

WYROK

Warszawa, dnia 12 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Maria Kacprzyk

Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 stycznia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie, Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie oraz TRACK TEC Construction sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie w imieniu i na rzecz której postępowanie prowadzi Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski we Wrocławiu przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu i Stecol Corporation z siedzibą w Tianjinie, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz INTOP Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 23 zł 00 gr (dwadzieścia trzy złote zero groszy) stanowiącą koszt dojazdu pełnomocnika, kwotę 51 zł 00 gr (pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego z tytułu opłat skarbowych od pełnomocnictw oraz kwotę 397 zł 00 gr (trzysta dziewięćdziesiąt siedem złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego z tytułu noclegu pełnomocnika,

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 071 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące siedemdziesiąt jeden złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

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

.....

.....

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie w imieniu i na rzecz której postępowanie prowadzi Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski we Wrocławiu (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11

września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Realizacja robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych, systemu dynamicznej informacji podróżnych na odcinku Katowice Szopienice Płd. – 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” (Numer referencyjny: 9090/IREZA4/01185/00479/22/P), zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 lutego 2022 r. pod nr 2022/S 032-083025.

19 stycznia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ZUE S.A.

z siedzibą w Krakowie, Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie oraz TRACK TEC Construction sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie

i zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu i INTOP Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Konsorcjum TORPOL lub Przystępujący)

i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tychże wykonawców w sytuacji, gdy wykonawcy ci w wyniku co najmniej niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, a co miało istotny wpływ na decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej,

ewentualnie, w stosunku do zarzutu 1, zarzut 2:

2.art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty w sytuacji, gdy wykonawcy ci w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlegają wykluczeniu, ewentualnie którzy zataili informacje z tym związane, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu,

3.art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tychże wykonawców w sytuacji gdy wykonawca TORPOL S.A. z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu/zakresie nienależycie wykonał / długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego,

co doprowadziło do odszkodowania (kar umownych), a przy tym wykonawcy ci nie dokonali czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 Pzp,

4.art. 109 ust. 1 pkt 2 lit c) Pzp w zw. z 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tychże wykonawców w sytuacji gdy wykonawca TORPOL S.A. naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających

z prawa ochrony środowiska, a decyzją tą wymierzono karę pieniężną, a przy tym wykonawcy ci nie dokonali czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 Pzp

ewentualnie w przypadku nie potwierdzenia się któregokolwiek z zarzutów 1-4, które uzasadniałyby wykluczenie ww. wykonawców i w konsekwencji odrzucenie ich oferty

5.art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 123 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.4.1 lit. j) tomu I SWZ IDW przez przekazanie właściwie wypełnionego wykazu usług, to jest takiego, w którym ww. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne wykażą swoje własne doświadczenie w tym zakresie, a to z uwagi na fakt, że celem wykazania tegoż warunku wykonawcy

ci posłużyli się zdolnościami lub sytuacją podmiotu udostępniającego zasoby

w zakresie, w jakim nie znajduje to potwierdzenia w dokumentach złożonych z ofertą

ewentualnie jeżeli Izba doszłaby do wniosku, że Przystępujący miał możliwość rozszerzenia zakresu udostępnionych zasobów pochodzących od podmiotu trzeciego (a które nie były udostępnione przez podmiot trzeci Konsorcjum TORPOL w dacie otwarcia ofert) – przez przekazanie nowego zobowiązania podmiotu trzeciego z rozszerzonym zakresem zasobów udostępnianych Przystępującemu,

6.art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.4.1 lit. j) tomu I SWZ IDW przez przekazanie właściwie wypełnionego wykazu usług, to jest takiego, w którym ww. wykonawcy wspólnie ubiegający

się o zamówienie publiczne wykażą swoje własne doświadczenie w tym zakresie, a to z uwagi na fakt, że celem wykazania tegoż warunku wykonawcy ci posłużyli się nowym zobowiązaniem podmiotu trzeciego, który to nie potwierdza, że rozszerzony zakres zasobów był dostępny Konsorcjum TORPOL w dacie otwarcia ofert

przy czym każdy z zarzutów indywidualnie i z osobna świadczy również o prowadzeniu przez Zamawiającego postępowania w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców, jak i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 9 stycznia 2024 r., którą to czynnością za najkorzystniejszą uznano ofertę Przystępującego,

2.dokonania ponownej oceny ofert, w tym wykluczenia Przystępującego z udziału

w postępowaniu, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty, ewentualnie, w sytuacji nieuwzględnienia któregokolwiek z zarzutów powodujących ww. skutek, nakazanie Zamawiającemu wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia wykazu usług celem wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.4.1

lit. i) IDW.

W uzasadnieniu zarzutów podstawowych odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

Zamawiający po przeprowadzonej aukcji udzielił zamówienia Przystępującemu. Winien on być jednak wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferty odrzucona, ewentualnie Przystępujący winien zostać wezwany do wykazania spełnienia warunku udziału

w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.4.1 lit. j) tomu I SWZ IDW.

Wykonawca TORPOL w sprawozdaniach finansowych, które opublikował na swojej stronie internetowej wskazał na naruszenie wcześniej zawartych umów w sprawie zamówienia publicznego, które spowodowały skierowanie wobec niego spraw do sądu (dwóch osobnych) na kwoty odpowiednio 5,239 mln zł, jak i 4,77 mln zł. Zostało to wprost wskazane na str. 46 śródrocznego skróconego skonsolidowanego sprawozdania finansowego grupy kapitałowej TORPOL S.A. za okres 6 miesięcy zakończony dnia 30 czerwca 2023 roku, gdzie wskazano, że jest to konsekwencja nałożenia na wykonawcę przez zamawiającego kar umownych.

Wedle wiedzy posiadanej przez Odwołującego dotyczyło to trzech zamówień publicznych:

- 1.Prace na linii kolejowej nr 32 Białystok Bielsk Podlaski (Lewki),
- 2.Prace na linii kolejowej nr 52 Lewki – Hajnówka,
- 3.Prace na linii kolejowej nr 31 na odcinku granica województwa - Czeremcha – Hajnówka

gdzie to Zamawiający, z uwagi na naruszenie przez wykonawcę obowiązków umownych –

w tym w szczególności związanych z przekroczeniem terminu nałożył kary umowne sięgające ponad 10 mln zł, jak i dochodzi ich zapłaty od wykonawcy.

Wobec wszystkich ww. postępowań Odwołujący złożył wnioski o udzielenie informacji publicznej do strony będącej zamawiającym w ww. inwestycjach tj. PKP PLK SA, jednakże

do dnia złożenia Odwołania nie otrzymał od wskazanego podmiotu odpowiedzi. Na dalszym etapie postępowania Zamawiający wprost odmówił Odwołującemu dostępu do żądanych dokumentów.

Zdaniem Odwołującego spełniła się przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, tj. doszło

do naruszenia z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w istotnym stopniu/zakresie obowiązków, jak i jednocześnie doszło do długotrwałego nienależytego wykonania istotnych obowiązków (związanych przede wszystkim z obowiązkiem terminowego wykonania zamówienia) wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co spotkało się z reakcją w postaci mającej formę odszkodowania karą umowną (i to na trzech kontraktach realizowanych przez TORPOL S.A.). Zgodnie z art. 471 Kc, który stosuje się odpowiednio na mocy art. 8 ust. 1 Pzp, uznaje się, że w sytuacji gdy doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania – następuje to z przyczyn, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność (a więc tym bardziej są to przyczyny „leżące po stronie wykonawcy”) – vide art. 471 KC („chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi”). A zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w takiej sytuacji dany wykonawca winien być wykluczony z udziału w Postępowaniu, chyba, że skutecznie skorzysta z możliwości, o której mowa w art. 110 ust. 2 Pzp,

co w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

TORPOL S.A. naruszył także inną umowę o zamówienie publiczne, zawartą z Miastem Łódź – Zarządem Inwestycji

Miejskich w Łodzi, gdzie wykonawcę wezwano do zapłaty odszkodowania w wysokości 2,355 mln zł, a jak wynika z dokumentów, jakie udostępnił TORPOL S.A. (związanych z jego statusem jako spółki giełdowej) inwestor wskazał, że musiał zlecić wykonanie istotnej części prac – w odniesieniu do linii kablowej 110kV do stanu właściwego – w ramach wykonawstwa zastępczego i kwotą tą obarczył wykonawcę. Z art. 471 Kc stosowanego odpowiednio (art. 8 ust. 1 PZP) wynika jednocześnie domniemanie odpowiedzialności wykonawcy za taki stan rzeczy.

Dowód:

–śródroczne skrócone skonsolidowane sprawozdanie finansowe grupy kapitałowej TORPOL S.A. za okres 6 miesięcy zakończony dnia 30 czerwca 2023 roku

W odniesieniu do drugiego z wykonawców - INTOP Warszawa sp. z o.o. doszło do przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, co odnosiło się do inwestycji dotyczącej tunelu

w Sulejówku. Na zadaniu tym doszło do tego, że wykonawca położył asfalt w nie takim standardzie, jak był wymagany umową, co wymagało dalszych prac związanych z zerwaniem dotychczas wykonanej nawierzchni i położeniem nowej, tym razem prawidłowej. Był to przy tym istotny zakres prac w ramach tej umowy – inwestycja wszak sprowadzała się do wybudowania tunelu drogowego w miejsce przejazdu kolejowego, który tam wcześniej istniał. Doprowadziło to jednocześnie i niejako niezależnie od tego, że nienależyte wykonanie dotyczyło istotnego zakresu (nawierzchni w nowopowstającym tunelu) także do długotrwałego opóźnienia w oddaniu inwestycji. Rzecz miała miejsce pod koniec września 2023 r.,

a wykonawcy zostały naliczone związane z tym kary umowne.

O ww. okolicznościach rozpisywały się nie tylko krajowe media/portale informacyjne ale także i lokalne.

Analogicznie zauważenia wymaga, że Odwołujący tak samo winien być wykluczony z udziału w Postępowaniu z uwagi na treść art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp. TORPOL S.A. bowiem dopuścił się naruszeń obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska, a dokładniej rzecz ujmując związanych z przetwarzaniem odpadów. Aby bowiem zgodnie z przepisami przetwarzać odpady potrzebne jest w szczególności odpowiednie zezwolenie na przetwarzanie odpadów, a czynności z nimi podejmowane muszą być dokonywane zgodnie z ustawą. Skoro

na TORPOL S.A. właściwy Wojewódzki Inspektor Ochrony Środowiska mocą decyzji administracyjnej nałożył karę w wysokości 1,0 mln zł, nie sposób było uznać, że nie spełniła się przesłanka, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp.

Dowód:

–śródroczne skrócone skonsolidowane sprawozdanie finansowe grupy kapitałowej TORPOL S.A. za okres 6 miesięcy zakończony dnia 30 czerwca 2022 roku,

–śródroczne skrócone skonsolidowane sprawozdanie finansowe grupy kapitałowej TORPOL S.A. za okres 6 miesięcy zakończony dnia 30 czerwca 2023 roku.

Ponadto niezależną podstawą do wykluczenia Konsorcjum TORPOL było niepoinformowanie przez tegoż wykonawcę Zamawiającego o ww. okolicznościach, zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 bądź 8 Pzp. W przypadkach gdy istnieje podstawa do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, czy też art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) wykonawca składając JEDZ powinien poinformować Zamawiającego odnośnie wystąpienia określonych okoliczności, które mogą obiektywnie być uznane za przyczyny uzasadniające wykluczenie wykonawcy na podstawie któregoś ze wskazanych wyżej przepisów (tj. art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, czy art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp). Nie sposób było również uznać, aby nie istniała podstawa do poinformowania o karze za przetwarzanie odpadów (TORPOL) w wysokości 1,0 mln zł.

Przystępujący niejednokrotnie potwierdzał Zamawiającemu prawdziwość wszelkich wcześniejszych oświadczeń składanych w postępowaniu (w tym TORPOL w dacie 9.11.2023 r., a INTOP Warszawa w dacie 27.10.2023 r.), nie informując wówczas o sytuacji, jaka wystąpiła na tych zadaniach. Przystępujący nie poinformował więc o tych okolicznościach.

W sytuacji, gdy wykonawca zdawał sobie sprawę z faktu nałożenia na niego stosownej sankcji, niezamieszczenie odpowiedniej informacji (udzielenie nieprawidłowej odpowiedzi na pytanie) w JEDZ musi wskazywać przynajmniej na niedbalstwo. W postępowaniu doszło

do przedstawienia informacji nieprawdziwych (wprowadzających w błąd) – TORPOL S.A. jednoznacznie w swoim JEDZ (jak i w kolejnych oświadczeniach, które podtrzymały wcześniejsze) oświadczył, że nie naruszył obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska (mimo faktu, że w pierwszym półroczu nałożono na niego w tym zakresie karę w wysokości

1 mln PLN), a w odniesieniu do kwestii wykonania wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego wskazał, że nie wystąpiły wobec niego okoliczności, o których mowa w cytowanym wyżej pytaniu zawartym w JEDZ, podczas gdy w oczywisty sposób doszło

w jego sytuacji do przynajmniej zarzutu ze strony odpowiednich zamawiających publicznych, że nienależycie wykonał umowę w istotnym stopniu/zakresie czy też długotrwale nie wywiązywał się z istotnych obowiązków – za co nałożono mu niebagatelne kary (jeden

z Zamawiających przeszło 10 mln zł, drugi – niespełna 2,5 mln zł). Ponadto nie sposób nie zauważyć, że nieprzekazanie tych informacji mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Informacje

te odnosiły się bowiem do przesłanek wykluczenia wykonawcy z Postępowania (a tym samym możliwości uzyskania przez niego zamówienia).

W tej sprawie zastosowanie może znaleźć też art. 109 ust. 1 pkt 8 – trudno uznać, aby osoba, która wiedziała o tym, że nałożono na nią kary za naruszenie obowiązków w zakresie ochrony środowiska składając pod koniec czerwca 2022 r. JEDZ na pytanie „czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa środowiska, prawa socjalnego

i prawa pracy” odpowiedziała „nie”, nie działała przynajmniej rażąco niedbale.

Odnosząc się do piątego z zarzutów, Odwołujący wskazał, że Przystępujący został

we właściwy sposób wezwany do uzupełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przystępujący wraz z ofertą złożył m.in. zobowiązanie do udostępnienia zasobów pochodzące od podmiotu trzeciego, to jest ALSTOM ZWUS sp. z o.o. (obecnie Alstom Polska sp. z o.o.). W zobowiązaniu tym było wskazane, że podmiot ten (dalej ALSTOM) zobowiązał się do udzielenia zasobów jedynie w odgraniczonym zakresie.

Powyższy zakres wynikający z zobowiązania dotyczy więc warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w pkt 8.4.1 lit. i) i lit. k) tomu I SWZ IDW.

Zamawiający wezwał Przystępującego pismem z 27 października 2023 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych. 9 listopada 2023 r. Przystępujący przedstawił podmiotowe środki dowodowe, w tym wykaz usług. Wynikało z niego, że Konsorcjum TORPOL za pomocą ALSTOM dążyło do wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu,

o których mowa w pkt 8.4.1 lit. i), lit. j) oraz lit. k) tomu I SWZ IDW (wynikało to również

z załączonych do wykazu referencji). 7 grudnia 2023 r. Konsorcjum TORPOL zostało wezwane do złożenia wyjaśnień odnoszących się do tego, w jakim zakresie zasoby zostają przekazane. Zamawiający wskazał wówczas, że o innego wynika z zobowiązania dołączonego do oferty (węższy zakres), a co innego wynika z obecnie złożonego wykazu usług (szerszy zakres).

Przystępujący złożył wyjaśnienia (11 grudnia 2023 r.), gdzie wskazał, że prawidłowy zakres udostępnionych zasobów jest wskazany w Wykazie Usług, i że to wynika również z referencji, jak i wskazanego w ofercie zakresu podwykonawstwa. Na wezwanie Zamawiającego Przystępujący 27 grudnia przedstawił nowy dokument zobowiązania – pokazujący szerszy zakres, w jakim zasoby zostały udostępnione – niż wynikało to z dokumentu dołączonego do oferty. Nowe zobowiązanie pokazywało już wszystkie trzy zakresy (a więc także ten wskazany w pkt 8.4.1 lit. j) tomu I SWZ IDW.

Przeciwny temu jest art. 123 Pzp, zgodnie z którym Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać

się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Zgodnie z tym przepisem wykonawca nie może powoływać się na zdolności / sytuację innego podmiotu udostępniającego zasoby, jeżeli na odpowiednim etapie (składania oferty) nie mógł on polegać na takich zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. A że nie mógł polegać wynikało z treści zobowiązania, załączonego do oferty. W dokumencie tym (pierwotnym zobowiązaniu) nie było ani słowa o tym, aby wykonawca mógł polegać

na zdolnościach / sytuacji podmiotu trzeciego (ALSTOM) w odniesieniu do warunku udziału

Nie sposób więc uznać, aby Konsorcjum TORPOL mogło wykazać spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.4.1. lit. j) tomu I SWZ IDW za pomocą zasobów spółki ALSTOM. Zobowiązanie udzielone Konsorcjum TORPOL przez ten podmiot na etapie składania ofert w żaden sposób nie potwierdzało tego, że odpowiednie zasoby są przekazane w zakresie ww. warunku (obejmowało ono bowiem jedynie warunki, o których mowa w pkt 8.4.1. lit. i) oraz k) tomu I SWZ IDW.

Nie sposób było uznać, aby korzystanie z zasobów ALSTOM (w zakresie warunku, o którym mowa w pkt 8.4.1. lit. j) tomu I SWZ IDW) było już dokonane w ofercie – jak podniósł

to Przystępujący w wyjaśnieniach z 11 grudnia 2023 r. – wskazując na deklarację dotyczącą zakresu podwykonawstwa (pkt 12 formularza ofertowego). To podmiot trzeci (w tej sprawie ALSTOM) określa na jakich zasadach i w jakim zakresie zamierza udostępnić swoje zasoby wykonawcy – innymi słowy deklaracja wykonawcy ma tu jedynie wtórny charakter w stosunku do zakresu przekazanych zasobów (deklaracji podmiotu trzeciego). Nie może być wszak tak, że wykonawca zastępuje w tym zakresie oświadczenie samego podmiotu trzeciego.

29 stycznia 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał:

Zamawiający zweryfikował oświadczenie Przystępującego oraz podmiotów trzecich,

na których zasoby wykonawca ten się powołał, zawarte w JEDZ, a następnie Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień. 13 grudnia 2023 r. TOPROL S.A. złożył Zamawiającemu pismo, w którym opisał okoliczności wydania decyzji Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, którą organ nałożył na TORPOL S.A. administracyjną karę pieniężną

w wysokości 500.000,00 zł za przetwarzanie odpadów bez wymaganego zezwolenia

na terenie działek w gminie Kramsk. TORPOL S.A. wyjaśnił również, że 12 grudnia 2023 r. złożył skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie wraz z wnioskiem

o wstrzymanie wykonalności decyzji Głównego Inspektora Ochrony Środowiska. Zamawiający uznał, że wobec braku waloru prawomocności niniejszej decyzji administracyjnej nie mogła ona stanowić podstawy faktycznej wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Zamawiający zwrócił się do Regionu Centralnego Centrum Realizacji Inwestycji PKP PLK S.A. odpowiedzialnego za realizację wskazanych przez Odwołującego inwestycji o udzielenie informacji dotyczących powołanych umów, w tym informacji na temat okoliczności nałożonych kar umownych, odpowiedzi na pytanie czy naliczone kary umowne stanowią zagrożenie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w przypadku gdy umowa nadal trwa oraz czy doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w przypadku gdy umowa została już zakończona.

Dowód: pismo Zamawiającego nr IREZA4.292.03.2022.a.235 z 23 stycznia 2024 r.

Pismem z 24 stycznia 2024 r. nr IRRK1/7/1.292.1.2024.PG.1 Region Centralny Centrum Realizacji Inwestycji PKP PLK S.A. udzielił odpowiedzi na zadane pytania, z których

wynikało, że w ramach ww. projektów na wykonawcę TORPOL S.A., z powodu przekroczenia terminu przekazania prawidłowo opracowanego Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego

29 kwietnia 2021 r. PKP PLK S.A. wystawiła notę obciążeniową na kwotę 1.965.000,00 zł

dla zadania obejmującego lk nr 31, 1.725.000,00 zł dla zadania obejmującego lk nr 32, 1.195.000,00 zł (skorygowaną do kwoty 1.080.000,00 zł) dla zadania obejmującego lk nr 52. Wobec braku zapłaty sprawa została skierowana na drogę postępowania sądowego i na dzień złożenia pisma nie zapadł wyrok w sprawie. Ponadto według informacji z Regionu Centralnego, powołane umowy zostały już zakończone, obecnie znajdują się w okresie zgłaszania wad i usterek, a w czasie ich trwania nie stanowiły zagrożenia nienależytego wykonania umowy.

Dowód: pismo PKP PLK nr IRRK1/7/1.292.1.2024.PG.1 z 24 stycznia 2024 r.

Wskazując na powyższe należy podkreślić, że w ramach inwestycji na lk 31, 32, 52 nie doszło do nienależytego wykonania umowy, a na wykonawcę nie nałożono kar umownych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Wszystkie trzy umowy zakończyły

się w umownych terminach, a wykonane roboty zostały odebrane protokołem odbioru końcowego oraz zostały wystawione dla nich Świadectwa Przejęcia.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, jakoby okoliczność nałożenia na wykonawcę TORPOL S.A. kar umownych w ramach inwestycji na lk nr 31, nr 32, nr 52 dowodziła, że spełniona została przesłanka wykluczenia z postępowania wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Kary

te są bowiem przedmiotem postępowania sądowego, które do dnia złożenia odpowiedzi

na odwołanie nie zostało zakończone prawomocnym wyrokiem.

Według twierdzenia Odwołującego, wykonawca TORPOL S.A. naruszył także inną umowę

o zamówienie publiczne, tj. umowę zawartą z Miastem Łódź – Zarządem Inwestycji Miejskich w Łodzi. Wykonawca nie podaje przy tym, o jaką umowę o zamówienie publiczne chodzi. Wiedzę swoją Odwołujący zaczerpnął ze śródrocznego skonsolidowanego sprawozdania finansowego grupy kapitałowej TORPOL S.A. za okres 6 miesięcy zakończony 30 czerwca 2023 r. Odwołujący podaje przy tym, że wykonawcę TORPOL S.A. wezwano do zapłaty odszkodowania w wysokości 2.355.000,00 zł oraz że inwestor zlecił wykonanie istotnej części prac – w odniesieniu do linii kablowej 110kV do stanu właściwego – w ramach wykonawstwa zastępczego i tą kwotą obarczył wykonawcę. Z dokumentu załączonego do Odwołania jako dowód, tj. śródrocznego skonsolidowanego sprawozdania finansowego grupy kapitałowej TORPOL S.A. nie wynikało jednak, aby wykonawca ten naruszył jakąkolwiek umowę zawartą z Miastem Łódź – Zarządem Inwestycji Miejskich w Łodzi. Według informacji tam podanych toczy się postępowanie sądowe o zapłatę przeciwko

TORPOL S.A. oraz że sprawa jest

w toku. Pismem nr IREZA4.292.03.2022.a.235 z 23 stycznia 2024 r. Zamawiający zwrócił się do Zarządu Inwestycji Miejskich w Łodzi o przedstawienie informacji we wskazanym przez Odwołującego zakresie. Pismem nr ZIM-DOIII.0123.16.1.2024 z 26 stycznia 2024 r. Zarząd Inwestycji Miejskich w Łodzi przekazał, że nie nałożył na TORPOL S.A. kar umownych oraz że nie doszło do nienależytego wykonania umowy.

Dowód:

- pismo PKP PLK S.A.nr IREZA4/292.03.2022.a.235 z 23 stycznia 2024 r.,
- pismo Zarządu Inwestycji Miejskich w Łodzi nr ZIM-DOIII.0123.16.1.2024.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że wobec INTOP Warszawa Sp. z o.o. zaszyły podstawy wykluczenia w związku budową tunelu w Sulejówku polegającej na położeniu przez wykonawcę asfaltu w standardzie innym, niż był wymagany umową, co wymagało dalszych prac związanych z zerwaniem dotychczas wykonanej nawierzchni i położeniem nowej, co z kolei skutkowało naliczeniem kar umownych, przy czym wiedzę swą Odwołujący zaczerpnął z materiałów informacyjnych publikowanych w Internecie.

Pismem nr IREZA.4292.03.2022.a.234 z 23 stycznia 2024 r. Zamawiający wystąpił do Regionu Centralnego Centrum Realizacji Inwestycji PKP PKK S.A. o informację we wskazanym przez odwołującego zakresie. Według uzyskanych informacji, przy realizacji umowy nr 90/101/0026/ 22/Z/I z 14 czerwca 2022 r. na „Budowę tunelu w ciągu drogi wojewódzkiej nr 638

z jednoczesną likwidacją przejazdu kolejowego w poziomie szyn w km 19,376 linii kolejowej nr 2 Warszawa Zachodnia – Terespol oraz przebudową układu drogowego obowiązującego

do planowanego tunelu drogowego” we wrześniu 2023 r. stwierdzono nieprawidłowości

w wykonaniu branży drogowych. W wyniku uzyskania negatywnych wyników kontrolnych badań laboratoryjnych zlecono usunięcie części wykonanych warstw nawierzchni bitumicznej oraz ponowne wykonanie robót w celu doprowadzenia ich do zgodności z wymaganiami umowy. 4 grudnia 2023 r. dokonano odbioru technicznego branży drogowej, a następnie, w związku z uzyskaniem negatywnych wyników kontrolnych badań laboratoryjnych, przy rozliczeniu końcowym zostało dokonane potrącenie za wykonane roboty. Odbiór końcowy nastąpił 12 grudnia 2023 r. 13 grudnia 2023 r. wystawiono Świadectwo Przejścia Robót, zgodnie z którym roboty zostały ukończone zgodnie z Kontraktem i odebrane zgodnie z Protokołem odbioru końcowego nr 01/12/2023 z 12 grudnia 2023 r. Zatem na powołanym Kontrakcie nie naliczono kar umownych, gdyż roboty zostały ukończone zgodnie z Kontraktem.

Dowód:

- pismo PKP PLK S.A.nr IREZA4/292.03.2022.a.234 z 23 stycznia 2024 r.,
- pismo Regionu Centralnego PKP PLK S.A. nr IRRK1/11/2.2233.36.2024.IRE-01320-I.2.

Zgodnie z twierdzeniem Odwołującego Przystępujący powinien być wykluczony z udziału

w postępowaniu z powodu dopuszczenia się naruszeń obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska związanych z przetwarzaniem odpadów w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, przy czym Odwołujący swoje twierdzenia wywiódł w oparciu o sprawozdanie finansowe

GK TORPOL S.A. Odwołujący wskazał w odwołaniu, że na TORPOL S.A. właściwy Wojewódzki Inspektor Ochrony Środowiska mocą decyzji administracyjnej nałożył karę

w wysokości 1,0 mln zł. Jako dowód Odwołujący przedstawił śródroczne skrócone skonsolidowane sprawozdanie finansowe grupy kapitałowej TORPOL S.A. za okres 6 miesięcy zakończony dnia 30 czerwca 2022 roku oraz śródroczne skrócone skonsolidowane sprawozdanie finansowe grupy kapitałowej TORPOL S.A. za okres 6 miesięcy zakończony dnia 30 czerwca 2023 roku. W ww. sprawozdaniach widnieje informacja, że Wykonawca TORPOL S.A. odwołał się od wydanych decyzji.

13 grudnia 2023 r. Wykonawca TORPOL S.A. złożył Zamawiającemu Informację o otrzymaniu 13 listopada 2023 r. decyzji Głównego Inspektora Ochrony Środowiska w zakresie informacji udzielonej w oświadczeniu z art. 125 PZP wskazując, że 8 listopada 2023 r. została

wydana Decyzja o numerze DKO-WPUB.401.117.2023.lc2 (DKO420/771/2019) (doręczona 13 listopada 2023 r.), którą organ wymierzył TORPOL S.A. administracyjną karę pieniężną

w wysokości 500.000,00 zł za przetwarzanie odpadów bez wymaganego zezwolenia

na terenie działek w gminie Kramsk. Wykonawca wyjaśnił również, że 12 grudnia 2023 r. złożył Skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie wraz z wnioskiem

o wstrzymanie wykonalności decyzji. Informacja Wykonawcy była analizowana przez Komisję przetargową ramach oceny podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający uznał, że wobec czynność TORPOL S.A. polegającej na złożeniu skargi z wnioskiem o wstrzymanie wykonalności niniejszej decyzji decyzja ta nie stała się prawomocna, a zatem fakt wydania decyzji w przedmiocie nałożenia kary nie może być podstawą do wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Dowód: pismo TORPOL S.A. z 13 grudnia 2023 r.

Zamawiający podkreślił, że nie każda kara umowna będzie mieścić się w katalogu sankcji określonych w art. 106 ust. 1 pkt 7 Pzp. W katalogu tym zawierają się jedynie kary mające charakter odszkodowawczy. Tym samym sam fakt naliczenia kary nie stanowi automatycznie podstawy o wykluczenia wykonawcy z postępowania. W żadnym z powołanych przez Odwołującego przypadku nie doszło do nienależytego wykonania umowy. W umowie z Zarządem Inwestycji w Łodzi spór nie dotyczy kar umownych, przy budowie tunelu w Sulejówku roboty zostały odebrane zgodnie z umową, a z kolei kary umowne nałożone w czasie trwania umów dotyczących lk 31, 32 i 52 nie stanowiły zagrożenia należytego wykonania umowy. Nie można zatem mówić o jakiegokolwiek szkodzie w związku z okolicznościami podniesionymi przez Odwołującego. Słusznie zatem przyjął zamawiający, że skoro oświadczenie JEDZ składane jest w związku z przesłanką wykluczenia określoną w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, to uwzględniając treść tego przepisu oraz fakt że w żadnym ze wskazanych przez Odwołującego przypadków nie doszło ani do nienależytego wykonania umowy, wykonawca nie miał obowiązku wskazywania tych okoliczności.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 123 Pzp oraz w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp:

W toku oceny dokumentów złożonych do oferty Zamawiający stwierdził, że Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia Wykonawcy Alstom ZWUS Sp. z o.o. zawierało oświadczenie o udostępnieniu zasobów w innym zakresie niż wskazanym w Wykazie usług złożonym na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający dokonał szczegółowej analizy treści przedstawionych dokumentów przez Konsorcjum TORPOL, a mianowicie:

1. Formularz oferty – złożony do oferty 21 czerwca 2022 r.:

- a) pkt 11 Wykonawca oświadcza, że będzie polegać na zasobach podmiotu Alstom,
- b) pkt 12 Wykonawca wskazuje zakres zamówienia powierzony Alstom – był on zgodny z zakresem określonym przez Zamawiającego w IDW pkt 8.4.1 lit. i, j, k;
 - Zobowiązanie Alstom – złożone do oferty 21 czerwca 2022 r. – opatrzone datą 28 kwietnia 2022 r. zawierające udostępnienie zasobów IDW pkt 8.4.1 lit. i) oraz k) (w złożonym oświadczeniu wykonawca Alstom nie wskazał zakresu lit. j));
 - Wykaz usług – składane jako podmiotowy środek dowodowy na 9 listopada 2023 r. - na podstawie zobowiązania Alstom wykonawca wykazał usługę IDW pkt 8.4.1 lit. i), j), k);
 - Referencje Alstom - składane jako podmiotowy środek dowodowy na 9 listopada 2023 r. - wykazano usługę IDW pkt 8.4.1 lit. i), j), k).

W związku z tym, że zakresy udostępnianych zasobów wskazane w ww. dokumentach nie były tożsame, Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, który dokument zawierał prawidłowy zakres udostępnianych zasobów. Przystępujący wyjaśnił, że dokumentem zawierającym prawidłowy zakres udostępnionych zasobów jest Wykaz usług (wezwanie Konsorcjum TORPOL z 7 grudnia 2023 r. – do złożenia wyjaśnień w którym dokumencie jest poprawny zakres udostępnianych zasobów; odpowiedź Konsorcjum TORPOL z 11 grudnia 2023 r. – ze wskazaniem, że prawidłowy zakres został określony w wykazie usług). Wobec powyższego Zamawiający wezwał Konsorcjum TORPOL do uzupełnienia Zobowiązania

do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia Wykonawcy Alstom ZWUS Sp. z o.o. (obecna nazwa Alstom Polska SA) zawierającego prawidłowy zakres udostępnianych zasobów.

W wyznaczonym terminie, 11 grudnia 2023 r., Konsorcjum TORPOL złożyło wymagany dokument (wezwanie Konsorcjum TORPOL z 21 grudnia 2023 r. – do uzupełnienia dokumentów, tj. zobowiązania Alstom z prawidłowym zakresem zasobów; odpowiedź Konsorcjum TORPOL z 27 grudnia 2023 r. – z załączonym nowym zobowiązaniem

podmiotu Alstom podpisane 11 grudnia 2023 r. zawierające udostępnienie zasobów w wymaganym zakresie wskazanym w IDW pkt 8.4.1 lit. i), j), k). Wobec powyższego Zamawiający dokonał analizy prawidłowości dokumentu w oparciu o datę podpisu na Zobowiązaniu. Uzupełnione Zobowiązanie zostało opatrzone datą aktualną na dzień złożenia tego dokumentu i potwierdzało spełnianie warunków na etapie składania ofert.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 123 Pzp był w ocenie Zamawiającego całkowicie bezpodstawny. Zgodnie z art. 123 Pzp wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się

na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Przepis ten dotyczy sytuacji, kiedy wykonawca oświadcza w formularzu oferty, że będzie wykonywał zamówienie siłami własnymi i nie będzie korzystał z zasobów podmiotów trzecich. W takiej sytuacji istotnie na późniejszym etapie postępowania nie może powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby.

Skoro nie budziło wątpliwości, że zamiarem wykonawcy było korzystanie z zasobów podmiotu Alstom w określonych w ofercie zakresach, co wykonawca jednoznacznie oświadczył już

w chwili złożenia oferty, to formułowanie zarzutu w związku z art. 123 Pzp dowodziło braku zrozumienia Odwołującego tego przepisu. W żadnej mierze nie mógł mieć on zastosowania do sytuacji, w której Wykonawca zadeklarował skorzystanie z określonych zasobów podmiotu trzeciego już w ofercie, co wprost wynika z jego literalnego brzmienia. W chwili złożenia oferty Konsorcjum TORPOL w sposób niebudzący wątpliwości zaznaczyło, że zamierza polegać na zasobach podmiotu trzeciego Alstom w zakresach określonych w lit. i), j) k).

W przedmiotowej sytuacji, jeśli dokumenty złożone przez wykonawcę w odpowiedzi

na wezwanie do złożenia wyjaśnień nie wskazywały zakresu udostępnienia, który w sposób jednoznaczny został wskazany przez wybranego wykonawcę jako zasób udostępniony przez Alstom, przyjąć należało, że Wykonawca faktycznie się pomylił składając niepełne zobowiązanie i uznać nowo złożony dokument.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępujących zawarte w odwołaniu i pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

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

jako niezasadny wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania jako wniesionego

po terminie. Po zapoznaniu się z argumentacją Przystępującego Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do odrzucenia odwołania.

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

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

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz

z załącznikami i oferty Przystępującego,

2. dowodów złożonych przez Zamawiającego, Odwołującego i Przystępującego wraz

z pismami procesowymi oraz w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron, a także wchodzących w skład dokumentacji postępowania, a wskazanych przez Strony

w pismach procesowych.

Izba ustaliła, co następuje:

Zarzuty 1-4

Wraz z oferta Przystępujący złożył dokument JEDZ, w którym odpowiedział twierdząco

na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”. Przystępujący wyjaśnił przy tym: „Wykonawca działając z dalekiej ostrożności, kierując się zasadą przejrzystości, informuje że otrzymał notę księgową obciążeniową 1200029463

z dnia 06.08.2020 roku wystawioną tytułem opóźnienia w odbiorze końcowym, tj. wykonaniu umowy nr 90/106/0080/17//Z/I z dnia 04.08.2017 roku zawartej ze spółką PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (dalej „PKP PLK S.A.”) wykonanie Modernizacji nawierzchni kolejowej i urządzeń sterowania ruchem kolejowym wraz z robotami towarzyszącymi tor nr 1 na odcinku Grabowno Wielkie – granica IZ w ramach zadania pn.: >Prace na liniach kolejowych nr 281, 766 na odcinku Oleśnica/Łukanów – Krotoszyn – Jarocin – Września – Gniezno< (...)”.

Przystępujący nie złożył wyjaśnień dotyczących innych zamówień, nie wskazał również,

by w innych zamówieniach doszło do nieprawidłowości skutkujących koniecznością ujawnienia ich w odpowiedzi na powyższe pytanie.

Przystępujący w odpowiedzi na pytanie: „Czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa ochrony środowiska?” zaznaczył „Nie”.

14 grudnia 2023 r. Przystępujący złożył Zamawiającemu następujące wyjaśnienia:

1. „Wykonawca TORPOL S.A. z dalekiej ostrożności informuje, że w dniu 13.11.2023 roku otrzymał Decyzję Głównego Inspektora Ochrony Środowiska (dalej „GIOŚ”), który

to organ w dniu 08.11.2023 roku wydał Decyzję o numerze DKO-WPUB.401.117.2023.lc2 (DKO-420/771/2019) wymierzającą TORPOL S.A. administracyjną karę pieniężną w wysokości 500.000,00 zł za przetwarzanie odpadów bez wymaganego zezwolenia na terenie działek w gminie Kramsk.

2. Wyjaśniamy, że Decyzja ta uchyla wcześniejszą nieostateczną decyzję Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska o nałożeniu TORPOL S.A. kar administracyjnych w wyższej wysokości. Decyzja wydana została

w wyniku kontroli działalności TORPOL S.A. w okresie 01.04.2019 – 30.04.2019

na kontrakcie realizowanym dla Zamawiającego numer umowy 90/107/0012/17/Z/I . Organ pierwszej jak i drugiej instancji uznał, że wydobyty przez TORPOL S.A. tłuczeń jest odpadem, a zatem aby wykorzystać ww. kruszec na budowie torowiska – powinien uprzednio uzyskać zezwolenie na przetwarzanie odpadów.

3. Niniejsze pismo jest podyktowane faktem, że Decyzja GIOŚ w ślad za art. 16 ust. 1 k.p.a. stała się ostateczna (cyt. decyzje ostateczne to decyzje, od których nie służy odwołanie w administracyjnym toku instancji lub wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy). Wykonawca wyjaśnia jednak, że w dniu 12.12.2023 roku złożył Skargę

do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie wraz z wnioskiem o wstrzymanie wykonalności Decyzji GIOŚ. Przypisanie TORPOL S.A. kary administracyjnej wynika z różnicy w interpretacji niejednoznacznych przepisów prawa. Wykonawca nie zgadza się z treścią Decyzji oraz uzasadnienia. W przypadku gdy Sąd wyda postanowienie lub wyrok na mocy którego Wykonawca będzie zobowiązany

do zapłaty kary, Wykonawca zobowiąże się do jego wykonania i podejmie dalsze czynności określone przepisami p.z.p.

4. W ocenie Wykonawcy, w tym przypadku zastosowanie ma art. 109 ust. 3 p.z.p. gdyż wysokość nałożonej kary w skali realizowanej dla Zamawiającego Umowy

nr 90/107/0012/17/Z/I ma niewielkie znaczenie. Należy także mieć na uwadze,

że wobec zaskarżenia Decyzji do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, wykluczenie na tym etapie prowadziłoby do nieuzasadnionego pokrzywdzenia wykonawcy.

5. W przypadku wątpliwości Zamawiającego do okoliczności wydania Decyzji, Wykonawca jest gotowy udzielić dalszych wyjaśnień”.

Między stronami nie było sporu co do okoliczności, że Przystępujący w skonsolidowanych sprawozdaniach finansowych grupy kapitałowej TORPOL S.A. (złożonych przez Odwołującego jako dowód w sprawie) przyznał się do wystąpienia kar umownych

w realizowanych przez siebie inwestycjach.

Niesporny był również fakt, że TORPOL S.A. został ukarany karą pieniężną za naruszenie obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska. Argumentacja Odwołującego w tym zakresie oparta była na decyzji Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska, a zatem organu I instancji.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zarzuty 1 – 4 odwołania nie zasługiwały

na uwzględnienie. Podstawową przyczyną decyzji Izby był fakt, że mimo ciężącego na nim obowiązku udowodnienia swoich twierdzeń, Odwołujący poprzestał na gołosłownych twierdzeniach co do charakteru nałożonych na TORPOL S.A. kar umownych. Odwołujący ograniczył się jednak do argumentacji opartej na informacjach zawartych w publikowanych przez Grupę Kapitałową TORPOL skonsolidowanych sprawozdaniach finansowych. Dokumenty te stanowią jednak wyłącznie podstawę od uznania, że na TORPOL S.A. zostały nałożone „jakieś” kary umowne. Odwołujący nie wykazał ani nie podjął choćby próby wyjaśnienia przyczyn i podstaw nałożonych na wykonawcę kar. Nie sposób zatem było

uznać, że przytoczone przez Odwołującego okoliczności, podlegające w jego ocenie ujawnieniu w dokumencie JEDZ Przystępujący rzeczywiście był obowiązany wykazać i wyjaśnić Zamawiającemu. Odwołujący nie wykazał choćby podstawowych informacji dotyczących zarzucanych Przystępującemu nieprawidłowości. Izba wskazuje przy tym, że za przyczynę tego stanu nie można uznać faktu, że Zamawiający odmówił dostępu do informacji publicznej we wnioskowanym przez Odwołującego zakresie. Izba przeprowadziła przy tym dowód z dokumentów złożonych przez Zamawiającego, dotyczących wyjaśnienia okoliczności podniesionych w odwołaniu, w tym kar umownych, ich przyczyn i skutków dla realizowanych przez wykonawcę zadań.

W konsekwencji Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił zasadności zarzutów, a Zamawiający z kolei we własnym zakresie zweryfikował twierdzenia Odwołującego, a w konsekwencji wykazał ich nietrafność. Do tożsamyh wniosków Izba doszła również w odniesieniu do zarzutów dotyczących wykonawcy INTOP Warszawa sp. z o.o.

W zakresie kary administracyjnej nałożonej na TORPOL S.A. Izba wskazuje, że jako związana zarzutami może rozpoznać zarzut z uwzględnieniem podstaw faktycznych zawartych w odwołaniu. Odwołujący oparł swoje stanowisko na decyzji organu I instancji, od którego wykonawcy przysługiwało odwołanie do Głównego Inspektora Ochrony Środowiska.

W okolicznościach sprawy niewątpliwie jest również, że Przystępujący wbrew twierdzeniom Odwołującego nie zataił faktu ukarania go za naruszenie przepisów dotyczących ochrony środowiska, przy czym z własnej inicjatywy złożył wyjaśnienia dopiero po uzyskaniu decyzji organu II instancji (GIOŚ).

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że w granicach podstaw faktycznych w stosunku do Przystępującego nie zostały wypełnione przesłanki żadnego z przepisów przytoczonych w zarzutach nr 1 – 4 odwołania.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów odwołania Izba ustaliła:

W formularzu ofertowym Przystępujący wskazał, że podmiotowi Alstom ZWUS sp. z o.o. (podwykonawcy) powierzył następujący zakres realizacji przedmiotu zamówienia:

- Czynności obsługi prewencyjnej (obsługi technicznej) oraz obsługi serwisowej (usuwanie usterek) dla komputerowego systemu stacyjnych urządzeń sterowania ruchem kolejowym;
- Czynności obsługi prewencyjnej (obsługi technicznej) oraz obsługi serwisowej (usuwanie usterek) dla komputerowych urządzeń blokady liniowej (autonomicznej lub zintegrowanej);
- Czynności obsługi prewencyjnej (obsługi technicznej) oraz obsługi serwisowej (usuwanie usterek) dla komputerowych urządzeń srk na przejazdach kolejowo-drogowych;
- Świadczenie usług pogwarancyjnych dla branży srk (Prawo Opcji nr 1);
- Przewidywane zmiany w zakresie interfejsów (Prawo Opcji nr 2).

Z kolei w zobowiązaniu do udostępnienia potencjału na rzecz Przystępującego z 28 kwietnia 2023 r. spółka Alstom ZWUS sp. z o.o. zobowiązała się do udostępnienia zasobów

w następującym zakresie:

- doświadczenia w obsłudze prewencyjnej (obsłudze technicznej) oraz obsłudze serwisowej (usuwanie usterek) dla komputerowego systemu stacyjnych urządzeń sterowania ruchem kolejowym przez okres nie krótszy niż 2 lata,
- doświadczenia w obsłudze prewencyjnej (obsłudze technicznej) oraz obsłudze serwisowej (usuwanie usterek) dla komputerowych urządzeń srk na przejazdach kolejowo – drogowych przez okres nie krótszy niż 2 lata.

Wykonawca Alstom wskazał przy tym: Wykonawcę i podmiot udostępniający zasób będzie łączyć umowa o podwykonawstwo.

21 grudnia 2023 r., Zamawiający wezwał Przystępującego „do uzupełnienia załącznika nr 3

do IDW tj. Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia Wykonawcy Alstom ZWUS Sp. z o.o. (obecna nazwa Alstom Polska SA) zawierającego prawidłowy zakres udostępnianych zasobów”.

W odpowiedzi Przystępujący złożył uzupełniony dokument, gdzie jako zakres udostępnionego na rzecz Przystępującego spółka Alstom wskazała:

„udostępniamy Wykonawcy ww. zasób, w następującym zakresie:

- doświadczenia w obsłudze prewencyjnej (obsłudze technicznej) oraz obsłudze serwisowej (usuwanie usterek) dla komputerowego systemu stacyjnych urządzeń sterowania ruchem kolejowym przez okres nie krótszy niż 2 lata,
- doświadczenia w obsłudze prewencyjnej (obsłudze technicznej) oraz obsłudze serwisowej (usuwanie usterek) dla komputerowych urządzeń blokady liniowej (autonomicznej lub zintegrowanej) przez okres nie krótszy niż 2 lata,
- doświadczenia w obsłudze prewencyjnej (obsłudze technicznej) oraz obsłudze serwisowej (usuwanie usterek) dla komputerowych urządzeń srk na przejazdach kolejowo-drogowych przez okres nie krótszy niż 2 lata”.

Biorąc pod uwagę opisany wyżej stan faktyczny Izba uznała, że pozostałe zarzuty odwołania również nie potwierdziły się.

Z całą pewnością nie doszło do zmiany powierzonego do realizacji spółce Alstom zakresu w porównaniu do deklaracji zawartej w formularzu ofertowym Przystępującego. Dokument uzupełniony w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 21 grudnia 2023 r. został poprawiony w stosunku do pierwotnego w ten sposób, że został dopasowany do zakresu wskazanego w formularzu ofertowym Przystępującego, co było w pełni dopuszczalne. Przystępujący uzupełniając ten dokument nie dopuścił się zmiany treści oferty pod względem części zamówienia powierzonej do realizacji spółce Alstom. Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący

.....

.....