24 nie przywróciła Odwołującemu terminu na zaskarżenie czynności czy zaniechań Zamawiającego, o których mógł powziąć wiedzę po dokonaniu pierwszej oceny ofert. Zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej, wymaga bowiem aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone po pierwszej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca nakazał jednocześnie wykonywanie wszystkich tych czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie postępowania, w tym jednocześnie korzystanie ze środków ochrony prawnej. Powiadomieni równocześnie wykonawcy mają ten sam termin na zapoznanie się z wynikiem przetargu, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości, na jego zakwestionowanie za pomocą środków ochrony prawnej.

Okoliczność, iż wykonawca Strabag Sp. z o.o. dokonał zmiany treści załącznika nr 7 do IDW w zakresie dat pełnienia funkcji kierownika robót SRK przez p. A.W. pozostawała zdaniem skład orzekającego irrelevantna, wobec stwierdzenia, że okres pełnienia funkcji przez p. A.W. w projekcie pn. „Wykonanie robót budowlanych w obszarze LCS Kutno – odcinek Żychlin – Bartogi w ramach projektu pn.: „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa – Poznań – pozostałe roboty, odcinek Sochaczew – Swarzędz” nie został objęty zarzutami odwołania. Skład orzekający stoi na stanowisku, iż kompleksowa analiza zarzutów odwołania, o których mowa w punkcie 2.2

i 2.3. *petitum*, jak również wniosków dowodowych załączonych przy odwołaniu, prowadzi do konstatacji, że jego istota sprowadzała się do zakwestionowania pełnienia funkcji kierownika robót SRK przez p. A.W. z uwagi na brak wpisu w Dziennikach Budowy. Odwołujący wielokrotnie akcentował w odwołaniu, że brak uwidocznienia p. A.W. w Dzienniku Budowy jako pełniącego funkcję kierownika robót SRK oznaczał, że nie pełnił on tej funkcji. Inaczej rzecz ujmując, Odwołujący uważał, że wyłącznie wpis do Dziennika Budowy stanowi potwierdzenie pełnienia funkcji przez daną osobę.

Stanowiska Izby nie zmieniły twierdzenia Odwołującego zawarte w punkcie 2.10 uzasadnienia odwołania. Okoliczność, iż Odwołujący dostrzegł, że Strabag Sp. z o.o. dwukrotnie składał wykaz osób (załącznik nr 7 do IDW) nie oznacza, że skonkretyzowano

w tym zakresie zarzut. Co więcej, całościowa analiza i tego punktu odwołania jedynie potwierdza, że istotą zarzutu była kwestia „*braku formalnego pełnienia funkcji kierownika robót SRK przez A.W.*” w przywołanym wyżej projekcie. Skoro zatem Odwołujący obecnie twierdzi, że p. Arkadiusz Werner wskazany przez Strabag Sp. z o.o.

w treści załącznika nr 7 do IDW nie pełnił funkcji kierownika robót SRK na ww. kontrakcie,

a oświadczenie w tym zakresie zostało złożone już we wrześniu ubiegłego roku, to okoliczność ta winna zostać zaskarżona przez Odwołującego w terminie do wniesienia pierwszego odwołania (26 stycznia 2024 r.). Poza sporem było, że Odwołujący nie wniósł wówczas odwołania od dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odnosnie załącznika nr 8 do IDW Strabag Sp. z o.o. złożonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 lutego 2024 r. Odwołujący nie twierdził, że jego treść uległa zmianie w stosunku do oświadczenia złożonego we wrześniu 2023 r. Zdaniem Izby, analogicznie, jak w przypadku załącznika nr 7 do IDW, Odwołujący winien dołożyć należytej staranności i kwestionować treść rzeczzonego oświadczenia po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej, czego zaniechał.

Reasumując Izba stwierdziła, że Odwołujący nie skorzystał z przysługującego mu prawa do wniesienia odwołania, wobec czego jego wniesienie dopiero w dniu 8 kwietnia 2024 r., skutkuje odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 8 ust. 1

Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....