Sygn. akt KIO 3026/23

WYROK

z dnia 30 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Członkowie: Irmina Pawlik

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2023 r. przez odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum: nPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie
i ROVER INFRAESTRUCTURAS S.A. z siedzibą w Walencji w postępowaniu prowadzonym przez wspólnego zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą
w Warszawie, Powiat Miński i Miasto Sulejówek

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum: ROVERPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i ROVER INFRAESTRUCTURAS S.A. z siedzibą w Walencji i 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.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……

Sygn. akt KIO 3026/23

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Powiat Miński i Miasto Sulejówek, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi wspólnie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„roboty budowlane dla zadania inwestycyjnego "Budowa tunelu drogowego w km 21.050 linii kolejowej nr 2 Warszawa Zachodnia – Terespol na skrzyżowaniu z drogą powiatową nr 2284W w mieście Sulejówek".* Numer referencyjny tego zamówienia to 9090/IRZR3/24816/06664/22/P.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
z dnia 28 grudnia 2022 r., pod numerem 2022/S 250-729975.

W dniu 12 października 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum: ROVERPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i ROVER INFRAESTRUCTURAS S.A. z siedzibą w Walencji, zwany dalej „Odwołującym” lub „Konsorcjum ROVERPOL”, wniósł odwołanie wobec następujących czynności Zamawiającego:

1) odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP w zw. z art. 111 pkt 5 i 6 ustawy PZP w sytuacji, gdy nie zostały spełnione ustawowe przesłanki umożliwiające Zamawiającemu odrzucenie oferty na tej podstawie prawnej,

2) wykonania czynności w postępowaniu, na skutek uwzględnienia odwołania oraz braku sprzeciwu przystępującego wykonawcy, w sposób wykraczający poza żądanie zawarte
w odwołaniu, gdy tymczasem czynność ta była nieuzasadniona (dotyczyła postępowania prowadzonego pod sygn. akt

KIO 2690/23),

3) ewentualnie, zaniechania przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie okoliczności wskazanych w piśmie z dnia 20 września 2023 r. (na które Zamawiający powołuje się w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego), w oparciu o które Zamawiający zdecydował się uznać, że Odwołujący wprowadził go w błąd w zakresie doświadczenia osoby mającej pełnić funkcję Kierownika Budowy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP poprzez ich zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu pomimo, iż Zamawiający nie wykazał, aby przepisy te znajdowały zastosowanie w sprawie, w szczególności aby działania i zaniechania Odwołującego miały (lub chociażby potencjalnie mogły) mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu (zarzut nr 1),

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP w zw. z art. 111 pkt 5 i 6 ustawy PZP odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy nie było ku temu podstaw prawnych, tj.Zamawiający nie wykazał, aby spełniły się przesłanki uprawniające go do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP (zarzut nr 2),

3) art. 522 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a i b ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP w zw. z art. 111 pkt 5 i 6 ustawy PZP poprzez wykonanie czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu (badanie oraz wybór oferty najkorzystniejszej) w sposób wykraczający poza żądania zawarte w odwołaniu, gdy tymczasem czynność w tym zakresie (wykraczającym poza żądanie odwołania) jest nieuzasadniona i wadliwa (zarzut nr 3),

4) ewentualnie, art. 128 ust. 4 ustawy PZP poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej, która miałaby obejmować wyjaśnienie okoliczności wskazanych w piśmie z dnia 20 września 2023 r., na które powołuje się Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego, a które (jak zostanie wykazane) pozostają bez jakiegokolwiek wpływu na decyzje Zamawiającego w postępowaniu (zarzut nr 4),

5) art. 16 pkt 1 – 3 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości (zarzut nr 5).

W konsekwencji podniesionych zarzutów Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie jego odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP w zw. z art. 111 pkt 5 i 6 ustawy PZP.

Ponadto Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym. Odwołujący zawarł również w odwołaniu wniosek o zasądzenie od Zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Uzasadniając interes we wniesieniu odwołania Konsorcjum ROVERPOL podkreśliło, że ma świadomość, iż decyzja Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty w oparciu o dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP, art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji znajduje swoje uzasadnienie w brzmieniu art. 522 ust. 2 ustawy PZP. W dniu 11 września 2023 r. Konsorcjum Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz PROBUDOWA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Konsorcjum ZRK – DOM') wniosło odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zakwestionowany został wybór oferty złożonej przez Odwołującego (dokonany w dniu 31 sierpnia 2023 r.). W dniu 18 września 2023 r. Zamawiający uwzględnił odwołanie, Odwołujący (będący wówczas przystępującym po stronie Zamawiającego) początkowo wniósł sprzeciw, ostatecznie zostało on jednak wycofany na rozprawie (sprawa prowadzona była pod sygn. KIO 2690/23). Zamawiający zobowiązany był więc do wykonania czynności (w tym przypadku chodziło o ponowne badanie ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej) zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (art. 522 ust. 2 ustawy PZP). Odwołujący wskazał, że odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2690/23 nie zawierało zarzutów odnoszących się do doświadczenia osoby wskazywanej przez Odwołującego na stanowisko Kierownika Budowy, wobec czego odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a i b ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP w zw. z art. 111 pkt 5 i 6 ustawy PZP nie stanowi działania zgodnego z treścią odwołania (zarzutami i wnioskami odwołania), lecz wykracza poza materię wynikającą z tego odwołania oraz podlegającą badaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą w poprzednim postępowaniu odwoławczym. Decyzja Zamawiającego w tym zakresie jest błędna co do meritum,

Odwołujący nie podważa jednak zasadności odrzucenia jego oferty w oparciu o zarzuty podniesione w odwołaniu wniesionym w sprawie o sygn. akt KIO 2690/23, a jedynie kwestionuje odrzucenie oferty Odwołującego w sposób, który skutkuje dla Odwołującego dwuletnią karencją na rynku zamówień publicznych. Odwołujący wskazał, że jest świadomy, że odwołanie obejmujące ewentualne zakwestionowanie czynności wykonanych zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu podlega odrzuceniu w oparciu o art. 528 pkt 5 ustawy PZP, ogranicza zatem swoje prawo do zakwestionowania czynności Zamawiającego do okoliczności związanych z doświadczeniem Kierownika Budowy, czyli do podstaw odrzucenia oferty wykraczających poza materię nakreśloną w odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 2690/23. Jednocześnie Odwołujący dostrzegł, że uwzględnienie odwołania może nastąpić jedynie, gdy naruszenie przepisów ustawy PZP miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP), co oznacza, że znajduje się on w sytuacji, w której kierując się wprost dyspozycją tego przepisu Krajowa Izba Odwoławcza mogłaby oddalić odwołanie ze względu na stwierdzenie, że oferta Odwołującego i tak – niezależnie od trafności zarzutów podnoszonych w odwołaniu – zostanie odrzucona, a co jest skutkiem braku sprzeciwu od odwołania wniesionego przez ostatecznie wybranego wykonawcę w sprawie o sygn. akt KIO 2690/23. Odwołujący podkreślił jednak, że decyzja o braku sprzeciwu zapadła na gruncie przedmiotu sporu nakreślonego odwołaniem z dnia 11 września 2023 r. W tamtym odwołaniu nie formułowano zarzutów, które mogłyby wywoływać skutki, o których mowa w art. 111 ustawy PZP, więc konsekwencją braku sprzeciwu było jedynie pozbawienie Odwołującego zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania. Tymczasem czynność odrzucenia oferty podjęta przez Zamawiającego wywołuje skutki znacznie dalej idące, będące konsekwencją uznania przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu nie tylko z uwagi na okoliczności wskazane w odwołaniu, ale również, że Odwołujący podlega wykluczeniu w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP, czyli przepisy, które nie były podnoszone w tamtym odwołaniu, natomiast zastosowanie względem wykonawcy tych przepisów powoduje wykluczenie z rynku zamówień publicznych na okres karencji wynoszący odpowiednio 2 lata i 1 rok.

Odwołujący podkreślił, że uznanie, iż w takim przypadku nie jest on upoważniony do wniesienia odwołania powodowałoby, że wykonawca jest pozbawiony prawa do sądu w tak istotnej sprawie jak wykluczenie z postępowania skutkujące uruchomieniem kilkuletniego okresu karencji na rynku zamówień publicznych. O konieczności merytorycznego rozpoznania odwołania zdaniem Odwołującego świadczą następujące okoliczności:

1) Charakter działalności Odwołującego:

Działalność gospodarcza Odwołującego polega na realizacji wszystkich rodzajów prac budowlanych, od budowy autostrad i dróg krajowych, przez drogi wojewódzkie i powiatowe, złożone konstrukcje, modernizacje i remonty mostów, prace związane z obrzeżami dróg, budową nawierzchni, przedłużaniem torów i modernizacją skrzyżowań kolejowych. Działalność Odwołującego ma przy tym charakter międzynarodowy bowiem realizuje on opisane kategorie robót m. in. w Hiszpanii, Szwecji i Polsce. Zadania te w przeważającej mierze finansowane są ze środków publicznych, bo dotyczą realizacji inwestycji o charakterze użyteczności publicznej. W konsekwencji ich uzyskanie przez Odwołującego następuje w wyniku przeprowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

2) Konsekwencje prawne odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP:

W zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający w dniu 2 października 2023 r. odrzucił ofertę Odwołującego m. in. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP w zw. z art. 111 pkt 5 i 6 ustawy PZP. Zastosowanie przez Zamawiającego wskazanych podstaw prawnych wiąże się dla Odwołującego z bardzo dotkliwą karą, jaką jest brak możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia, co oznacza, że wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w europejskim rynku zamówień publicznych. Dopiero zastosowanie mechanizmów mających charakter wyjątku od reguły (procedury samooczyszczenia) pozwala mu na ponowny udział w tych postępowaniach. Odwołujący zauważył, że wspomniane przepisy ustawy PZP wywodzą się wprost z art. 57 ust. 4 i 7 Dyrektywy Klasycznej, do której wdrożenia zobowiązano wszystkie Państwa Członkowskie Unii Europejskiej. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, że Odwołujący nie będzie mógł ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego na obszarze całej Unii Europejskiej. W jego ocenie z uwagi na sankcyjny i globalny charakter rzeczonych przepisów ich zastosowanie w danej sprawie powinno nastąpić po dokładnym zweryfikowaniu stanu faktycznego i dokonaniu prawidłowej subsumpcji przepisów, a przy tym interpretacja tych przepisów nie powinna być dokonywana w sposób rozszerzający.

3) Uniemożliwienie Odwołującemu skorzystania z prawa do sądu:

Według Odwołującego decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP w zw. z art. 111 pkt 5 i 6 ustawy PZP (i) bez uzyskania od Odwołującego dodatkowych wyjaśnień (w reakcji na złożony donos), (ii) bez dogłębnej analizy wpływu działań i zaniechań Odwołującego na decyzje Zamawiającego w Postępowaniu, (iii) w sytuacji, gdy oferta Odwołującego na skutek wyroku musi zostać odrzucona również z innej

podstawy prawnej – skutkuje tym, że Odwołujący został pozbawiony prawa do sądu**,** zarówno w szerokim znaczeniu, polegającym na możliwości ustosunkowania się do twierdzeń podmiotu trzeciego, jak i sensu stricte poprzez uniemożliwienie zakwestionowania decyzji Zamawiającego przed Krajową Izbą Odwoławczą i Sądem Zamówień Publicznych z przyczyn o charakterze proceduralnym. Odwołujący uważa, że zważywszy na zasady państwa prawa oraz obowiązek ich respektowania trzeba uznać, że takie działanie Zamawiającego nie zasługuje na ochronę prawną i powinno być przedmiotem orzeczenia Izby, a nawet, jeżeli miałoby dojść do oddalenia odwołania, wypowiedzenie się przez Izbą w zakresie objętym odwołaniem będzie miało wpływ na interpretację norm objętych zarzutami odwołania, które może rzutować na sytuację Odwołującego, ale i na cały system zamówień publicznych. Natomiast opinia Izby w tym zakresie, wyrażona w ramach środków ochrony prawnej, które przysługują Odwołującemu, będzie też, na gruncie aksjologicznym, respektowała zasadę prawa do sądu, ponieważ nawet w razie oddalenia odwołania z uwagi na treść art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP Izba może zająć stanowisko co do meritum – w tym przypadku wypowiedzieć się o istnieniu lub braku podstaw do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP. Zdaniem Odwołującego nawet w sytuacji oddalenia odwołania, nie zostałby on pozbawiony prawa do sądu, zaś uznanie przez Izbę, że – chociażby w uzasadnieniu orzeczenia, niezależnie od jego sentencji – w sprawie nie zmaterializowały się przesłanki art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP pozwoli Odwołującemu uniknąć konsekwencji wynikających z art. 111 pkt 5 i 6 ustawy PZP. Odwołujący wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza orzekła już w podobnej sprawie, tj. w wyroku z dnia 25 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1911/16. Odwołujący zwrócił też uwagę na możliwość nadużywania przez Zamawiających przysługujących im kompetencji celem bezzasadnego eliminowania wykonawców z rynku. W opinii Odwołującego Zamawiający przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty Odwołującego na wzmiankowanej podstawie prawnej winien był zwrócić się do niego z wnioskiem o ustosunkowanie się do treści donosu złożonego przez konkurencję, ponieważ czynność o tak doniosłym charakterze nie powinna być podejmowana na podstawie domniemań, bez zachowania w tym względzie należytej staranności. Odwołujący podsumował, że w wyniku działań Zamawiającego może ponieść niepowetowaną szkodę związaną z okresem karencji na rynku zamówień publicznych. Zwrócił też uwagę na to, że art. 505 ust. 1 ustawy PZP w przeciwieństwie do art. 179 ust. 1 ustawy PZP z 2004 r. stanowi o interesie w uzyskaniu „zamówienia", a nie o interesie w uzyskaniu „danego zamówienia", z czego Odwołujący wywodzi, iż ma interes w uzyskania zamówienia w tym kontekście, że w przypadku unieważnienia postępowania, jego powtórzenia lub udzielenia zamówień podobnych przez tego samego Zamawiającego nie będzie mógł wziąć w nich udziału, w ujęciu globalnym będzie miał zaś zablokowany dostęp do zamówień udzielanych na terenie Unii Europejskiej.

W uzasadnieniu zarzutów nr 1 i 2 odwołania Konsorcjum ROVERPOL wskazało, że w pkt 8.6.2. „Instrukcji Dla Wykonawców" (dalej jako „IDW")Zamawiający wymagał, aby osoba wskazana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy posiadała 3 letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót w inwestycji o określonych w IDW parametrach. Na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w odniesieniu do Kierownika Budowy Odwołujący wskazał osobę Pana O.R., przypisując mu dwie inwestycje z następującym doświadczeniem: a) *„Połącznie drogowe między dzielnicami Strefy Północnej (Zona Norte) oraz wiaduktem Alcoi (Alicante) na terenie okręgu miejskiego Alcoi*" (dalej jako „zadanie Alicante") – od października 2014 r. do października 2015 r., b) „*Budowa południowej obwodnicy Badajoz. Odcinek 3*" (dalej jako „zadanie Badajoz") – od lipca 2018 r. do listopada 2021 r. Odwołujący podał, że u podstaw uznania przez Zamawiającego, że w stosunku do niego ziściły się przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP leży okres doświadczenia Pana Mont na drugiej inwestycji. W dniu 21 września 2023 r. (czyli na 1 dzień przed rozprawą w sprawie o sygn. akt KIO 2690/23) Konsorcjum ZRK – DOM skierowało do Zamawiającego pismo, do którego załączyło stanowisko przedstawiciela zamawiającego z Hiszpanii, w którym wskazało, że w toku zadania Badajoz okres faktycznego nabywania doświadczenia Pana Mont trwał od lipca 2018 r. do maja 2019 r. Odwołujący wskazał, że okres pełnienia funkcji w ramach zadania Badajoz wpisany do Wykazu osób i potwierdzony w toku procedury wyjaśniającej nie był podyktowany poświadczeniem przez Odwołującego nieprawdy, ale skutkiem odmienności w traktowaniu funkcji technicznych, ponieważ pomiędzy Polską a Hiszpanią zachodzą w tej materii istotne różnice. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że powód, w tym wspomniane różnice w sposobie pełnienia funkcji w inwestycjach infrastrukturalnych, jest okolicznością pozbawioną znaczenia. Zdaniem Odwołującego Pan Mont posiada wymagane przez Zamawiającego 3-letnie doświadczenie, które zdobył na zadaniu Alicante i zadaniu Badajoz, bo nawet jeśli przyjąć, że w ramach zadania Badajoz pełnił on funkcję rzeczywiście od lipca 2018 r. do maja 2019 r., to faktyczny okres nabywania doświadczenia w ramach zadania Alicante jest znacznie dłuższy niż ten podany w Wykazie. I tak długo, jak z Wykazu wynikało spełnienie przez Konsorcjum ROVERPOL warunków udziału w postępowaniu, okoliczność ta nie miała znaczenia. Odwołujący podkreślił, że Pan Mont posiada niezbędne doświadczenie, zatem ewentualne podanie błędnego okresu nabywania doświadczenia w ramach zadania Badajoz nie mogło mieć jakiegokolwiek wpływu na decyzje Zamawiającego w postępowaniu, nie zachodzą więc przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP.

W dalszej części uzasadnienia zarzutów odnoszących się do bezzasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania podał on, że Zamawiający jako jedną z podstaw odrzucenia oferty Odwołującego wskazał przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP. Zgodnie z dyspozycją tych przepisów, aby możliwe i uzasadnione było wykluczenie wykonawcy z postępowania, niezbędne jest ziszczenie się łącznie następujących przesłanek:

- wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd,

- informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego,

- do przedstawienia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji doszło na skutek lekkomyślności lub niedbalstwa albo zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Skorzystanie przez Zamawiającego z dyspozycji tych przepisów ustawy PZP wymaga więc uprzedniego ziszczenia się wszystkich wymienionych okoliczności.

W ocenie Odwołującego decyzja w zakresie odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP powinna być rozważna, przemyślana i należycie uzasadniona – z uwzględnieniem literalnej treści przepisów. Innymi słowy Zamawiający powinien być w stanie wykazać, że w danej sprawie ziściły się wszelkie wymagane przesłanki uprawniające go do zgodnego z prawem działania, polegającego na podjęciu czynności odrzucenia oferty. W tej sprawie taka weryfikacja nie miała miejsca, a w konsekwencji Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie wskazanych przepisów ustawy PZP. Zarazem Odwołujący podkreślił, że zarówno art. 109 ust. 1 pkt 8, jak i pkt 10 ustawy PZP wskazuje na „istotny wpływ na decyzję podejmowane przez zamawiającego". Wbrew ocenie Zamawiającego zawartej w piśmie z dnia 2 października 2023 r. informacje przekazywane przez Odwołującego w odniesieniu do doświadczenia Pana Mont pozostały bez żadnego wpływu na podejmowane przez Zamawiającego. Odwołujący zwrócił uwagę, że Pan Mont posiada minimum 3-letnie doświadczenie zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego, co więcej doświadczenie to zostało zdobyte w ramach zadań wskazanych w Wykazie osób – zadanie Alicante i zadanie Badajoz. W ramach zadania Alicante Pan Mont nabył faktycznie nie 13 miesięcy doświadczenia, lecz 38 miesięcy od września 2012 r. do października 2015 r., co potwierdza przetłumaczone pismo z Dyrekcji Generalnej ds. Infrastruktury i Projektów Miejskich z dnia 3 października 2023 r. Oznacza to, że w toku zadania Badajoz Pan Mont nabył 11 miesięcy doświadczenia, to wraz z doświadczeniem z zadania Alicante posiada łącznie 49 miesięcy. W ocenie Odwołującego nie sposób więc mówić o jakimkolwiek kłamstwie czy nieprawdziwej informacji – Pan Mont spełniał i spełnia wymagania Zamawiającego. Odwołujący uważa, że jeśli zatem Zamawiający chce rzeczywiście ustalić prawdę, a nie bazować na wybiórczo prezentowanych przez Konsorcjum ZRK – DOM informacjach, to bezspornie powinien wziąć pod uwagę również faktycznie nabyte doświadczenie w ramach zadania Alicante. Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że powody, dla których Konsorcjum ROVERPOL przypisało Panu Mont w ramach zadania Alicante doświadczenie krótsze niż faktycznie nabyte, to jest to pozbawione znaczenia. Jeśli celem Zamawiającego jest bazowanie na rzetelnych informacjach dotyczących doświadczenia Pana Mont, to Zamawiający nie ma prawa zignorować przedłożonego przez Odwołującego dowodu w zakresie doświadczenia z zadania Alicante - w przeciwnym wypadku zdaniem Odwołującego doszłoby do wybitnie wybiórczego, sprzecznego z zasadą równego traktowania wykonawców, działania Zamawiającego.

Konsorcjum ROVERPOL wskazało, że podobne przypadki, bazujące na zidentyfikowaniu przez zamawiającego niezgodnej z prawdą informacji, lecz nieskutkujące w kontekście ostatecznej oceny spełnienia warunku, były już przedmiotem orzekania Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 2535/20 (wyrok z dnia 30 października 2020 r.), Sądu Okręgowego w Katowicach w sprawie o sygn. akt XIX Ga 953/19 (wyrok z dnia 13 września 2019 r.) i Sądu Okręgowego w Warszawie w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 123/21 (wyrok z dnia 16 grudnia 2021 r.). Obydwa wyroki sądowe zapadły na gruncie analogicznych spraw, w których wykonawca wskazał wadliwe informacje dotyczące członków personelu badanego w ramach warunków udziału, lecz nie wpływało to ostatecznie na ocenę spełnienia przez taką osobę wymagań zamawiającego. W obu przypadkach Sądy stwierdzały, że wykluczenie wykonawcy z uwagi na rzekome wprowadzenie w błąd jest niezasadne. Według poglądu Odwołującego niezbędne jest przeprowadzenie swoistego testu i porównanie decyzji, jaką podjąłby Zamawiający mając prawdziwe informacje z tą, jaką podjął informacji tych nie mając. Dopiero wtedy, gdy okaże się, że decyzja ta byłaby inna, można mówić o wprowadzeniu zamawiającego w błąd. Odwołujący zilustrował wyniki takiego „testu" w odniesieniu do swojej sytuacji zaistniałej w postępowaniu:

Doświadczenie Pana Romeu Mont

Wskazane w wykazie osób	Faktyczne (wynikające z pism od zamawiających)

Zadanie Alicante – 13 miesięcy	Zadanie Alicante – 38 miesięcy
Zadanie Badajoz – 41 miesięcy	Zadania Badajoz – 11 miesięcy
Łącznie – 52 miesiące	Łącznie – 49 miesięcy

Wynik z perspektywy warunku udziału (3 lata doświadczenia)

Spełnia Spełnia

Odwołujący uważa więc, że nie wprowadził Zamawiającego w błąd i stwierdził, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, aby zasadnym było odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP, albowiem Zamawiający nie wykazał, aby spełniły się kumulatywnie warunki określone w tym przepisie, tj. że informacje przekazane przez Odwołującego miały istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje (nie miały) oraz, że były zafałszowane w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (nie były, wskazane inwestycje potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu). Odwołujący podniósł również, że gdyby Zamawiający zwrócił się do niego z prośbą o ustosunkowanie się do donosu złożonego w postępowaniu**,** to uzyskałby informacje z których wynika, że Pan Mont spełnia warunki udziału w tym postępowaniu i to bez konieczności modyfikacji treści Wykazu osób. Zamawiający w związku z prowadzeniem postępowania powinien każdorazowo zmierzać do wszechstronnego wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy – co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca. Natomiast Zamawiający bezrefleksyjnie przekopiował informacje przekazane mu przez konkurenta do treści pisma z dnia 2 października 2023 r. uznając ją tym samym za informację pewną i nie budzącą żadnych wątpliwości, a ponadto – bez przeprowadzenia jakiejkolwiek analizy – Zamawiający stwierdził, iż przekazane mu w ten sposób informacje potwierdzają, że Odwołujący wprowadził go w błąd do tego stopnia, że miało to wpływ na podejmowane przez niego w postępowaniu decyzje. Odwołujący uważa, że Zamawiający zarzucając Odwołującemu brak należytej staranności sam tej należytej staranności nie dochowuje, albowiem bez żadnego krytycyzmu przyjmuje przekazane mu informacje, bez ich dodatkowej weryfikacji u źródła, a następnie bez namysłu podejmuje decyzje, które mają wpływ na globalną działalność Odwołującego, tj. na prośbę konkurenta Odwołującego Zamawiający wyklucza go z udziału w polskim i europejskim rynku zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego takie działanie nie zasługuje nawet na cząstkową ochronę prawną – a tym bardziej na uznanie opisanych czynności Zamawiającego za zgodne z prawem.

Uzasadniając zarzut nr 3 odwołania Konsorcjum ROVERPOL podało, że z treści art. 552 ust. 2 ustawy PZP wynika, że Zamawiający jest zobowiązany, w przypadku braku wniesienia sprzeciwu przez uczestnika postępowania przystępującego po jego stronie, do wykonania tych czynności, które są wymienione w odwołaniu. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie może rozszerzać swojego działania ponad to, co jest zawarte w odwołaniu, co uzasadnił tym, że w toku postępowania odwoławczego jego uczestnik (po stronie Zamawiającego) może zapoznać się z treścią wszystkich argumentów podniesionych w postępowaniu odwoławczym przed Izbą i na tej podstawie ocenić, czy jest zasadne wniesienie ewentualnego sprzeciwu. Zdaniem Odwołującego stanowi to przejaw prawa do sądu i jest jego najpełniejszą realizacją poprzez umożliwienie zainteresowanemu wynikiem sprawy bezpośredniego udziału w postępowaniu. Natomiast przyjęcie odmiennej wykładni przeczyłoby celowi przepisu i prowadziłoby do aberracji opisanych w odwołaniu., tj. że uczestnik postępowania nie miałby możliwości ochrony swojego interesu bowiem od strony formalnej wyczerpałby przysługujące mu środki ochrony prawnej w kontekście art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Taka optyka i rozumienie tego przepisu nie zasługuje na uwzględnienie tak samo jak aprobata dla działań Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący zaznaczył, że w niektórych przypadkach czynność Zamawiającego może różnić się od treści wniosków odwołania, co dzieje się wówczas, gdy literalne zastosowanie się do treści wniosków nie gwarantuje prawidłowości czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu zarzutu ewentualnego nr 4 odwołania Konsorcjum ROVERPOL wskazało, że w stanie faktycznym i prawnym tej sprawy Zamawiający na skutek donosu złożonego w dniu 21 września 2023 r. przez konkurenta Odwołującego był co najmniej zobowiązany, przed podjęciem dalszych czynności, do wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, które pozwalałoby na ustosunkowanie się do twierdzeń donosiciela. Konsorcjum ROVERPOL złożyło oświadczenie dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym personelu. Treść tego oświadczenia została zakwestionowana przez Konsorcjum ZRK – DOM. Zważywszy na literalną treść art. 128 ust. 4 ustawy PZP oraz jego charakter w systemie zamówień publicznych, Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do ustosunkowania się co do treści donosu sporządzonego przez konkurenta, podważającego to oświadczenie. Skoro Zamawiający zaniechał tej czynności, do czego zdaniem Odwołującego był zobowiązany, to tym samym naruszył przepisy ustawy PZP, a w dalszej konsekwencji wyeliminował Odwołującego z rynku zamówień publicznych na podstawie donosu konkurenta.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron wyrażone w złożonych pismach oraz ustnie w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z negatywnych przesłanek wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że choć w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP Odwołujący może ponieść szkodę, to jednakże niewypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Przez nteres w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć samą możliwość pozyskania zamówienia. Zatem wykonawca, którego Zamawiający na skutek swojej wadliwej i niezgodnej z przepisami prawa decyzji pozbawia możliwości uzyskania zamówienia publicznego posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Nie budzi większych wątpliwości w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Zamówień Publicznych, że interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP, trzeba interpretować w sposób szeroki, jako odnoszący się nie tylko do uzyskania zamówienia w konkretnie prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale do możliwości pozyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, niezależnie od tego, w jakim postępowaniu zostanie ono wykonawcy udzielone. Zatem interes w uzyskaniu zamówienia powinien być rozumiany ekstensywnie, jednolicie, niezależnie od okoliczności konkretnej sprawy, zarzutów zawartych w odwołaniu oraz żądań co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania. W niniejszej sprawie Odwołujący swój interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy PZP wywodzi z faktu, że w razieunieważnienia postępowania, jego powtórzenia lub udzielenia zamówień podobnych przez tego samego Zamawiającego nie będzie mógł wziąć w nich udziału z powodu bezzasadnego wykluczenia go na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP w zw. z art. 111 ust 5 i 6 ustawy PZP, a w konsekwencji zostanie on pozbawiony na 2 lata dostępu do rynku zamówień publicznych na obszarze Unii Europejskiej.

Z uzasadnienia odwołania i stanowiska prezentowanego przez Odwołującego na posiedzeniu wybrzmiewa, że Odwołujący – skoro pogodził się z uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutów odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2690/23 wycofując swój sprzeciw wobec tej czynności Zamawiającego, co w konsekwencji doprowadziło do prawomocnego odrzucenia jego oferty z postępowania – ma świadomość, iż nie uzyska już przedmiotowego zamówienia i nie ubiega się już o nie. Odwołującego, który swoje uprawnienie do wniesienia odwołania w tym postępowaniu wywodzi z ogólnie rozumianego „prawa do sądu", interesuje jedynie merytoryczne stanowisko Izby w przedmiocie zarzutów przedstawionych w odwołaniu, nawet jeśli samo odwołanie zostałoby przez Izbę oddalone z uwagi na (ewentualny) brak wpływu naruszenia przepisów ustawy PZP na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba podkreśla, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy w danym postępowaniu, jeśli wykonawca dąży do pozyskania danego zamówienia. Natomiast z zachowania i oświadczeń składanych przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego wynika, że zaakceptował on już decyzję Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty, natomiast nie godzi się tylko z wykluczeniem go z postępowania na podstawie przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP. Nie jest on zatem zainteresowany pozyskaniem przedmiotowego zamówienia, tylko nie podobają mu się konsekwencje prawne wykluczenia go z postępowania przez Zamawiającego, co nastąpiło po cofnięciu sprzeciwu w sprawie o sygn. akt KIO 2690/23. W tej sytuacji nie ma podstaw do uznania, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a tym samym, że jest on podmiotem, któremu ustawa PZP przyznaje możliwość kwestionowania czynności i zaniechań instytucji zamawiającej poprzez wnoszenie środków ochrony prawnej. Jednakże zważywszy na nietypowość stanu faktycznego niniejszej sprawy Izba odniesie się w skrócie do zarzutów Odwołującego podniesionych w jego odwołaniu w dalszej części uzasadnienia wyroku.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca – ani po stronie Zamawiającego, ani po stronie Odwołującego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia
w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia,
a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony postępowania, jak również uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 października 2023 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej, w tym z załączonego do odwołania pisma z dnia 3 października 2023 r. wraz z tłumaczeniem przysięgłym.

Jednocześnie Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający, którym są PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Powiat Miński i Miasto Sulejówek, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„roboty budowlane dla zadania inwestycyjnego "Budowa tunelu drogowego w km 21.050 linii kolejowej nr 2 Warszawa Zachodnia – Terespol na skrzyżowaniu z drogą powiatową nr 2284W w mieście Sulejówek".*

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 grudnia 2022 r., pod numerem 2022/S 250-729975.

Zgodnie z pkt 2.1 SWZ przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót dla rozbudowy drogi powiatowej nr 2284W wraz z budową tunelu drogowego w ciągu DP2284W. Zadanie obejmuje rozbiórkę istniejącego przejazdu w km 21,049 linii kolejowej nr 2 oraz rozbudowę układu drogowego dowiązującego się do projektowanego tunelu. Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia przedstawiony został w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWIORB) stanowiących Tom III SWZ, Przedmiarze Robót stanowiącym Tom IV SWZ oraz Części opisowej rysunkowej Dokumentacji Projektowej, stanowiącej Tom V SWZ.

Zgodnie z pkt 8.2.4 SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają m. in. warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. W myśl pkt 8.6.2 SWZ w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.4 wymagane jest wykazanie przez wykonawcę dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym:

Kierownik Budowy – 1 osoba

Uprawnienia (kwalifikacje zawodowe)	uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej mostowej
Doświadczenie	- w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert przez co najmniej 3 (trzy) lata pełnił funkcję Kierownika Budowy lub Kierownika robót (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) w specjalności inżynieryjnej mostowej na zadaniu polegającym na budowie obiektu inżynierskiego drogowego lub kolejowego typu: wiadukt lub most lub tunel lub estakada o wartości co najmniej 10 000 000 zł 00 gr netto

Przez uprawnienia budowlane Zamawiający rozumie uprawnienia budowlane, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2021 r., poz. 2351, ze zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa lub odpowiednich przepisów obowiązujących na terenie kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, uznanych przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2021 r., poz. 1646).

W przypadku osób, które są obywatelami państw członkowskich Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej oraz państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym (w rozumieniu art. 4a ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (Dz. U. z 2019 r., poz. 1117) osoby wyznaczone do realizacji zamówienia posiadają uprawnienia budowlane, jeżeli:

- nabyły kwalifikacje zawodowe do wykonywania działalności w budownictwie, równoznacznej wykonywaniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, odpowiadające posiadaniu uprawnień budowlanych, oraz

- posiadają odpowiednią decyzję o uznaniu kwalifikacji zawodowych lub w przypadku braku decyzji o uznaniu kwalifikacji zawodowych zostały spełnione w stosunku do tych osób wymagania, o których mowa w art. 20a ust. 2-6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (Dz. U. z 2019 r., poz. 1117),

dotyczące świadczenia usług transgranicznych.

Stosownie do art. 12 ust. 7 ustawy – Prawo budowlane, podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie stanowi m. in. wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, potwierdzony zaświadczeniem wydanym przez tę izbę. Zgodnie z art. 12a ustawy, samodzielne funkcje techniczne w budownictwie mogą również wykonywać osoby, których odpowiednie kwalifikacje zawodowe zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych.

Ocena spełniania wskazanego w pkt 8.6.2 SWZ warunku nastąpi na podstawie przedstawionych przez wykonawcę dokumentów, o których mowa w pkt 9 SWZ.

W pkt 9.6.4 SWZ określone zostały dokumenty i oświadczenia wymagane od wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. w odniesieniu do warunku udziału określonego w pkt 8.6.2 SWZ Wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji Zamówienia w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez te osoby czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 8 do SWZ).

Konsorcjum ROVERPOL załączyło do swojej oferty Wykaz osób według wzoru z Załącznika nr 8 do SWZ, w którym podało m. in. następujące informacje:

1) w odniesieniu do zadania Alicante:

- imię i nazwisko osoby: O.R.

- podmiot na rzecz którego usługi lub roboty budowlane były wykonane: Autonomiczny Rząd Walencji, Prowincja Alicante, Rada budownictwa mieszkaniowego, robót publicznych i restrukturyzacji gruntów Ministerstwa Rządu Wspólnoty Autonomicznej

- okres trwania wykonanej usługi lub roboty budowlanej: październik 2014 r. – października 2015 r. (13 miesięcy)

- zajmowane stanowisko w czasie wykonania usługi lub roboty budowlanej: kierownik budowy

- opis doświadczenia w poszczególnych okresach potwierdzający spełnianie warunków poszczególnych wykonanych usług lub/i robót budowlanych: połączenie drogowe między dzielnicami Strefy Północnej (Zona Norte) oraz wiaduktem Alcoi (Alicante), na terenie okręgu miejskiego Alcoi, Prowincja Alicante, inwestycja obejmowała swoim zakresem budowę wiaduktu drogowego o całkowitej długość pomiędzy osiami przyczółków 426 m, podzielona na osiem przęseł o długościach w świetle 41 + 63 + 63 + 57 + 60 + 60 + 45 + 37 m; całkowita wartość kontraktu: 31 168 887 zł 32 gr netto (kurs z dnia 1 grudnia 2022 r.), 1 EURO = 4,6892 PLN,
6 646 952,00 EURO netto, w tym wartość budowy obiektu inżynierskiego drogowego typu: wiadukt 22 028 257 zł 89 gr netto, 4 697 658,00 EURO netto,

2) w odniesieniu do zadania Badajoz:

- imię i nazwisko osoby: O.R.

- podmiot na rzecz którego usługi lub roboty budowlane były wykonane: Regionalny Rząd Ekstremadury, Departament Mobilności, Transportu i Mieszkalnictwa

- okres trwania wykonanej usługi lub roboty budowlanej: lipiec 2018 r. – listopad 2021 r. (41 miesięcy)

- zajmowane stanowisko w czasie wykonania usługi lub roboty budowlanej: kierownik budowy

- opis doświadczenia w poszczególnych okresach potwierdzający spełnianie warunków poszczególnych wykonanych usług lub/i robót budowlanych: budowa południowej obwodnicy Badajoz, Odcinek 3, Inwestycja obejmuje swoim zakresem budowę drogi klasy GP o długości 1,40 km, most na rzece Guadiana o łącznej długości 420 m składający się z przęseł o długości od 24,0m do 32,1m, całkowita wartość kontraktu: 70 296 191 zł 09 gr netto (kurs z dnia 1 grudnia 2022 r.), 1 EURO = 4,6892 PLN, 14 991 084,00 EURO netto, w tym wartość budowy obiektu inżynierskiego drogowego typu: most 37 400 595 zł 72 gr netto, 7 975 901,16 EURO netto,

3) w odniesieniu do obydwu zadań, na których funkcję kierownika budowy pełnił O.R.:

- wymagane uprawnienia: posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej mostowej, wpisany na listę członków MOIIB świadczących usługi transgraniczne na terytorium RP pod nr ewid. MAZ/TR/0024/23, posiada wykształcenie wyższe tytuł Inżyniera Dróg, Kanałów i Portów, posiada legitymację zawodową numer 24.657, zrzeszony w Izbie Inżynierów Budownictwa Drogowego, Kanałów i Portów od dnia 20 kwietnia 2007 r., jest upoważniony do wykonywania zawodu Inżyniera Budownictwa Drogowego, Kanałów i Portów,

- stanowisko, na które osoba jest proponowana: kierownik budowy,

- podstawa dysponowania: dysponowanie bezpośrednie – umowa o pracę.

W dniu 22 sierpnia 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy PZPwezwał Konsorcjum ROVERPOL do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych w następującym zakresie:

1. Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 8.6.2 SWZ, tabela, lp. 2 SWZ wykonawca przedstawił Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, w tym w pozycji 2 Wykazu przedstawił doświadczenie osoby zaproponowanej na stanowisko Kierownika Budowy. Na potwierdzenie spełnienia wymaganego doświadczenia przez ww. osobę, wykonawca w poz. 1 Wykazu wskazał inwestycję: *Połączenie drogowe między dzielnicami Strefy Północnej (Zona Norte) oraz wiaduktem Alcoi (Alicante), na terenie okręgu miejskiego Alcoi, prowincja Alicante,* polegającą na budowie wiaduktu drogowego, wykazując doświadczenie Pana O.R. na stanowisku Kierownika Budowy na tej inwestycji w okresie: od października 2014 r. do października 2015 r. Z ogólnodostępnych informacji ze stron internetowych dotyczących tej inwestycji wynika, że wiadukt został oddany do użytku w styczniu 2014 r. i w tym roku zakończyła się przedmiotowa inwestycja – w związku z tym Zamawiający wezwał do wyjaśnienia, na jakiej podstawie wykonawca wskazał daty od października 2014 r. do października 2015 r., jako daty pełnienia funkcji Kierownika Budowy przez p.O. na wskazanej inwestycji?

2. Na potwierdzenie spełnienia wymaganego doświadczenia przez ww. osobę wykonawca w poz. 2 Wykazu wskazał inwestycję: *Budowa południowej obwodnicy Badajoz. Odcinek 3,*polegającą na budowie mostu na rzece Guadiana, wykazując doświadczenie Pana O.R. na stanowisku Kierownika Budowy na tej inwestycji w okresie: od lipca 2018 r. do listopada 2021 r. Z ogólnodostępnych informacji ze stron internetowych dotyczących tej inwestycji wynika, że inwestycja ta trwała okresie od sierpnia 2019 r. do lipca 2021 r. – w związku z tym Zamawiający wezwał do wyjaśnienia, na jakiej podstawie wykonawca wskazał daty od lipca 2018 r. do listopada 2021 r., jako daty pełnienia funkcji Kierownika Budowy przez p.O. na wskazanej inwestycji?

W dniu 23 sierpnia 2023 r. Konsorcjum ROVERPOL wyjaśniło Zamawiającemu, że rozbieżności pomiędzy datami trwania Inwestycji a datami pełnienia przez Pana O.R. funkcji kierownika budowy wynikają z błędnego przyjęcia przez Zamawiającego okresów trwania Inwestycji. Inwestycja pn.*„Połączenie drogowe między dzielnicami Strefy Północnej (Zona Norte) oraz wiaduktem Alcoi (Alicante), na terenie okręgu miejskiego Alcoi, prowincja Alicante”*była realizowana w okresie od 21 października 2011 r. do 17 października 2015 r., w związku z czym podany okres pełnienia funkcji kierownika budowy przez Pana O.R. (od października 2014 r. do października 2015 r.) wynika stąd, że w tym okresie Pan O.R. pełnił funkcje kierownika budowy. Inwestycja pn.*„Obwodnica Południowa w Badajoz, Odcinek III: EX107 do Terenu Targów. Pakiet 1: EX-107 (km 8+300) – km 9+700”,* była realizowana w okresie od lipca 2018 r. do listopada 2021 r., w związku z czym podany okres pełnienia funkcji kierownika budowy (od lipca 2018 r. do listopada 2021 r.) wynika stąd, że w tym okresie Pan O.R. pełnił funkcje kierownika budowy. Do swoich wyjaśnień Konsorcjum ROVERPOL załączyło referencje dla obydwu inwestycji.

W dniu 31 sierpnia 2023 r. Zamawiający dokonał po raz pierwszy wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu, za którą uznał ofertę Konsorcjum ROVERPOL.

Następnie w dniu 11 września 2023 r. wykonawca sklasyfikowany jako drugi w rankingu ofert – Konsorcjum ZRK – DOM wniósł odwołanie wobec zaniechań Zamawiającego polegających na:

1) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum ROVERPOL mimo, iż wykonawca ten wezwany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, złożył wyjaśnienia, które nie odpowiadały treści wezwania, tj. wyjaśnienia lakoniczne i niespójne, a przedstawione dowody był sprzeczne wzajemnie ze sobą, co w efekcie należało uznać za równoznaczne z brakiem złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny,

2) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum ROVERPOL mimo, iż zawiera ona cenę, której istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ,

3) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum ROVERPOL mimo, iż jest niezgodna z warunkami zamówienia,

4) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum ROVERPOL mimo, iż stanowi ona czyn nieuczciwej konkurencji.

Konsorcjum ZRK – DOM zarzuciło Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 224 ust. 6 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum ROVERPOL pomimo braku wykazania przez tego wykonawcę, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a złożone przez Konsorcjum ROVERPOL na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia nie zawierały wiarygodnych dowodów, a przedstawione zestawienia wzajemnie się wykluczały, co w istocie winno zostać potraktowane jako brak złożenia przez Konsorcjum

ROVERPOL wyjaśnień rażąco niskiej ceny istotnych części składowych oferty, a w konsekwencji winno skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum ROVERPOL jako zawierającej rażąco niską cenę,

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum ROVERPOL pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w zakresie istotnych części składowych mających wpływ na cenę całej oferty Konsorcjum ROVERPOL i możliwość zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego,

3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, tj. złożenie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia poprzez zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia w sposób odmienny lub też nie uwzględniający pełnego zakresu prac koniecznych do wykonania zamówienia w stosunku do wymagań opisanych przez Zamawiającego w dokumentach postępowania, w szczególności w odniesieniu do pozycji dotyczących ścian szczelinowych oraz pali jet-grouting,

4) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ROVERPOL pomimo, iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulacji cenami jednostkowymi, tj. w szczególności polegającego na znacznym zaniżeniu ceny za niektóre spośród asortymentów robót koniecznych do wykonania.

W konsekwencji zarzutów przedstawionych w odwołaniu Konsorcjum ZRK – DOM wniosło o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 31 sierpnia 2023 r. dotyczącej wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum ROVERPOL i odrzucenia oferty tego Konsorcjum jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji oraz złożoną niezgodnie z warunkami określonymi w SWZ, a także przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Następnie w dniu 18 września 2023 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie złożone w sprawie o sygn. akt KIO 2690/23, a po otrzymaniu rozstrzygnięcia Izby w tej sprawie wykona czynności wskazane w żądaniach odwołania. Przed posiedzeniem niejawnym w dniu 22 września 2023 r. Konsorcjum ROVERPOL wniosło sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania, które później na rozprawie wycofało. W konsekwencji Izba w dniu 27 września 2023 r. wydała wyrok w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 2690/23 i KIO 2691/23, w którym w pkt 1 umorzyła postępowanie w sprawie o sygn. akt KIO 2690/23 i nakazała zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego – KONSORCJUM ZRK – DOM kwoty 20 000 zł 00 gr uiszczonej tytułem wpisu o odwołania.

Dzień przed posiedzeniem niejawnym i rozprawą przed Izbą w sprawie o sygn. akt KIO 2690/23 Konsorcjum ZRK – DOM pismem z dnia 21 września 2023 r. poinformowało Zamawiającego o dalszych nieprawidłowościach w ofercie złożonej przez Konsorcjum ROVERPOL, tj. że wbrew informacjom zawartym w Wykazie osób załączonym do oferty przez Konsorcjum ROVERPOL Pan O.R. na zadaniu Badajoz działał nie jako Dyrektor Budowy tylko jako Kierownik Budowy w okresie od lipca 2018 r. do maja 2019 r., na dowód załączyło pismo z dnia 20 września 2023 r. pochodzące od Kierownika Działu Projektów i Budowy Mostów w Departamencie Mobilności, Transportu i Mieszkalnictwa Regionalnego Rządu Estremadury wraz z tłumaczeniem na język polski przez biegłego przysięgłego tłumacza języka hiszpańskiego. Konsorcjum ZRK – DOM podało, że informacje podane przez Konsorcjum ROVERPOL zarówno w Wykazie osób, jak i w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Zamawiającego, wprowadziły Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co wywołało u Zamawiającego mylne przeświadczenie o posiadaniu przez Pana O.R. minimum 3 lat doświadczenia na stanowisku Kierownika Budowy, a w konsekwencji zostało uznane, iż Konsorcjum ROVERPOL spełnia warunek udziału w postępowaniu. Konsorcjum ZRK – DOM wskazało również, że wobec ujawnionych informacji sumaryczne doświadczenie dwóch zadań wskazanych w Wykazie osób dla Pana O.R. wynosi 23 miesiące, a nie jak podało i potwierdziło w dokumentach postępowania Konsorcjum ROVERPOL 54 miesiące. Konsorcjum ZRK – DOM zwróciło też uwagę na to, że z dokumentów postępowania wynika, że Konsorcjum ROVERPOL przedłożyło oświadczenie o samooczyszczeniu w trybie art. 110 ust. 2 ustawy PZP, które było rezultatem wykluczenia Konsorcjum ROVERPOL z dwóch postępować przetargowych na skutek wydanych przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroków w sprawach pod sygn. akt KIO 1319/21 oraz KIO 1219/21. Z informacji zawartych w tym dokumencie wynika, że sprawy te dotyczyły wprowadzenia zamawiających w błąd co do doświadczenia personelu wskazanego przez Konsorcjum ROVERPOL, a wymaganego na potwierdzenie spełnienia warunków. Wobec tego Konsorcjum ZRK – DOM skwitowało, że opisane przez Konsorcjum ROVERPOL procedury mające na celu przeciwdziałanie w przyszłości tego typu sytuacjom nie zostały wdrożone skutecznie i w ocenie tego wykonawcy przesłane informacje powinny skutkować w takiej sytuacji wykluczeniem Konsorcjum ROVERPOL z postępowania i odrzuceniem jego oferty.

Następnie w dniu 2 października 2023 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności z dnia 31 sierpnia 2023 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu złożonej przez Konsorcjum

ROVERPOL oraz o pozostawieniu w mocy dokonanych w dniu 31 sierpnia 2023 r. pozostałych czynności dotyczących odrzucenia ofert. Jednocześnie Zamawiającyopublikował na stronie postępowania informację o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez Konsorcjum ZRK – DOM. W piśmie zawierającym informację o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający zamieścił też informację o odrzuceniu oferty Konsorcjum ROVERPOL na podstawie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia poprzez zaoferowanie wykonania pali jet-grouting w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego,

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP, gdyż udzielone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny i tym samym wykonawca nie wykazał, że złożona prze niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w zakresie istotnej części składowej zamówienia,

3) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż oferta wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

4) jak również Konsorcjum ROVERPOL podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 111 ust. 5 i 6 ustawy PZP, a w konsekwencji oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy PZP, gdyż została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania oraz niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu faktycznym decyzji o odrzuceniu oferty Konsorcjum ROVERPOL na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy PZP Zamawiający podał, żew punkcie 8.6.2 IDW wskazał wymagania w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Kierownika Budowy, która powinna posiadać następujące doświadczenie:

„w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert przez co najmniej 3 (trzy) lata pełnił funkcję Kierownika Budowy lub Kierownika robót (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) w specjalności inżynieryjnej mostowej na zadaniu polegającym na budowie obiektu inżynierskiego drogowego lub kolejowego typu: wiadukt lub most lub tunel lub estakada o wartości co najmniej 10 000 000, 00 PLN netto".

Konsorcjum ROVERPOL na potwierdzenie spełnienia wymaganego doświadczenia wskazanego w punkcie 8.6.2 IDW dla osoby zaproponowanej na stanowisko Kierownika Budowy, w poz. 2 Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia wskazało inwestycję: *Budowa południowej obwodnicy Badajoz. Odcinek 3,*polegającą na budowie mostu na rzece Guadiana, wykazując doświadczenie Pana O.R. na stanowisku Kierownika Budowy na tej inwestycji w okresie od lipca 2018 r. do listopada 2021 r. Zamawiający pismem z dnia 22 sierpnia 2023 r. wezwał wykonawcę w trybie art. 128 ust. 4 ustawy PZP do złożenia wyjaśnień w kwestii wątpliwości Zamawiającego co do okresu wykazanego doświadczenia tej osoby na stanowisku Kierownika Budowy. W odpowiedzi na wezwanie pismem z dnia 23 sierpnia 2023 r. wykonawca wyjaśnił: *Inwestycja pn. „Obwodnica Południowa w Badajoz, Odcinek III: EX107 do Terenu Targów. Pakiet 1: EX-1O7 (km 8+300) - km 9+700", była realizowana w okresie od lipca 2018 do listopada 2021, w związku z czym podany okres pełnienia funkcji kierownika budowy (od lipca 2018 do listopada 2021) wynika stąd, że w tym okresie Pan O.R. pełnił funkcje kierownika budowy.* Zamawiający wskazał, że jest w posiadaniu pisma z dnia 20 września 2023 r. podpisanego przez Kierownika Działu Projektów i Budowy Dróg w Departamencie Infrastruktury, Transportu i Mieszkań w Dyrekcji Generalnej Infrastruktur Różnych Rządu Estremadury (wraz z tłumaczeniem na język polski przez biegłego przysięgłego tłumacza języka hiszpańskiego), tj. przez tą samą osobę, która podpisała referencję dotyczącą tego kontraktu przedstawioną przez wykonawcę jako załącznik do wyjaśnień z dnia 23 sierpnia 2023 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 22 sierpnia 2023 r., który potwierdził, iż: *„W odpowiedzi na Pana wniosek mający na celu weryfikację informacji odnoszącej się do zadania Runda Południe w Badajoz, Odcinek III: EX107 do Terenów Targowych. Część 1: EX-107 (P.K. 8+300) - P.K. 9+700, usytuowanego w obrębie gminy Badajoz, w prowincji Badajoz, i pytanie czy Pan O.R. działał jako Dyrektor Budowy informuję, iż nie działał jako Dyrektor Budowy, tylko jako Kierownik Budowy, od lipca 2018 r. do maja 2019 r.".* W ocenie Zamawiającego wynika z tego, że informacje podane przez Konsorcjum ROVERPOL dwukrotnie zarówno w Wykazie osób stanowiącym załącznik nr 8 do IDW, jak również w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Zamawiającego, wprowadziły Zamawiającego w błąd co do spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, co wywołało u Zamawiającego mylne przeświadczenie o posiadaniu przez osobę wskazaną na stanowisko Kierownika Budowy minimum 3 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy, a w konsekwencji uznanie, iż wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający uzasadnił, że w sytuacji, w której osoba wskazana przez wykonawcę na stanowisko Kierownika Budowy rzeczywiście pełniła tą funkcję na wskazanym kontrakcie jedynie w okresie od lipca 2018 r. do maja 2019 r., a nie jak wskazał wykonawca do listopada 2021 r., to nieprawidłowa informacja podana przez wykonawcę doprowadziła Zamawiającego do błędnego uznania, że spełniony został omawiany warunek udziału w postępowaniu, co doprowadziło do wyboru jego oferty jako

najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. Okoliczność ta jest niewątpliwie na tyle istotna, że miała wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Zamawiający wskazał również, że w wyniku ujawnionych informacji sumaryczne doświadczenie dwóch zadań wskazanych w Wykazie osób dla osoby wskazanej na stanowisko Kierownika Budowy wynosi 24 miesiące, a nie jak podał i potwierdził w dokumentach postępowania wykonawca – 54 miesiące. Wykonawca nie wykazał zatem, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu wskazany w punkcie 8.6.2. IDW dla Kierownika Budowy. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że wykonawca do dokumentów postępowania przedłożył oświadczenie o samooczyszczeniu w trybie art. 110 ust. 2 ustawy PZP. Złożone oświadczenie było wynikiem wykluczenia wykonawcy z 2 postępowań przetargowych na skutek wydanych przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroków w sprawach prowadzonych pod sygn. akt KIO 1319/21 oraz KIO 1219/21. Z przywołanych w oświadczeniu o samooczyszczeniu informacji wynika, iż sprawy te dotyczyły wprowadzenia zamawiających w błąd co do doświadczenia personelu wskazanego przez wykonawcę, a wymaganego na potwierdzenie spełnienia warunków, co Zamawiający podsumował w ten sposób, że opisane przez Konsorcjum ROVERPOL procedury mające na celu przeciwdziałanie w przyszłości tego typu sytuacjom nie zostały wdrożone skutecznie.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza– niezależnie od uznania braku interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy PZP – stwierdziła, że stan faktyczny, który legł u podstaw wniesienia odwołania w niniejszej sprawie przez Konsorcjum: ROVERPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i ROVER INFRAESTRUCTURAS S.A. z siedzibą w Walencji, jest bardzo nietypowy i przemawia jednak z konsekwencją odniesienia się w sposób merytoryczny do zarzutów zawartych w odwołaniu. Nietypowość stanu faktycznego tej sprawy polega na tym, że dodatkowe czynności podjęte przez Zamawiającego po uwzględnieniu zarzutów odwołania we wcześniejszej sprawie o sygn. akt KIO 2690/23 doprowadziły nie tylko do odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania (na co Odwołujący z resztą wyraził zgodę wycofując swój sprzeciw co do uwzględnienia odwołania w całości w sprawie o sygn. akt KIO 2690/23), ale również do wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty także z innych podstaw prawnych, aniżeli 3 podstawy, które Odwołujący zaakceptował cofając swój sprzeciw w sprawie o sygn. akt KIO 2690/23. Gdyby Izba poprzestała tylko na samym stwierdzeniu braku interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, to w konsekwencji Odwołujący zostałby pozbawiony prawa do poddania tego sporu ocenie kompetentnego organu w odniesieniu do dodatkowych czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu, co niewątpliwie skutkowałoby naruszeniem prawa do sądu Odwołującego, czyli jednego z podstawowych praw gwarantowanych w Konstytucji RP. Krajowa Izba Odwoławcza choć nie jest organem sądowniczym sensu stricto w rozumieniu prawa polskiego, to jednakże z uwagi na swoją działalność orzeczniczą w zakresie rozstrzygania pewnego wycinka sporów cywilnoprawnych pomiędzy instytucjami zamawiającymi a przedsiębiorcami jest traktowana jako sąd przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej i zarazem posiada pewne atrybuty charakterystyczne dla władzy sądowniczej. Jednocześnie na mocy art. 473 ust. 1 ustawy PZP Krajowa Izba Odwoławcza jest organem właściwym do:

1) rozpoznawania odwołań w przypadkach, o których mowa w art. 513 ustawy, tj. odwołań dotyczących:

- niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy

- zaniechania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy,

- zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany,

2) rozpoznawania wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o których mowa w art. 578 ust. 1 ustawy,

3) podejmowania uchwał zawierających opinię do zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej oraz kontroli doraźnej prowadzonej przez Prezesa Urzędu.

Wobec powyższego – niezależnie od samego stwierdzenia, że Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia – Izba zdecydowała się w skrócie merytorycznie odnieść się do zarzutów przedstawionych w odwołaniu, aby ze względu na wagę konsekwencji prawnych, które grożą Odwołującemu z powodu wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP, nie pozbawiać go prawa do sądu. Merytoryczna analiza zarzutów podniesionych w odwołaniu Konsorcjum ROVERPOL prowadzi jednak do wniosku, że w stanie faktycznym tej sprawy nie są one uzasadnione.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów prawa:

- art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP – zgodnie z którym, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć 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,

- art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP – według którego, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć 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,

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP – który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP – według którego Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

- art. 111 pkt 5 ustawy PZP – który stanowi, że wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8, na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia,

- art. 111 pkt 6 ustawy PZP – zgodnie z którym, wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia,

- art. 522 ust. 2 ustawy PZP – zgodnie z którym, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu,

- art. 128 ust. 4 ustawy PZP (zarzut ewentualny) – w świetle którego Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu,

- art. 16 pkt 1 ustawy PZP (zarzut wynikowy) – który stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

- art. 16 pkt 3 ustawy PZP (zarzut wynikowy) – który stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny.

<u>W zakresie zarzutów nr 1 i nr 2 odwołania:</u>

W zarzutach nr 1 i nr 2 odwołania rdzeniem zarzutów jest kwestia, niezasadnego zdaniem Odwołującego, wykluczenia Konsorcjum ROVERPOL z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP. Odwołujący uważa, że nie zmaterializowały się przesłanki określone w tych przepisach, a tym samym, że nie było żadnych podstaw do ujęcia w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego z dnia 2 października 2023 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego dodatkowych podstaw prawnych odrzucenia oferty, tj. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy PZP.

Przechodząc do omówienia podstaw wykluczenia Odwołującego Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniom zawartym w uzasadnieniu zarzutów odwołania zostały spełnione wszystkie przesłanki uprawniające Zamawiającego do wykluczenia Konsorcjum ROVERPOL z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP, tj.:

1) Konsorcjum ROVERPOL wprowadziło Zamawiającego w błąd w odniesieniu do prawdziwości informacji przedstawionych w Wykazie osób na spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.2 IDW – Odwołujący zadeklarował, że Pan O.M. w ramach zadania Alicante posiada 13 miesięcy doświadczenia jako Kierownik Budowy (od października 2014 r. do października 2015 r.), natomiast w ramach zadania Badajoz 41 miesięcy doświadczenia jako Kierownik Budowy (od lipca 2018 r. do listopada 2021 r.), gdzie z pisma załączonego przez Odwołującego do odwołania wynika, że doświadczenie Pana O.M. uzyskane na zadaniu Alicante wynosi 38 miesięcy (od września 2012 r. do października 2015 r.), natomiast z dokumentu pozyskanego przez Konsorcjum ZRK – DOM od inwestora wynika, że na zadaniu Badajoz Pan O.M. zdobył 11 miesięcy doświadczenia (od lipca 2018 r. do maja 2019 r.). Zatem zarówno informacja dotycząca zadania Alicante, jak i informacja odnosząca się do zadania Badajoz, która została podana w Wykazie osób, była niezgodna z rzeczywistością i wywoływała mylne wyobrażenie u Zamawiającego na temat istniejącego stanu rzeczy.

2) W odniesieniu do obydwu niezgodnych z rzeczywistością informacji dotyczących doświadczenia Pana O.M. jako

Kierownika Budowy na zadaniach Alicante i Badajoz doszło do ich podania Zamawiającemu w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa ze strony Odwołującego. Podkreślenia wymaga, że każdy wykonawca bierze odpowiedzialność za prawdziwość danych i informacji deklarowanych Zamawiającemu w składanych oświadczeniach oraz dokumentach i w razie wykazania przeciwieństwa przekazywanych informacji ponosi on konsekwencje prawne wynikające z przepisów ustawy. Konsorcjum ROVERPOL nie dość, że w Wykazie osób przedstawiło niezgodne z rzeczywistością informacje na temat czasookresu doświadczenia Pana O.M. zdobytego na zadaniach Alicante i Badajoz, to jeszcze w swoich wyjaśnieniach z dnia 23 sierpnia 2023 r., podpisanych przez pełnomocnika partnera Konsorcjum, potwierdziło Zamawiającemu te informacje stwierdzając kategorycznie, że:

- w odniesieniu do zadania Alicante *„(…) w związku z czym podany okres pełnienia funkcji kierownika budowy przez Pana O.R. (10.2014 do 10.2015) wynika stąd, że w tym okresie Pan O.R. pełnił funkcje kierownika budowy",*

- w odniesieniu do zadania Badajoz *„(…) w związku z czym podany okres pełnienia funkcji kierownika budowy (od 07.2018 do 11.2021) wynika stąd, że w tym okresie Pan O.R. pełnił funkcje kierownika budowy".*

Skoro Odwołujący potwierdził Zamawiającemu informacje przedstawione w Wykazie osób, to zdaniem Izby musiał to uczynić na podstawie weryfikacji jakichś dokumentów będących w jego posiadaniu. Jednocześnie z dokumentacji postępowania przetargowego wynika, że w związku z tym, że w przeszłości w innych postępowaniach podawał on innym zamawiającym nieprawdziwe informacje, Odwołujący musiał wdrożyć odpowiednie procedury zapobiegające takim sytuacjom w przyszłości. Zatem dwukrotne potwierdzenie obiektywnie nieprawdziwych i zarazem łatwo sprawdzalnych informacji, przy równoczesnym istnieniu u Odwołującego wewnętrznych procedur o charakterze prewencyjnym, w ocenie Izby niezbicie świadczy o rażących zaniedbaniach ze strony Odwołującego.

3) Wprowadzające w błąd informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia – Konsorcjum ROVERPOL podało żądane informacje, aby wykazać, że spełnia warunek udziału w postępowaniu wynikający z pkt 8.6.2 IDW, do czego wprost referuje przesłanka wykluczenia z postępowania unormowana w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, a co również objęte jest hipotezą normy z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP. Ocena „istotnego wpływu na decyzje zamawiającego" dokonywana jest przez pryzmat skutku, który wykonawca mógł hipotetycznie wywołać, a przy tym skutek ten nie musi wcale wystąpić. Istotna jest zatem sama możliwość wprowadzenia zamawiającego w błąd, co może mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w tak ważkich kwestiach, jak weryfikacja podstaw wykluczenia wykonawcy lub ocena spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby okoliczność, że po zsumowaniu rzeczywistych okresów doświadczenia zdobytego przez Pana O.M. na zadaniach Alicante i Badajoz tak, jak to wynika z treści pisma z dnia 20 września 2023 r. i pisma z dnia 3 października 2023 r., mogło okazać się, że Odwołujący spełnia jednak warunki udziału w postępowaniu określone w pkt 8.6.2 IDW, nie ma znaczenia dla oceny zasadności postawionych zarzutów odwołania kwestionujących prawidłowość wykluczenia Odwołującego z postępowania, w tym dla oceny istotności wpływu, jakie wprowadzające w błąd informacje, miały na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący aż dwukrotnie potwierdził Zamawiającemu prawdziwość przekazanych informacji, które nie odpowiadały rzeczywistości.

Mając powyższe na względzie Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy PZP wykluczając Odwołującego z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP, a następnie odrzucając jego ofertę także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy PZP. Zarzuty nr 1 i nr 2 odwołania okazały się być zatem niezasadne.

W zakresie zarzutu nr 3 odwołania:

Za niezasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 522 ust. 2 ustawy PZP w powiązaniu go z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a i b ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP w zw. z art. 111 pkt 5 i 6 ustawy PZP. Zdaniem Odwołującego Zamawiający poprzez wykluczenie go z postępowania i wskazanie w uzasadnieniu swojej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, do czego zobowiązał się uwzględniając odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2690/23, dodatkowej podstawy prawnej odrzucenia oferty wykroczył poza żądania zawarte w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że Zamawiający uwzględniając odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2690/23, ostatecznie przy braku sprzeciwu Konsorcjum ROVERPOL, miał obowiązek wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności zgodnie z wnioskami odwołania. Jednakże norma prawna z art. 522 ust. 2 ustawy PZP w żadnej mierze nie zabrania Zamawiającemu podejmować innych czynności w postępowaniu, które na danym etapie postępowania Zamawiający uzna za stosowne. W tym przypadku chodziło o wykluczenie wykonawcy z postępowania, a następnie odrzucenie jego oferty, które z resztą i tak zostało już przesądzone z uwagi na okoliczności zaistniałe w toku postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2690/23. Należy mieć na względzie, że Zamawiający ma obowiązek prawidłowego stosowania przepisów ustawy PZP w trakcie całej procedury przetargowej, w tym zwłaszcza kierowania

się w swoich działaniach podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych wynikającymi z art. 16 ustawy PZP. Niewątpliwie zignorowanie pisma sygnalizacyjnego Konsorcjum ZRK – DOM z dnia 20 września 2023 r. przez Zamawiającego, w tym niewzięcie pod uwagę wynikających z tego okoliczności, których nawet sam Odwołujący nie kwestionował, stanowiłoby pogwałcenie zasady równego traktowania wykonawców oraz obowiązku prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła również niezasadność zarzutu nr 3 odwołania.

W zakresie zarzutu nr 4 odwołania:

Zarzut ewentualny odwołania dotyczył naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy PZP, który stanowi uprawnienie Zamawiającego do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczeń o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Choć nie jest wykluczone, że wykonawca może być wzywany do wyjaśnień wielokrotnie, to Zamawiający czyni to jedynie wtedy, gdy poweźmie wątpliwości odnośnie treści przedłożonych mu oświadczeń i innych dokumentów wymienionych w art. 128 ust. 4 ustawy PZP. W żadnym razie przepis ten nie może prowadzić do nadawania dokumentom treści, która nie była w nich zawarta, ani do składania nowych dokumentów, które potwierdzałyby okoliczności mające wynikać z innych już uprzednio złożonych dokumentów. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego Zamawiający poprzez wezwanie go do ustosunkowania się do treści pisma z dnia 20 września 2023 r. Kierownika Działu Projektów i Budowy Mostów w Departamencie Mobilności, Transportu i Mieszkalnictwa Regionalnego Rządu Estremadury dotyczącego rzeczywistego czasookresu doświadczenia zdobytego przez Pana O.M. jako Kierownik Budowy w trakcie realizacji zadania Badajoz doprowadziłby do ujawnienia oraz skorygowania informacji, że również doświadczenie zdobyte przez Pana O.M. na zadaniu Alicante, a które zostało podane w Wykazie osób załączonym do oferty, jest niezgodne z rzeczywistością, ale po korekcie sumarycznie oba doświadczenia zdobyte na tych dwóch zadaniach stanowią wypełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.2 IDW. Takie podejście Odwołującego należy uznać za nieprawidłowe, skoro nie podważał on ani formy, ani przede wszystkim treści złożonego przez jego konkurenta pisma z dnia 20 września 2023 r. pochodzącego od inwestora zadania Badajoz, natomiast poprzez instytucję wezwania do wyjaśnień treści oświadczeń lub innych dokumentów chciałby sprostować inną nieprawdziwą informację zawartą w Wykazie osób w odniesieniu do doświadczenia nabytego przez Pana O.M. jako Kierownik Budowy na zadaniu Alicante. Należy mieć również na uwadze, że Zamawiający już raz wezwał Konsorcjum ROVERPOL do udzielenia wyjaśnień odnośnie doświadczenia zawodowego Pana O.M. i wówczas Odwołujący stanowczo potwierdził Zamawiającemu informacje przedstawione w Wykazie osób. Zamawiający nie miał zatem podstaw do dalszego dociekania, czy aby na pewno na zadaniach Badajoz i Alicante Pan O.M. zdobył deklarowane doświadczenie jako Kierownik Budowy.

Mając powyższe na względzie zarzut ewentualny odwołania (zarzut nr 4) dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 4 ustawy PZP nie był zasadny.

W zakresie zarzutu nr 5 odwołania:

Zarzut nr 5 odwołania dotyczył naruszenia art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy PZP i miał charakter wynikowy względem wcześniejszych zarzutów podniesionych w odwołaniu, zaś Odwołujący go szerzej nie uzasadnił. Z uwagi na stwierdzenie braku zasadności podstawowych zarzutów odwołania Izba nie znalazła również podstaw do uwzględnienia zarzutów pochodnych, które miały wskazywać na naruszenie przez Zamawiającego podstawowych zasad prawa zamówień publicznych odnoszących się do obowiązku równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji.

Mając powyższe na względzie za niezasadny Izba uznała także zarzut nr 5 odwołania dotyczący naruszenia art. 16 pkt 1 i pkt 3 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 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. z 2020 r., poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem należnego wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

.....