

WYROK

Warszawa, dnia 19 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Maria Kacprzyk
Ernest Klauziński
Beata Konik

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2024 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

1. uczestników po stronie odwołującego:

- A. wykonawcy BBF sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,
- B. wykonawcy SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre, Francja,

2. uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pod nazwą „Pełnienie nadzoru inżynierskiego nad realizacją projektu wykonawczego branży SRK oraz kompleksowych robót budowlanych na linii kolejowej 104 na Odcinku A2 Rabka Zaryte – Mszana Dolna, Odcinku C2 stacja Limanowa oraz Odcinku D Limanowa – Bocznicza Klęczany w ramach projektu pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 104 Chabówka – Nowy Sącz, na odc. Chabówka – Rabka Zaryte – Mszana Dolna oraz Limanowa – Klęczany – Nowy Sącz” (nr ref.: 9090/IRZU/12184/03559/23/P), dalej zwane: „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 156-497925 z dnia 16 sierpnia 2023 r. Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), dalej zwanej „Pzp”.

W dniu 27 grudnia 2023 roku Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 Pzp, wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami Pzp czynności i zaniechania Zamawiającego, polegające na zaniechaniu wykluczenia z Postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o

udzielenie zamówienia: INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Konsorcjum INKO” lub „Przystępujący INKO”) i odrzucenia oferty złożonej przez tych wykonawców, oraz wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum INKO.

Odwołujący zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- 1)art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp oraz art. 16 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum INKO z Postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub co najmniej, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez podanie niezgodnych z prawdą informacji co do jednej z usług wskazanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. usługi „Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii kolejowej nr 216 na odcinku Działdowo – Olsztyn” oraz wskazał, że obejmowała ona, m.in. budowę lub przebudowę systemu stacyjnych, scentralizowanych urządzeń srk na stacji, która została włączona do Lokalnego Centrum Sterowania (stacje włączone do LCS: Gąglawki, Olsztynek, Waplewo, Nidzica);
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 16 i 17 ust. 2 Pzp, poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum INKO, pomimo że wobec wykonawcy tego zachodzą przesłanki wykluczenia z Postępowania, a decyzja Zamawiającego o wyborze oferty Konsorcjum INKO została podjęta z naruszeniem przepisów Pzp,
- 3)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 16 i 17 ust. 2 Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum INKO, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, tj. nie wykazał spełniania warunku określonego w punkcie 8.6.1 ppkt. 8) IDW, w tym w szczególności co do posiadania doświadczenia nabytego w ramach budowy lub przebudowy zelektryfikowanej lub elektryfikowanej linii kolejowej a jedynie powołał się na doświadczenie nabyte w odniesieniu do inwestycji drogowych,
- 4)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 16 i 17 ust. 2 Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum INKO, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej ze względu na przedstawienie jako potwierdzających spełnianie jednego warunku określonego w pkt. 8.6.1 IDW doświadczenia uzyskanego zarówno przez członka Konsorcjum jak i zasoby podmiotu trzeciego,
- 5)art. 17 ust. 2 Pzp, poprzez podjęcie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp,

Odwołujący skonstruował także zarzut ewentualny, na wypadek uznania, że powyższe zarzuty nie zasługują na uwzględnienie, dotyczący naruszenia:

- 6)art. 128 ust. 1 i 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum INKO do złożenia wyjaśnień co do treści oferty lub wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, w sytuacji gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu w odniesieniu do warunku zdolności technicznej i zawodowej.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 15 grudnia 2023 r. polegającej na wyborze oferty Konsorcjum INKO jako oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny i badania ofert, dokonanie wykluczenia Konsorcjum INKO z Postępowania, dokonania odrzucenia oferty Konsorcjum INKO, ponowny wybór oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyników postępowania odwoławczego, a ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia powyższych żądań - wezwanie Konsorcjum INKO do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów/oświadczeń w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8.6.1 IDW.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jego oferta jest trzecią ofertą w rankingu ofert, zaś wybór oferty Konsorcjum INKO, które powinno zostać wykluczone z Postępowania, a jego oferta powinna zostać odrzucona, pozbawia Odwołującego możliwości pozyskania zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów nr 3 oraz 4 Odwołujący wskazał, że wskazane przez Konsorcjum Inko celem wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu usługi dotyczą inwestycji drogowych, podczas gdy Zamawiający wymagał, aby cały zakres usług opisanych w ppkt. 1)-12) wykonany został w ramach budowy lub przebudowy zelektryfikowanej lub elektryfikowanej linii kolejowej. Zdaniem Odwołującego wynika to jednoznacznie z konstrukcji przedmiotowego warunku, opisanego w pkt. 8.6.1 IDW, gdzie w akapicie pierwszym Zamawiający opisał wymagania ogólne: wykonanie co najmniej 1 usługi w okresie ostatnich 8 lat przed upływem

terminu składania ofert w zakresie budowy lub przebudowy zelektryfikowanej lub elektryfikowanej linii kolejowej o łącznej wartości robót co najmniej 500 mln zł brutto, a następnie opisał parametry szczegółowe, którymi powinny się

charakteryzować te usługi. Powyższe oznacza, że wszystkie wymogi opisane w pkt. 1)-12) powinny być wykonane w okresie ostatnich 8 lat przed upływem składania ofert, powinny dotyczyć zelektryfikowanej lub elektryfikowanej linii kolejowej, a ich łączna wartość powinna wynosić co najmniej 500 mln zł brutto. Jako potwierdzenia takiej interpretacji, Odwołujący wskazał sprostowanie odpowiedzi Zamawiającego z dnia 12 września 2023 r. na pytanie 1 z dnia 8 września 2023 r.

Ponadto Odwołujący zarzucił, że Konsorcjum INKO wskazało na potwierdzenie jednego warunku (pkt. 8) doświadczenie nabyte przy realizacji więcej niż jednej inwestycji. W ocenie Odwołującego postanowienia IDW nie pozwalają na takie łączenie doświadczenia. W pkt. 8.6.1 IDW Zamawiający wskazał, że każde wykazane zadanie/realizacja może jednocześnie potwierdzać spełnienie kilku z powyższych warunków, co zdaniem Odwołującego nie uprawnia wykonawcy aby potwierdzenie spełniania jednego z wymogów składających się na warunek posiadania zdolności technicznej i zawodowej (tu: dotyczący doświadczenia w zakresie nadzoru nad budową/przebudową 4 mostów i 4 wiaduktów) zostało złożone przez wykonawcę

z doświadczeń pozyskanych przy realizacji nadzoru nad różnymi inwestycjami.

Odwołujący podkreślił, że w dniu 19 września 2023 r. Konsorcjum INKO złożyło wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt. 8.6.1. pkt. 10) IDW, tj. w zakresie budowy tunelu metra. W dniu 17 listopada 2023 r. w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych Konsorcjum INKO złożyło wykaz usług, w którym wskazane zostały zadania zrealizowane przez ECM Group Polska S.A. (dalej „ECM”) w celu potwierdzenia legitymowania się doświadczeniem wymaganym w pkt. 8.6.1 w ppkt. 1)- 9) oraz 11)-12) IDW oraz przez Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A. (dalej: „Ayesa”) w celu potwierdzenia spełniania części warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.6.1. ppkt. 10) IDW. Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń przytoczył także pkt. 10.3 IDW *w przypadku składania oferty wspólnej, warunki szczegółowe określone w pkt 8.6 IDW uznaje się za spełnione, jeśli spełnią je łącznie wszyscy Wykonawcy składający ofertę wspólną.*”

W zakresie zarzutów nr 1 oraz 2, Odwołujący zajął stanowisko, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 5 grudnia 2023 r., Konsorcjum INKO wskazało, że doszło do omyłki przy wypełnianiu wykazu usług, a tym samym przekazało nieprawdziwe informacje. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie był uprawniony do występowania z wezwaniem w trybie art. 128 ust. 1 i 4 Pzp, ponieważ przepis ten nie służy do zastępowania informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi. Odwołujący podkreślił, że członkowie Konsorcjum INKO są profesjonalistami i przy składaniu oświadczeń w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu powinni wykazywać się daleko idącą dokładnością i sumiennością, w tym – są zobowiązani sprawdzić prawidłowość wszystkich podawanych informacji. Wobec obowiązku dochowania tak wysokiego poziomu staranności Odwołujący stwierdził, że wprowadzenie Zamawiającego w błąd w tym konkretnym przypadku stanowi efekt rażącego niedbalstwa ze strony Konsorcjum INKO.

W dniu 28 grudnia 2023 r., Konsorcjum INKO zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 2 stycznia 2024 r., wykonawcy BBF sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, oraz SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre, Francja, zgłosili przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

W dniu 16 stycznia 2023 r., Zamawiający, w wykonaniu zarządzenia Izby, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości. Zakwestionował wykazanie interesu we wniesieniu odwołania. W zakresie zarzutu nr 1 oraz 2 wskazał, że Konsorcjum INKO już w pierwotnym Wykazie zamówień wskazało zamówienie, w którym spełniało zakres dotyczący stacji włączonych do LCS, ale wskutek wątpliwości Zamawiającego co do treści dokumentu, wykonawca wpisał ten zakres we właściwej pozycji – nr 2, a tym samym zmienił Wykaz zamówień w ten sposób, że zakres dotyczący stacji włączonych do LCS wpisany pierwotnie w pozycji nr 1 usunął z tej pozycji i wpisał do pozycji nr 2. Nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, jakoby treść pisma Konsorcjum INKO z dnia 11 grudnia 2023 r. wskazywała na umyślne lub wynikające z rażącego niedbalstwa podanie informacji nieprawdziwych, a także wskazał na ciężar dowodu w tym zakresie spoczywający na Odwołującym. Podkreślił także, że Zamawiający prawidłowo zastosował art. 128 ust. 1 i ust. 4 Pzp.

W zakresie zarzutu nr 3 oraz 4 Pzp Zamawiający wskazał, że nie mógł ograniczyć warunku udziału w postępowaniu jedynie do doświadczenia w zakresie robót budowlanych w ramach inwestycji kolejowych, gdyż nie tylko prowadziłoby to do ograniczenia konkurencji, nie gwarantowało Zamawiającemu wymaganego w postępowaniu doświadczenia wykonawcy, ale również stałoby to w sprzeczności z przepisami prawa. Podkreślił, że przy robotach budowlanych w zakresie inwestycji kolejowych i drogowych obowiązują zbieżne standardy, podając następujący przykład: w przypadku zakresu dotyczącego budowy lub kompleksowej przebudowy 4 mostów i 4 wiaduktów, zarówno dla obiektów kolejowych jak drogowych, podstawowa konstrukcja dla obu obiektów jest taka sama, w tym w części dotyczącej fundamentów, przyczółków, płyty jezdnej. Inwestycja, której będzie dotyczyła usługa będąca przedmiotem niniejszego postępowania cechuje się wysokim stopniem skomplikowania i obejmuje nie tylko budowę linii kolejowych, stacji kolejowych, torów

kolejowych, ale również budowę mostów, wiaduktów, przejść dla pieszych oraz tunelu kolejowego. Zdaniem Zamawiającego niewiele jest wykonawców na rynku, którzy mogą wykazać się doświadczeniem w zakresie nadzoru nad budową tunelu, przejść dla pieszych, wiaduktów i mostów wyłącznie w zakresie inwestycji kolejowych. Inwestycje infrastrukturalne o tak szerokim zakresie zazwyczaj są inwestycjami wykraczającymi poza branżę jedynie kolejową. Z tego względu Zamawiający rozpiął zakres warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, aby oferty mogli złożyć również wykonawcy realizujący usługi w zakresie inwestycji drogowych. Przytoczył także przepisy rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie (Dz. U. z 1998 r., Nr 151, poz. 987).

W dniu 16 stycznia 2023 r. Przystępujący INKO złożył pismo, w treści którego przychylił się do stanowiska Zamawiającego oraz wniósł o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący INKO wskazał na przedwczesność zarzutów zawartych w pkt 3 i 4 odwołania, podkreślając, że jeżeli wykonawca nie wykazał spełnienia wymaganego warunku udziału w postępowaniu, to konieczne jest jego wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, nie zaś odrzucanie oferty. W merytorycznym aspekcie wskazał na literalne brzmienie pkt 8.6.1 IDW, podkreślając, że z redakcji podpunktów 1-12 nie wynika, że muszą być one wykonane wszystkie w ramach usług obejmujących nadzór nad realizacją robót budowlanych, w zakresie budowy lub przebudowy zelektryfikowanej lub elektryfikowanej linii kolejowej. Zdaniem Przystępującego Takiej interpretacji przeczy wprost literalne brzmienie ppkt 10 pkt 8.6.1 IDW, w którym to Zamawiający wskazał, że oczekuje doświadczenia obejmującego Budowę tunelu kolejowego lub tunelu metra lub tunelu drogowego o długości co najmniej 1 000 (tysiąc) m. Co do korzystania z doświadczenia AYESA, wskazał, że postanowienia IDW nie zawierają wymogu osobistego wykonania kluczowych części Zamówienia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak również nie zawierają wyłączeń co do możliwości łączenia doświadczenia w ramach warunku przez członków konsorcjum.

W zakresie zarzutu dotyczącego wprowadzenia w błąd Zamawiającego, Konsorcjum INKO wskazało że Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodu co do przesłanek wykluczenia, przytaczając orzecznictwo Izby.

Na posiedzeniu i rozprawie Strony oraz uczestnicy podtrzymały dotychczas wyrażone stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła, co następuje:

W punkcie 8.6.1 IDW Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, wymagając między innymi następującego doświadczenia:

(...) wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę wykonania, w okresie ostatnich 8 (ośmiu) lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie): co najmniej 1 (jednej) usługi polegającej na zarządzaniu inwestycją i sprawowaniu nadzoru nad realizacją robót budowlanych, z wyłączeniem nadzoru w okresie gwarancji, w zakresie budowy lub przebudowy zelektryfikowanej lub elektryfikowanej linii kolejowej, przy czym usługi te muszą dotyczyć robót budowlanych, których łączna wartość zakończonych lub odebranych świadectwem przejęcia (protokołem odbioru końcowego lub innym równoważnym dokumentem) robót wynosi co najmniej 500 000 000,00 (pięćset milionów) PLN brutto.

Wymagany zakres realizacji, dla której Wykonawca pełnił nadzór nad:

1) Co najmniej 1 (jednymi) robotami budowlanymi, obejmującymi swoim zakresem Budowę lub kompleksową Przebudowę nawierzchni torowej oraz wzmocnienie podtorza lub kompleksową wymianę podtorza na długości co najmniej 10 (dziesięciu) km linii kolejowej zelektryfikowanej lub elektryfikowanej;

(...)

6) Budowę lub kompleksową Przebudowę systemu stacyjnych, scentralizowanych urządzeń SRK (sterowania ruchem kolejowym) na stacji która została włączona do Lokalnego Centrum Sterowania,

(...)

8) Budowę lub kompleksową Przebudowę 4 (czterech) mostów i 4 (czterech) wiaduktów, w tym co najmniej 1 (jeden) most lub wiadukt o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła nie mniejszej niż 35 (trzydzieści pięć) m;

(...)

10) Budowę tunelu kolejowego lub tunelu metra lub tunelu drogowego o długości co najmniej 1 000 (tysiąc) m. Nie dopuszcza się wskazywania jako doświadczenia wykonania tunelu ewakuacyjnego i przewiązek między tunelami;

(...)

Każde wykazane zadanie/realizacja może jednocześnie potwierdzać spełnienie kilku z powyższych warunków.”.

W treści 10.3 IDW wskazano, że w przypadku składania oferty wspólnej, warunki szczegółowe określone w pkt 8.6 IDW uznaje się za spełnione, jeśli spełnią je łącznie wszyscy Wykonawcy składający ofertę wspólną.

W punkcie 8.7 IDW, Zamawiający przewidział zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 Pzp jako przesłanek wykluczenia z

Postępowania.

W dniu 12 września 2023 r. Zamawiający udzielił wyjaśnień o następującej treści :

„Sprostowanie odpowiedzi na pytanie 1 z 08.09.2023 r:

Zamawiający informuje, że wskazane pozycje w IDW w pkt 8.6.1 od ppkt 1) do ppkt 12) nie stanowią kontynuacji wymogu dla usługi określonej w akapicie 1 pkt 8.6.1.

Ponadto, W treści warunku w pkt. 8.6.1. wskazane jest podanie cyt. „przez Wykonawcę wykonania, w okresie ostatnich 8 (ośmiu) lat przed upływem terminu składania ofert (...) co najmniej 1 (jednej) usługi..” czyli może ich być więcej niż 1.

Tym samym Zamawiający wyjaśnia, że spełnienie wymagań dla pozycji od ppkt 1) do ppkt 12) w pkt 8.6.1 może być spełnione poprzez przedstawienie kilku niezależnych zadań, a ponadto każde wykazane zadanie/realizacja może jednocześnie potwierdzać spełnienie kilku ze wskazanych przez Zamawiającego warunków, przy czym wykonane one powinny być w okresie ostatnich 8 (ośmiu) lat przed upływem terminu składania ofert.

Łączna wartość zakończonych lub odebranych świadectwem przejęcia (protokołem odbioru końcowego lub innym równoważnym dokumentem) robót musi wynosić co najmniej 500 000 000,00 (pięćset milionów) PLN brutto (w ramach 1 lub kilku zadań/realizacji).”.

W ramach badania i oceny ofert, w dniu 7 listopada 2023 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum INKO do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym załącznika nr 6 do IDW – Wykaz zamówień wykonanych przez Wykonawcę (dalej: „Wykaz zamówień”). Konsorcjum INKO złożyło podmiotowe środki dowodowe w dniu 17 listopada 2023 r., w tym wykaz zamówień, w którym na potwierdzenie posiadania doświadczenia opisanego w pkt. 8.6.1 IDW przedstawiło m. in. następujące zadania:

1. Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii kolejowej nr 216 na odcinku Działdowo – Olsztyn” – umowa nr 90/105/0057/17/ZI z dnia 21.09.2017 r.
2. Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu POIiŚ 7.1-5.1 „Modernizacja linii kolejowej E 59 na odcinku Wrocław – Poznań, Etap III, odcinek Czempin – Poznań” – umowa nr 90/107/0123/15/ZI z dnia 26.11.2015 r.
- 3.(...)
4. Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: ”Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Warszawa – Hrebenne, odc. obwodnica Tomaszowa Lubelskiego, dł. ok 10 km
5. Pełnienie nadzoru nad realizacją zadania pn.: Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 682 na odc. Łapy – Markowszczyzna PZDW w Białymstoku Umowa nr WZO.2510.6.20
6. Zarządzanie Projektem (Project Management) oraz Pełnienie nadzoru nad eksploatacją linii nr 1 metra w Panamie.

Po dokonaniu analizy podmiotowych środków dowodowych Zamawiający powziął wątpliwość odnośnie pkt 1 Wykazu zamówień oferty Konsorcjum INKO, w którym wykonawca ten wskazał, że w ramach tegoż zadania nabyło doświadczenie polegające na nadzorze nad budową lub przebudową systemów stacyjnych, scentralizowanych urządzeń srk na stacji, która została włączona do Lokalnego Centrum Sterowania (stacje włączone do LCS: Gąglawki, Olsztynej, Waplewo, Nidzica).

Wobec powyższego, zgodnie z art. 128 ust. 1 i 4 Pzp, w dniu 5 grudnia 2023 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum INKO do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w żądanym zakresie. Wykonawca wystąpił o prolongatę terminu na złożenie wyjaśnień i w przedłużonym terminie dokonał uzupełnienia.

Konsorcjum INKO przedłożyło odpowiedź na wezwanie w dniu 11 grudnia 2023 r. przedkładając uzupełniony Wykaz zamówień, w którym zakres polegający na nadzorze nad budową lub przebudową urządzeń SRK (sterowania ruchem kolejowym) na stacji, która została włączona do Lokalnego Centrum Sterowania został usunięty z pozycji nr 1 Wykazu zamówień i wpisany w pozycji nr 2 Wykazu zamówień, tj. w ramach innego zadania.

Zamawiający w dniu 15 grudnia 2023 r. poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum INKO.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania. Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w terminie, nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nie została również wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W tym zakresie Izba nie uwzględniła argumentacji Zamawiającego, który wskazywał, że uplasowanie na trzeciej pozycji w rankingu ofert nie uprawnia do wnoszenia odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp, środki ochrony prawnej (...) przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu

podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Aby być uprawnionym do korzystania ze środków ochrony prawnej muszą być zatem spełnione kumulatywnie dwie przesłanki, mianowicie: interes w uzyskaniu zamówienia bądź w uzyskaniu nagrody w konkursie oraz poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Interes podmiotu korzystającego ze środków ochrony prawnej stanowi przesłankę materialnoprawną tego środka. Posiadanie tego interesu decyduje o istnieniu legitymacji czynnej do wniesienia odwołania do Prezesa Izby. Z tego też względu interes ten musi zostać wykazany już na etapie wnoszenia odwołania, a następnie jego istnienie jest weryfikowane przez skład orzekający.

Interes w uzyskaniu zamówienia to możliwość uzyskania zamówienia w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Interes zatem posiadać będzie wykonawca, który wskutek sprzecznych z przepisami Pzp czynności lub zaniechań zamawiającego traci możliwość uzyskania zamówienia, zaś na takim etapie Postępowania prowadzonego w tzw. „procedurze odwróconej” – będzie miał każdy wykonawca, który został sklasyfikowany w rankingu ofert i jego oferta nie została odrzucona. Przyjęcie takiego zapatrywania zasadza się na tym, że nie można wykluczyć, iż zarówno pierwszy, jak i drugi w kolejności wykonawca nie wykażą spełniania warunków udziału w Postępowaniu lub braku postaw wykluczenia. W takiej sytuacji Odwołujący, po dokonaniu przez Zamawiającego ponownej oceny ofert będzie miał potencjalną możliwość uzyskania zamówienia, jeżeli jego oferta będzie ważna i sam nie będzie podlegał wykluczeniu z postępowania. Stanowisko takie jest ugruntowane w orzecznictwie Izby i zostało wyrażone m.in. w wyrokach z dnia 11 maja 2021 r., sygn. akt KIO 118/21, z dnia 9 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1235/21.

Izba ustaliła, że w ustawowym terminie do postępowania po stronie Zamawiającego przystąpili skutecznie wykonawcy: BBF sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre, Francja oraz Konsorcjum INKO, stając uczestnikami postępowania odwoławczego.

Odwołanie podlegało oddaleniu w całości, zaś podniesione zarzuty nie potwierdziły się.

Zarzuty nr 1 i 2 odwołania sprowadzały się do zakwestionowania sposobu oceny przez Zamawiającego omyłki dokonanej przez Konsorcjum INKO w wykazie zamówień, składanym w ramach podmiotowych środków dowodowych, a poprawionej w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

Zarzuty te dotyczyły naruszenia podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. Zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę: który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Z kolei zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym, istotą omawianych przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyeliminowanie z możliwości ubiegania się o zamówienia wykonawców nieuczciwych, którzy poprzez swoje zachowanie (wprowadzenie w błąd zamawiającego, przedstawianie niezgodnych z rzeczywistością okoliczności) w sposób istotny wpływają (choćby potencjalnie) na podejmowane przez niego decyzje. Należy przy tym zauważyć, że przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp dotyczy celowego wprowadzenia w błąd (w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) następującego przez działanie wykonawcy związane z przedstawieniem informacji bądź zatajeniem informacji, bądź niemożnością przedstawienia wymaganych środków dowodowych, zaś pkt 8 - lekkomyślności lub niedbalstwa przy przedstawianiu informacji wprowadzających w błąd.

Co istotne, w ocenie Izby, nie każda podana przez wykonawcę informacja świadcząca o niespełnieniu przez niego warunków udziału w postępowaniu skutkuje od razu jego wykluczeniem na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. Jak wskazuje się w orzecznictwie: „(...) błąd to rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości podmiotu. Może on polegać na fałszywym wyobrażeniu istnienia pewnych okoliczności lub cech stanu rzeczy, które w rzeczywistości nie występują, lub na nieświadomości występujących w rzeczywistości okoliczności. Wprowadzenie w błąd może być wywołane zarówno przedstawieniem informacji obiektywnie nieprawdziwych (fałszywych), jak też przedstawieniem informacji obiektywnie prawdziwych, lecz wywołujących mylne wyobrażenie u zamawiającego. Błąd ma nastąpić przy przedstawianiu informacji” – tak: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 września 2023 r., XXIII Zs 12/23.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, Izba wskazuje, że Konsorcjum INKO przedstawiło informacje dotyczące doświadczenia w zakresie zadania na budowę lub przebudowę systemu stacyjnych, scentralizowanych urządzeń SRK na stacji, która została włączona do Lokalnego Centrum Sterowania (stacje włączone do LCS: Gąglawki, Olsztynek, Waplewo, Nidzica), omyłkowo sformułowanie to zawierając w błędnej pozycji wykazu zamówień. Poprawiając

wykaz, Konsorcjum INKO skreśliło ten fragment z pozycji nr 1, przenosząc go do pozycji nr 2 – tj. właściwej inwestycji, w ramach której realizowała nadzór nad tym zadaniem. O ile rzeczywiście takie działanie może być zakwalifikowane jako swoisty błąd, o tyle przypomnieć należy, że do postawienia zamawiającemu skutecznego zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp, konieczne jest wykazanie spełnienia wszystkich przesłanek tej normy i udowodnienie, że doszło do przedstawienia informacji wprowadzających w błąd, co spowodowane było co najmniej lekkomyślnością lub niedbalstwem wykonawcy, a błędne informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, czemu obciążony ciężarem dowodowym Odwołujący nie podolał.

Bezspornym jest bowiem, że Konsorcjum INKO w tym zakresie spełniało warunki udziału w Postępowaniu, posiadając odpowiednie doświadczenie podczas realizacji określonych zadań, zaś błąd sprowadzał się jedynie do przedstawienia informacji w nieprawidłowym wersie wykazu zamówień. Trzeba także mieć na uwadze, że do przedmiotowego wykazu załącznikami były referencje, które w swojej treści wprost wskazują, w ramach którego z zadań realizowano branżę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, a tym samym czyni błąd Konsorcjum INKO oczywistym i niewymagającym znacznych sprostowań, ale przede wszystkim pozbawia go istotnego wpływu na wynik Postępowania.

Izba zwraca uwagę, że przepisy eliminujące wykonawcę z postępowania, jako normy zawierające sankcje, nie mogą być poddawane wykładni rozszerzającej. Uwzględnienie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania nie powinno następować po bezrefleksyjnym uznaniu, że skoro wykonawca popełni błąd w jakimkolwiek oświadczeniu, to mając na uwadze abstrakcyjny, hipotetyczny wpływ na decyzje zamawiającego wykonawcę należy wykluczyć – a tego de facto domagał się Odwołujący. Działanie takie byłoby dotknięte nieuprawnionym automatyzmem i eliminowałoby najbardziej istotny proces w stosowaniu prawa – jego subsumpcję. W konsekwencji zastosowanie przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp nie powinno sprowadzać się do znalezienia jakiegokolwiek błędu wykonawcy i zostać oderwane od celów, którym miało służyć wprowadzenie tej podstawy wykluczenia z postępowania, wyłącznie z tego powodu, że każdy błąd „potencjalnie” może mieć wpływ na decyzję zamawiającego. Uwzględnienie odwołania w tym zakresie hołdowałoby nadmiernemu formalizowaniu, ponieważ przedstawienie jakichkolwiek wadliwych informacji zasadniczo kwalifikowałoby się do wykluczenia za wprowadzenie w błąd, bez względu na okoliczności sprawy, a co więcej – czyniłoby instytucję wyjaśnień z art. 128 ust. 1 lub 4 Pzp iluzoryczną.

Konkludując, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, żeby w Postępowaniu doszło do zaniechania wykluczenia Przystępującego INKO z Postępowania, ponieważ nie udowodniono kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp, a tym samym omawiany zarzut został oddalony.

Pozostałe zarzuty odwołania sprowadzały się do zakwestionowania sposobu oceny warunku udziału w Postępowaniu dokonanego przez Zamawiającego. Odwołujący podniósł następujące niezgodności:

- 1) pozycje nr 4 i 5 wykazu zamówień nie dotyczą zelektryfikowanej lub elektryfikowanej linii kolejowej, lecz inwestycji drogowych;
- 2) pozycja nr 6 wykazu zamówień została zrealizowana przez podmiot, na zasoby którego się powołuje Konsorcjum INKO, tj. AYESA.

Zgodnie z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Celem opisywania warunków udziału w postępowaniu jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców dających rękojmię prawidłowego i należytego wykonania zamówienia. Jednocześnie, zamawiający ma obowiązek skonstruować warunki udziału w postępowaniu w sposób jednoznaczny, pozwalający na prawidłową ocenę złożonych ofert.

W tym miejscu, Izba wskazuje, że opis warunku doświadczenia, jakim posłużył się Zamawiający trudno uznać za jednoznaczny czy wyczerpujący. Zamawiający wprost powinien wskazać, jakim doświadczeniem powinien się wykazać dany wykonawca, określając precyzyjnie każdą ze świadczonych usług, czego zaniechał. Zdaniem Izby taka konstrukcja, zakładająca ogólny opis usługi w pkt. 8.6.1 IDW, a następnie – bez ujednolicenia jednostek redakcyjnych – wymieniane osobno dwunastu zakresów zadań, mogło nastroczać wątpliwości interpretacyjnych. Stąd też ocena warunku udziału w takim kształcie powinna następować przez pryzmat doniosłej zasady interpretacji na korzyść wykonawców ubiegających

się o udzielenie zamówienia.

Nie bez znaczenia pozostają także wyjaśnienia opublikowane przez Zamawiającego w toku Postępowania. Z ich treści wynika, że o ile Zamawiający wykreślił sformułowanie o odrębności każdego z warunków, o tyle wyraźnie wskazał, że zadania te mogły być realizowane w ramach jednej usługi, jak również że każda usługa powinna być realizowana w określonym okresie 8 lat, jak również że łączna wartość robót ma wynosić co najmniej 500 000 000,00 zł brutto (w ramach 1 lub kilku zadań/realizacji). Co więcej, wszędzie tam, gdzie Zamawiający wymagał doświadczenia w ramach budowy zelektryfikowanej lub elektryfikowanej linii kolejowej, wskazał to wprost – przykładowo w punkcie 1 lub 2 omawianego punktu IDW, zaś w kwestionowanych przez Odwołującego punktach brak było tego rodzaju zastrzeżeń. Co więcej, w punkcie 10, Zamawiający wprost dopuścił tunel drogowy jako alternatywę dla innych tuneli.

W konsekwencji należało uznać, że warunek udziału dotyczący doświadczenia w literalnym brzmieniu nie uzasadniał interpretacji Odwołującego, która osadzała się jedynie na przyjętym podziale redakcyjnym tekstu. Brak było podstaw do uznania, że doświadczenie opisane w punktach 1-12 mogło być realizowane wyłącznie w ramach pierwszego warunku bez wyodrębnionej jednostki redakcyjnej, ponieważ nie wynikało to jednoznacznie z treści IDW. Zamawiający w wyjaśnieniach wyraźnie wskazał, że wykonawcy mogą się legitymować kilkoma usługami, zaś łączyć ma te jedynie łączna wartość oraz okres realizacji do 8 lat przed terminem składania ofert. A contrario należało uznać, że Zamawiający skonstruował trzynaście wymogów, a każdy z nich należało interpretować odrębnie, przy czym każdy mógł zostać spełniony w ramach jednej lub kilku usług.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba zajęła stanowisko, że Zamawiający dopuścił legitymowanie się doświadczeniem zdobytym przy realizacji nadzoru nad robotami budowlanymi związanymi z budową metra lub dróg, a tym samym zarzuty w tym zakresie Izba uznała za niezasadne.

W odniesieniu do możliwości łączenia doświadczenia wykonawcy oraz podmiotu trzeciego Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, jakoby istniała generalna zasada, że warunki udziału w postępowaniu mogą być spełnione wyłącznie przez jeden podmiot. Kwestia szczególnego sposobu spełniania warunku udziału przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest regulowana przez art. 117 Pzp, natomiast ustawa nie wyłącza potencjalnej możliwości łącznego spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę wraz z podmiotem udzielającym mu zasoby. Możliwość taka zależy jednak od sposobu sformułowania konkretnego warunku udziału w postępowaniu, co każdorazowo wymaga dokonania oceny tego warunku w danym stanie faktycznym.

Jak wskazano już wyżej, w niniejszym Postępowaniu sposób sformułowania warunku doświadczenia przesądzał o tym, że doświadczenie opisane w poszczególnych punktach 8.6.1 IDW mogło być spełnione przez łącznie przez wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia, jak również podmiot udzielający zasoby. Wynika to z pkt. 10.3 IDW. Zamawiający wymagał doświadczenia w min. jednej usłudze w różnych obszarach i nie zastrzegł wprost, że całość wymogów ma być spełniona przez jeden podmiot. Tego rodzaju zastrzeżenie – jako niewynikające wprost z przepisów Pzp – musiałby zostać wyrażone wprost w dokumentach zamówienia lub w konstrukcji warunku udziału (np. poprzez wymóg wielokrotności doświadczenia), co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Reasumując, Konsorcjum INKO wykazało w sposób prawidłowy spełnianie warunku udziału w Postępowaniu i miało prawo powołać się na doświadczenie podmiotu trzeciego. W konsekwencji Izba w tym zakresie także uznała odwołanie za niezasadne.

Odnosząc się do skonstruowanego przez Odwołującego zarzutu ewentualnego, zakładającego obowiązek wezwania do wyjaśnień w zakresie spełniania warunku udziału w Postępowaniu jako czynności poprzedzającego odrzucenie oferty, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. Powyższe stanowisko wynika ze stwierdzenia, że Konsorcjum INKO wykazało spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, a tym samym nie zaistniała dyspozycja przepisów art. 128 ust. 1 lub 4 Pzp.

Z powyższych powodów Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

O kosztach postępowania stosownie do wyniku sprawy orzeczono na podstawie art. 575 Pzp oraz § 8 ust. 2 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. 2020 r. poz. 2437). Izba nie zasądziła na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia, z uwagi na brak wniosku Zamawiającego w tym zakresie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....