

Sygn. akt: KIO 113/18
Sygn. akt: KIO 116/18

WYROK

z dnia 2 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Marek Koleśnikow
Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2018 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1. w dniu 19 stycznia 2018 r. przez Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider) i KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą w Lublinie (KIO 113/18),

2. w dniu 19 stycznia 2018 r. przez Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider), PORR BAU GmbH z siedzibą w Wiedniu (KIO 116/18),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,
przy udziale:

a) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider), PORR BAU GmbH z siedzibą w Wiedniu

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 113/18 po stronie Zamawiającego,

b) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider) i KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą w Lublinie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 116/18 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala oba odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider) i KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą w Lublinie i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider), PORR BAU GmbH z siedzibą w Wiedniu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołujących, w tym:

a. kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider) i KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą w Lublinie tytułem wpisu od odwołania,

b. kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider), PORR BAU GmbH z siedzibą w Wiedniu tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider) i KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą w Lublinie i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider), PORR BAU GmbH z siedzibą w Wiedniu na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w tym:

a. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)

od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BUDIMEX
2

S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider) i KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą w Lublinie stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (KIO 113/18),

b. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider), PORR BAU GmbH z siedzibą w Wiedniu stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (KIO 116/18).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 113/18
Sygn. akt KIO 116/18

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na stacji Idzikowice w ramach projektu pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 4 - Centralna Magistrala Kolejowa etap II”, znak sprawy IREZA1j-216-34/17, zwane dalej Postępowaniem. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 sierpnia 2017 r. pod nr 2017/S 165-340513.

W dniu 19 stycznia 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider) i KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą w Lublinie (dalej Konsorcjum BUDIMEX lub Odwołujący BUDIMEX), wnieśli odwołanie (sygn. akt KIO 113/18), w którym zaskarżyli:

1. zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie — PORR S.A. oraz PORR BAU GmbH (dalej: Konsorcjum PORR lub Odwołujący PORR) z postępowania także z uwagi na inne niż wskazane w Informacji o wykluczeniu Konsorcjum PORR z dnia 9 stycznia 2018 r. podstawy faktyczne i prawne,
2. dokonanie oceny oferty Konsorcjum PORR w sposób niezgodny z określonymi w SIWZ zasadami oceny ofert i przyznanie Konsorcjum PORR zbyt dużej ilości punktów w kryterium oceny ofert: „Doświadczenie Personelu Wykonawcy”.

Zaskarżonym działaniom i zaniechaniom Odwołujący BUDIMEX zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum PORR, które nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu wynikającego z pkt 8.6.2 lit. a SIWZ dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. Kierownikiem Budowy, ewentualnie, tj. na wypadek, gdy nie potwierdzi się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum PORR do wykazania, że dysponuje osobą spełniającą wymagania SIWZ, która mogłaby pełnić funkcję Kierownika Budowy,
2. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez przyznanie Konsorcjum PORR punktów w ramach kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ (pkt 20.7.2 SIWZ), w sytuacji, gdy doświadczenie osoby wskazanej w ofercie do pełnienia funkcji Kierownika Budowy opisane w Wykazie ułożonych rozjazdów nie może być brane pod uwagę,
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum PORR, mimo że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a dotyczące rodzaju uprawnień posiadanych przez osobę wskazaną w ofercie Konsorcjum PORR do pełnienia funkcji Kierownika Budowy,
4. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PORR, w sytuacji, gdy wystąpiły przesłanki zobowiązujące Zamawiającego do wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu;
5. art. 7 ust. 1 Pzp przez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący BUDIMEX wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. wykluczenia Konsorcjum PORR z postępowania także z uwagi na dodatkowe względem podanych w piśmie z dnia 9 stycznia 2018 r. (Informacja o wykluczeniu) podstawy faktyczne i prawne wskazane w treści i uzasadnieniu odwołania,

ewentualnie, tj. na wypadek przyjęcia, że w niniejszej sprawie nie zachodzą podstawy do wykluczenia Konsorcjum PORR z postępowania na podstawie okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych w piśmie z dnia 9 stycznia 2018 r. (Informacja o wykluczeniu) informującym o wykluczeniu wykonawcy i w niniejszym odwołaniu:

2. ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwanie Konsorcjum PORR do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz nakazanie Zamawiającemu zmniejszenia ilości punktów przyznanych Konsorcjum PORR w kryterium oceny ofert: „Doświadczenie Personelu Wykonawcy”.

W dniu 19 stycznia 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider), PORR BAU GmbH z siedzibą w Wiedniu, wnieśli odwołanie (KIO 116/18), w którym zaskarżyli:

1. wykluczenie Odwołującego z Postępowania,
2. odrzucenie na tej podstawie jego oferty
3. zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów złożonych w Postępowaniu.

Zaskarżonym działaniom i zaniechaniom Odwołujący PORR zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp i art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp oraz w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez ich błędne zastosowanie oraz bezzasadne uznanie, że Odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu opisane w pkt. 8.6.1. lit. a i b SIWZ oraz w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie warunków udziału w Postępowaniu opisanych w pkt. 8.6.1 lit. a) i b) SIWZ;

2. art. 26 ust. 4 PZP przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w pkt. 8.6.1 lit. a) i b) SIWZ,

i z ostrożności procesowej:

3. art. 26 ust. 3 PZP przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, dotyczących dokumentów podmiotowych przedłożonych wraz z ofertą.

Odwołujący PORR wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności z 9 stycznia 2018 r. polegającej na wykluczeniu Odwołującego PORR z Postępowania i odrzuceniu jego oferty,

2. wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp lub wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

KIO 113/18

Pismem z dnia 9 stycznia 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wykluczeniu Konsorcjum PORR z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, tj. z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd, co do cech linii kolejowej, której przebudowa została wskazana przez Konsorcjum celem wykazania, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Gdyby nie czynność wykluczenia Konsorcjum PORR z postępowania, oferta tego wykonawcy mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Oferta Odwołującego, w takiej sytuacji, zostałaby sklasyfikowana na drugiej pozycji listy rankingowej. Równocześnie z informacją o wykluczeniu Konsorcjum PORR, Odwołujący otrzymał wezwanie do przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. Obecnie to oferta Odwołującego jest ofertą najwyżej ocenioną spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący otrzymując pismo z dnia 9 stycznia 2018 r. powziął wiedzę, że oferta Konsorcjum PORR została najwyżej oceniona przez Zamawiającego, co prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie miał zastrzeżeń odnośnie wiedzy, doświadczenia i uprawnień członka personelu wykonawcy wskazanego celem uzyskania dodatkowych punktów w kryterium: „Doświadczenie Personelu Wykonawcy”. Zamawiający nie znalazł także podstaw do wykluczenia Konsorcjum PORR z innych przyczyn niż wskazane w przywołanym piśmie.

Po uzyskaniu informacji o wykluczeniu Konsorcjum PORR, Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie mu kopii wezwań skierowanych do tego wykonawcy po otwarciu ofert i odpowiedzi udzielonych na te wezwania przez Konsorcjum PORR.

Z udostępnionych Odwołującemu dokumentów wynika, że Zamawiający wezwał Konsorcjum PORR na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie tego, czy uprawnienia p. J. S. wskazanego na stanowisko Kierownika budowy są uprawnieniami z ograniczeniami czy bez ograniczeń. Odpowiedź została utajniona w zasadzie w całości, a co za tym idzie Odwołujący nie mógł odnieść się do okoliczności faktycznych i argumentacji podniesionej przez Konsorcjum PORR.

Odwołujący wskazał, że zarzuty odwołania dotyczą dwóch grup naruszeń obowiązujących przepisów prawa, przy czym obie grupy naruszeń mają swe źródło w tej samej okoliczności faktycznej. Po pierwsze, zarzuty dotyczą zaniechania wykluczenia Konsorcjum PORR z postępowania w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i jednocześnie wprowadził w błąd Zamawiającego. Po drugie, zarzuty dotyczą niezasadnie przyznanych Konsorcjum PORR punktów w ramach kryterium oceny ofert za doświadczenie osoby (Kierownika Budowy). W ocenie Odwołującego BUDIMEX Pan J. S. wskazany w ofercie Konsorcjum PORR jako osoba przewidziana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy nie posiada, wymaganych postanowieniami SIWZ, uprawnień budowanych.

1. Niespełnienie warunku dotyczącego uprawnień osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy.

W pkt 8.6.2 SIWZ wskazano, że w zakresie warunku określonego w pkt 8.2.3 SIWZ wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę:

a) dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem:

1. Kierownik Budowy

Uprawnienia (kwalifikacje zawodowe) - uprawnienia budowlane bez ograniczeń

do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych.

Konsorcjum PORR wskazało jako kierownika budowy Pana J. S., oświadczając w ofercie (w JEDZ), że osoba ta posiada „uprawnienia bez ograniczeń” do projektowania i kierowania budową i robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-inżynierskiej w zakresie węzłów, linii i stacji kolejowych.

Stwierdzenie, że uprawnienia posiadane przez Pana J. S. są uprawnieniami „bez ograniczeń” nie jest zdaniem Odwołującego BUDIMEX prawdziwe.

Zgodnie z art. 104 Prawa budowlanego osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Oznacza to, że uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie uzyskane pod rządami poprzednio obowiązujących przepisów pozostają w mocy, przy czym zmianie, w szczególności rozszerzeniu, nie ulega ich zakres.

Uprawnienia uzyskane przez Pana J. S. zostały wydane w 1994 r. jako uprawnienia z „ograniczeniami” i pozostają takimi obecnie, wobec czego nie obejmują całej specjalności określonej obowiązującymi obecnie i poprzednio przepisami prawa.

Uprawnienia wskazanej osoby wynikają ze Stwierdzenia przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z 19 maja 1994 r. (Nr ewid. 28/94/Gw) wydanego na podstawie § 2 ust. 2 pkt 2 i § 13 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U.1975.8.46 ze zm., dalej: Rozporządzenie z 1975 r.) oraz rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 18 lipca 1991 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. 1991.69.299).

W dokumencie tym stwierdzono, że Pan J. S. posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnych funkcji projektanta oraz kierownika budowy i robót o specjalności konstrukcyjno-inżynierskiej w zakresie linii, węzłów i stacji kolejowych oraz jest upoważniony do:

1. do sporządzania projektów linii, węzłów i stacji kolejowych, peronów, ramp oraz typowych przepustów i mostów - o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych,
2. do kierowania, nadzorowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie linii, węzłów i stacji kolejowych, peronów, ramp oraz typowych przepustów i mostów o powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych.

Uprawnienia te mają więc charakter ograniczony i nie spełniają wymogu określonego w SIWZ.

W ramach stanu prawnego, na podstawie którego zostały wydane kwestionowane uprawnienia, istniały liczne ograniczenia w wydawanych uprawnieniach o charakterze zarówno podmiotowym, jak i przedmiotowym. Najistotniejsze formy ograniczeń polegały na określeniu zakresu wydawanych uprawnień z użyciem pojęć: „budownictwo osób fizycznych”, „w budownictwie jednorodzinnym, zagrodowym oraz innym budynków o kubaturze do 1000 m³”, czy też „powszechnie znane rozwiązania konstrukcyjne i schematy techniczne” - które to ograniczenie ma zastosowanie w przedmiotowej sprawie.

Choć powyższej wskazane rozporządzenie nie posługuje się pojęciem „uprawnienia bez ograniczeń”, wprowadzonym do obrotu prawnego wraz z wejściem w życie rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 30 grudnia 1994 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U.1995.8.38 ze zm.)

nie ulega wątpliwości, że tego rodzaju pojęcie funkcjonowało w nomenklaturze branżowej, a uprawnienia wydawane na podstawie wcześniejszych przepisów miały „ograniczenia”.

Wyjaśniając zakres uprawnień, należy przyjąć, że osoba posiadająca uprawnienia budowlane niezawierające żadnych ograniczeń może wykonywać funkcje z nich wynikające w zakresie całej specjalności, czyli posiada uprawnienia odpowiadające obecnym uprawnieniom bez ograniczeń. Natomiast osoba legitymująca się uprawnieniami zawierającymi omawiane powyżej ograniczenia przedmiotowe lub podmiotowe posiada uprawnienia odpowiadające obecnym uprawnieniom w ograniczonym zakresie.

Powyższe, w ocenie Odwołującego, jest równoznaczne z tym, że osoba wskazana w ofercie Konsorcjum PORR jako Kierownik Budowy nie spełnia wymogów SIWZ.

Odwołujący, kierując się daleko idącą ostrożnością procesową, wskazał, że co najmniej utrudnione jest porównywanie zakresów uprawnień „ograniczonych” wydawanych w poprzednich stanach prawnych z zakresem uprawnień w ograniczonym zakresie wydawanych obecnie. Niemniej, w ocenie Odwołującego BUDIMEX, nie sposób przyjąć, by zakres ograniczeń uprawnień wydanych Panu J. S. był taki, by można było przyjąć, że jego uprawnienia pokrywają się z obecnie wydawanymi uprawnieniami „bez ograniczeń”.

W obecnym stanie prawnym, zgodnie z § 13 ust. 5 pkt 8 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej kolejowej w ograniczonym zakresie w zakresie kolejowych obiektów budowlanych uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi w odniesieniu do obiektów budowlanych, takich jak: stacje, linie kolejowe, bocznice kolejowe i inne budowle kolejowe w rozumieniu przepisów w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie, z wyjątkiem linii kolejowych przystosowanych do prędkości większych niż 200 km/h. Linia kolejowa, której elementem jest stacja Ildzikowice, jest linią kolejową przystosowaną do prędkości większych niż 200 km/h.

W świetle powyższego funkcję Kierownika Budowy nie może na tej linii kolejowej sprawować osoba, która nie dysponuje uprawnieniami bez ograniczeń w rozumieniu obecnie obowiązujących przepisów prawa (stąd taki właśnie warunek udziału w postępowaniu).

Obecne ograniczenie w zakresie uprawnień związane z prędkością linii kolejowej, której roboty budowlane mają dotyczyć, oznacza, że osoba posiadająca uprawnienia bez ograniczeń może nadzorować wykonywanie na linii kolejowej o prędkości powyżej 200 km/h wszelkie roboty budowlane - roboty oparte na każdych rozwiązaniach technicznych. Osoba, która posiada uprawnienia w zakresie „powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych i schematów technicznych”, możliwości takiej nie ma.

Ustawodawca przyjął obecnie, dla rozróżnienia uprawnień, wartość odnosząca się do prędkości, dla jakiej dana linia kolejowa jest dostosowana. Zdaniem Odwołującego nie budzi jednak większych wątpliwości, że granica wynika przede wszystkim z wymagań technicznych, jakie musi spełniać linia kolejowa tzw. szybkich prędkości (w tym wymagań zawartych w technicznych specyfikacjach interoperacyjności, wymagań szczególnych zarządcy linii), jak i wymagań wynikających z obowiązujących przepisów prawa.

Zgodnie z Programem Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) przedmiotem tego zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robot w zakresie:

- przebudowy nawierzchni torowej i podtorza
- przebudowy urządzeń srk,
- przebudowy urządzeń teletechniki i telekomunikacji z kanalizacją kablową,
- przebudowy elektroenergetyki do 1 kV,
- przebudowy elektroenergetyki powyżej 1 kV,
- przebudowy sieci trakcyjnej,
- wycinki drzew i krzewów,

- wyburzenia i budowy obiektów kubaturowych.

Realizacja zamówienia (rozdział 3 PFU) ma na celu osiągnięcie parametrów eksploatacyjnych oraz cech użytkowych zgodnie z przyjętą kategorią linii według TSI P2/F1. Prędkość maksymalną określono jako 230 km/h dla pociągów pasażerskich.

Dokumenty funkcjonujące w dacie wydawania Panu J. S. uprawnień - różnego rodzaju schematy techniczne, normy, wzorce - funkcjonują także obecnie, jednak dla linii tzw. szybkiej prędkości, stanowią one tylko punkt wyjścia do projektowania rozwiązań technicznych, które znajdą zastosowanie przy modernizacji linii. Rozwiązania „znane”, w ocenie Odwołującego, muszą więc w takich przypadkach być dostosowane do wymogów Zamawiającego i konkretnego zamówienia (są dobierane indywidualnie, a nie wyłącznie powielane ze znanych schematów, czy wzorów).

Odwołujący BUDIMEX podniósł, że na liniach kolejowych o prędkości ponad 200 km/h stosowane są więc rozwiązania inne niż powszechnie znane rozwiązania konstrukcyjne i rozwiązania oparte na schematach technicznych.

Program Funkcjonalno-Użytkowy wskazuje m. in. na konieczność:

- budowy wzmocnień indywidualnie dobranych dla potrzeb modernizowanej linii i jej prędkości, jeśli będzie to konieczne w świetle wykonanych badań,
- przyjęcia na przejściach trapezowych między torem nr 1 i 2 należy rozjazdów 60E1-1200 - 1:18,5 z ruchomym dziobem krzyżownicy, dla których prędkość na kierunek prosty w torze głównym zasadniczym $V=230$ km/h, na kierunek zwrotny min $V=100$ km/h (p. 3.6.1.2 PFU),
- w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym wymaga się, aby były one przystosowane do współpracy z urządzeniami ERTMS/ETCS poziom 2 zgodnie z protokołem Euroradio+/Subset098 (p.3.6.5.2),
- Elementy wykonawcze (przytorowe) stacyjnych urządzeń srk, tj. sygnalizatory świetlne, czujniki koła i napędy zwrotnicowe powinny umożliwić ich wykonanie zgodnie z przeznaczeniem również w przypadku linii z prędkością do 230 km/h włącznie (p.3.6.5.2.1),
- w zakresie sieci trakcyjnej zakłada się jej przebudowę w torach głównych zasadniczych na typ 2C120-2C-3. Jest to sieć przystosowana do prędkości 230 km/h w systemie 3 kV z zachowaniem izolacji 2x25 kV (p. 3.6.7.2).

Odwołujący wskazał, że żadne z tych rozwiązań nie było stosowane w dacie wydawania Panu J. S. uprawnień, ani nie jest obecnie opisane w schematach, normach, tabelach „przyjętych do powszechnego stosowania”. Są to rozwiązania nowe, dopiero wchodzące do kanonów wiedzy technicznej, częściowo zastosowane po raz pierwszy na wskazanej linii kolejowej i wymagające odpowiedniego „dopasowania” do wymogów tego konkretnego projektu.

Oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie można zakładać, że w ramach przyznanej wykonawcy w PFU częściowej swobody, co do wyboru rozwiązań technicznych, wykonawca wybierze tylko „powszechnie znane rozwiązania techniczne”, a co za tym idzie uprawnienia Pana J. S. są „odpowiednie”. Dobór rozwiązań technicznych będzie miał miejsce na etapie wykonywania umowy, obecnie natomiast ocenić należy, czy w świetle obowiązujących przepisów prawa i wymagań Zamawiającego wyrażonych w SIWZ może zająć konieczność zastosowania rozwiązań technicznych innych niż „powszechnie znane” - na tak, postawione pytanie odpowiedź jest twierdząca.

W ocenie Odwołującego uprawnienia posiadane przez Pana J. S. nie są wystarczające do realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia.

2. Niezasadne przyznanie punktów w ramach kryterium oceny ofert

Jak wskazano w pkt 20.7.2 SIWZ:

„Ocenie punktowej podlegać będzie oświadczenie wykonawcy, że dysponuje on personelem

w postaci Kierownika Budowy lub Kierownika Robót, który ułożył w okresie ostatnich pięciu lat przed terminem składania ofert (liczy się data podpisania protokołu odbioru końcowego lub odbioru eksploatacyjnego) rozjazdu (w ramach jednego lub kilku zamówień) według poniższego schematu: (...)”

W ramach wskazanego kryterium oceniane miało być doświadczenie konkretnej osoby, która została wskazana w ofercie do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, według oświadczenia samego wykonawcy. Jeśli dana osoba nie spełnia wymogów, by pełnić funkcję Kierownika Budowy, jej doświadczenie nie może być punktowane. Stąd, jako, że doświadczenie Pana J. S. opisane w Wykazie ułożonych rozjazdów (str. 12-14 oferty Konsorcjum PORR) nie może być zdaniem Odwołującego brane pod uwagę, Konsorcjum PORR niezasadnie uzyskało maksymalną ilość punktów w tym kryterium.

Odwołujący BUDIMEX wskazał, że ocena ofert pod względem przedmiotowym na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ ma charakter odrębny względem kwalifikacji podmiotowej, zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp. Niekiedy ofertę w tym zakresie określa się jako ofertę w sensie ścisłym i nie mają do niej zastosowania procedury samooczystczenia lub uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp. Oferta nie może być modyfikowana ani z inicjatywy Zamawiającego, ani wykonawcy (art. 87 ust. 1 Pzp), a wyjątki od zasady niedopuszczalności dokonywania zmian w treści oferty określone są w art. 87 ust. 2 Pzp.

Informacja o doświadczeniu kierownika robót nie jest zadaniem Odwołującego dokumentem uzupełnianym czy podlegającym modyfikacji w trybie określonym w art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp. Skoro sam Zamawiający określił, że doświadczenie kierownika robót stanowi element oceniany na podstawie kryteriów oceny ofert i wskazywane w treści formularza ofertowego, to nie ulega wątpliwości, że nie stanowi ono dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Oświadczenie złożone w formularzu ofertowym nie powinno również podlegać zmianie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, bowiem prowadziłoby to do niedopuszczalnych negocjacji treści oferty w zakresie odnoszącym się do kryteriów oceny ofert. Prawidłowe działanie Zamawiającego powinno polegać na przyznaniu Konsorcjum PORR 0 pkt w ramach ww. kryterium oceny ofert.

Zdaniem Odwołującego, nie jest możliwe wezwanie Konsorcjum PORR do złożenia nowego Wykazu ułożonych rozjazdów, w którym wskazane byłoby doświadczenie innej osoby, jako że jest to część oferty sensu stricto, której nie można modyfikować po terminie składania ofert. Jednakże, gdyby nawet uznać, że dokument ten podlega procedurze zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, to z całą pewnością nie można uznać, że doświadczenie nowej osoby może być podstawą do przyznania punktów w ramach oceny ofert. Należy podkreślić, że chodzi o podmiotowe warunki udziału w postępowaniu, które w sytuacjach przewidzianych w ustawie można potwierdzać także po dniu składania ofert, np. w drodze wskazanej wyżej instytucji samooczystczenia lub procedury uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp.

3. Wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Odwołujący BUDIMEX zarzucił, że w niniejszej sprawie można także przypisać Konsorcjum PORR wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Konsorcjum PORR wskazało jako kierownika budowy Pana J. S., oświadczając w ofercie (w JEDZ), że osoba ta posiada „uprawnienia bez ograniczeń” do projektowania i kierowania budową i robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno - inżynierskiej w zakresie węzłów, linii i stacji kolejowych. Dodatkowo podano w ofercie numer uprawnień. Konsorcjum PORR, składając takie oświadczenie nie wskazało na rzeczywisty zakres uprawnień osoby, o której mowa (np. cytując ich treść), skoro zaś w dacie wydawania uprawnień (o której świadczy numer uprawnień) możliwe było uzyskanie zarówno uprawnień „bez ograniczeń”, jak i uprawnień w ograniczonym zakresie, to Zamawiający bez znajomości treści dokumentu nadającego uprawnienia nie był w stanie ocenić charakteru tych uprawnień.

Zamawiający oceniając, czy wykonawca spełnia warunek mógł się więc oprzeć wyłącznie na oświadczeniu Konsorcjum PORR, a to wskazywało na nieograniczony charakter uprawnień. Takie wskazanie, jak podano powyżej, nie odpowiada prawdzie.

Ustalenie zakresu uprawnień Pana J. S. było istotne dla ustalenia,

czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu i czy może uzyskać punkty w kryterium. Wprowadzenie w błąd dotyczy więc okoliczności istotnej dla rozstrzygnięcia postępowania.

Pan J. S. od lat współpracuje z Wykonawcą, a Wykonawca jako podmiot profesjonalnie zajmujący się działalnością budowlaną w zakresie kolei, mógł z łatwością zapoznając się z uprawnieniami wskazanej osoby ustalić, że są to uprawnienia „z ograniczeniami”.

Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego BUDIMEX, Konsorcjum PORR podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i nie powinno być wzywane do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

KIO 116/18

Zgodnie z opisem warunków udziału w Postępowaniu, wskazanych w punkcie 8.6.1 SIWZ o zamówienie mógł ubiegać się wykonawca, który w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał:

1. Robotę lub roboty budowlane wykonane w ramach jednej lub więcej umów na zakres których składają się: budowa lub przebudowa co najmniej 5 km toru (suma kilometrów toru szlakowego i głównego zasadniczego) na linii dwutorowej zelektryfikowanej dla prędkości $V > 160$ km/h, przy czym co najmniej 3 km robót wykonana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich.
2. Robotę lub roboty budowlane wykonane w ramach jednej lub więcej umów na zakres których składają się: budowa lub przebudowa co najmniej 5 km sieci trakcyjnej (suma kilometrów sieci trakcyjnej w zakresie toru szlakowego i głównego zasadniczego) wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii dwutorowej zelektryfikowanej dla prędkości $V > 160$ km/h, przy czym co najmniej 3 km robót wykonana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich.
3. Robotę lub roboty budowlane wykonane w ramach jednej lub więcej umów na zakres których składają się budowa lub przebudowa: jednej stacji kolejowej (przy czym budowa lub przebudowa obejmowało co najmniej sześć torów głównych wraz z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem, siecią trakcyjną i urządzeniami srk, a roboty wykonywane były przy prowadzonym ruchu pociągów na tej stacji), o wartości co najmniej sto milionów złotych brutto lub dwóch stacji kolejowych (przy czym budowa lub przebudowa dla każdej ze stacji obejmowało co najmniej cztery tory główne wraz z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem, siecią trakcyjną i urządzeniami srk, a roboty wykonywane były przy prowadzonym ruchu pociągów na tej stacji), o wartości co najmniej pięćdziesiąt milionów złotych brutto każda.
4. Robotę lub roboty budowlane wykonane w ramach jednej umowy na zakres której składała się budowa co najmniej 1 systemu komputerowych stacyjnych urządzeń srk (sterowania ruchem kolejowym) na stacji kolejowej liczącej co najmniej 8 zwrótnic, dla prędkości $V > 160$ km/h.

Wraz ze złożoną ofertą Odwołujący PORR przedłożył wypełniony formularz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), w którym wskazał na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu opisanego w punkcie 8.6.1 SIWZ lit. a), b) i c) inwestycję zrealizowaną przez członka konsorcjum, PORR BAU GmbH, na rzecz National Railway Infrastructure Company (NRIC) w Bułgarii w ramach projektu pn. „Przebudowa linii kolejowej Harmanli - Swilengrad oraz elektryfikacja (od km 266 + 000 w obrębie stacji pośredniej Simeonowgrad - Harmanli od km 297 + 750 w obrębie stacji pośredniej Swilengrad - Granica z Turcją), w tym dworzec w Harmanli i Swilengrad oraz wszystkie stacje i przystanki pomiędzy nimi, o przybliżonej długości torów 34 km oraz przebudowa linii kolejowej od Swilengradu do granicy z Grecją oraz elektryfikacja na odcinku długości ok. 4 km, w tym projekt wykonawczy”. Analogicznie, w wykazie robót złożonym przy piśmie z dnia 4 grudnia 2017 r. na wezwanie Zamawiającego Odwołujący PORR wskazał

doświadczenie o treści zbieżnej z wykazanym w JEDZ, z których wynikało, że roboty prowadzone były na linii dwutorowej.

W dniu 9 stycznia 2018 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego PORR z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty. Jako podstawę prawną Zamawiający wskazał art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 Pzp oraz stwierdził, że na podstawie uzyskanych informacji, wskazanych szczegółowo w treści Informacji o wykluczeniu, Zamawiający ustalił, że Inwestycja polegała na przebudowie linii jednotorowej, a nie dwutorowej, a tym samym

Wykonawca nie spełnia warunku opisanego w pkt. 8.6.1 SIWZ lit. a) i b) tj. nie wykazał doświadczenia polegającego na wykonaniu inwestycji na linii dwutorowej (8.6.1 SIWZ lit. a), a w konsekwencji roboty nie mogły być prowadzone przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich (pkt. 8.6.1 SIWZ lit. b).

Odwołujący PORR podniósł, że wbrew ocenie Zamawiającego spełnia wszelkie warunki udziału w Postępowaniu, w szczególności warunki określone w punkcie 8.6.1 lit. a) i b) SIWZ jak również w pozostałym zakresie opisanym w pkt. punkcie 8.6.1 lit. c) i d) SIWZ.

Odwołujący nie kwestionuje, że opisana w JEDZ oraz wykazie robót Inwestycja nie dotyczyła budowy linii dwutorowej, a tym samym również roboty jej dotyczące nie mogły być prowadzone przy czynnym drugim torze.

W zakresie zarzutu błędnego zastosowania przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 Pzp Odwołujący PORR stoi na stanowisku, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzą okoliczności pozwalające uznać, że powołane przepisy mogą znaleźć zastosowanie, z następujących względów:

1. Z literalnego brzmienia art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 Pzp wynika, że do oceny czy doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd w zakresie m.in. spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu zastosowanie może znaleźć wyłącznie art. 24 ust. 1 pkt. 16 Pzp. Z dyspozycji przywołanego przepisu wynika, że odnosi się on do sytuacji wykluczenia wykonawcy, który „w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Tym samym, o zastosowaniu art. 24 ust. 1 pkt. 16 Pzp można w ocenie Odwołującego PORR mówić tylko wówczas, gdy wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i mając tego świadomość celowo wprowadza zamawiającego w błąd (z pełną świadomością lub co najmniej mając świadomość wprowadzenia w błąd i godząc się na konsekwencje swojego działania). O wprowadzeniu w błąd w warunkach art. 24 ust. 1 pkt. 16 Pzp zdaniem Odwołującego można zatem mówić tylko wówczas, gdy wykonawca obiektywnie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu (nie posiada wymaganego doświadczenia), a stara się wywołać u zamawiającego wrażenie że takie warunki spełnia, przekazując nieprawdziwe informacje. Zdaniem Odwołującego nielogiczne byłoby przyjęcie, że wykonawca który posiada stosowne doświadczenie ma zamiar umyślnego wprowadzenia zamawiającego w błąd lub działanie takiego wykonawcy w warunkach rażącego niedbalstwa, które graniczy de facto z winą umyślną.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp odnosi się wprost do przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa. Odwołujący PORR podniósł, że przytoczony przepis, w przeciwieństwie do dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, nie wskazuje na ocenę w zakresie warunków udziału w postępowaniu. Zakładając racjonalność ustawodawcy (zarówno krajowego jak i prawodawcy unijnego, ponieważ przywołane przepisy stanowią transpozycję odpowiednio przepisów art. 57 ust. 4 lit. h i lit. r Dyrektywy 2014/24/UE oraz przez odesłanie z art. 80 Dyrektywy 2014/25/UE) wywiódł, że wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu w związku z przekazaniem nieprawdziwych informacji dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu może nastąpić tylko na warunkach określonych w art. 24 ust. 1 pkt. 16 Pzp, a więc gdy wykonawca działa umyślnie lub w warunkach rażącego niedbalstwa, a tym samym wprowadza zamawiającego w błędne przekonanie że spełnia warunki udziału w postępowaniu, pomimo tego że ich nie spełnia.

W ocenie Odwołującego PORR za taką interpretacją przepisów art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 Pzp przemawia m.in. fakt, że wykluczenie wykonawcy w związku z przekazaniem nieprawdziwych informacji dotyczących warunków udziału w postępowaniu, działającego w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp) zawsze konsumowałoby treść art. 24 ust. 1 pkt. 16 Pzp, a więc działanie wykonawcy w warunkach

bardziej rygorystycznej formy winy jaką jest wina umyślna lub rażące niedbalstwo. Powyższe powodowałoby z kolei, że art. 24 ust. 1 pkt. 16 Pzp nie byłby w ogóle stosowany, skoro konsumuje go treść art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp, a takiego rozwiązania nie da się pogodzić z założeniem racjonalności ustawodawcy.

Zdaniem Odwołującego PORR art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 Pzp nie może znaleźć zastosowania w przypadku, gdy wykonawca obiektywnie i faktycznie samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu i może to wykazać zamawiającemu. Innymi słowy, na dzień składania ofert wykonawca jest podmiotem, który posiada stosowne doświadczenie. W ocenie Odwołującego wykluczeniu podlega wykonawca, który nie spełnia obiektywnie warunków udziału w postępowaniu lub, uwzględniając regulacje i procedury określone przepisami ustawy Pzp, nie wykaże że takie warunki spełnia. Z powyższego względu, w przypadku powzięcia przez zamawiającego informacji, że wykazane przez wykonawcę doświadczenie nie odpowiada stanowi rzeczywiście, zamawiający winien w pierwszej kolejności wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 Pzp lub art. 26 ust. 3 Pzp. Takie wyjaśnienia stanowią bowiem podstawę i punkt wyjścia do zbadania i oceny czy zamawiający ma do czynienia z wykonawcą, który obiektywnie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu (nie posiada stosownego doświadczenia) i działając w warunkach winy umyślnej lub nieumyślnej wprowadził zamawiającego w błąd, czy może wykonawca posiada faktycznie stosowne doświadczenie, ale z określonych względów podał w ofercie informacje, które obiektywnie nie potwierdzają spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący PORR wskazał, że przyjęcie stanowiska, że wykonawca winien podlegać automatycznemu wykluczeniu z postępowania, bez konieczności badania przez zamawiającego okoliczności związanych z podaniem określonych informacji, prowadziłoby każdorazowo do sytuacji, w której nie można zastosować przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, który wprost nakazuje wezwanie wykonawcy do przedłożenia wyjaśnień lub dokumentów potwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przyjęcie automatyzmu wykluczenia wykonawcy bez wzywania go do wyjaśnienia okoliczności danej sprawy oraz możliwości wykazania czy faktycznie spełnia warunki udziału w postępowaniu byłoby zbyt rygorystyczne i prowadziłoby do wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy faktycznie posiadają wymagane doświadczenie, tak jak - zdaniem Odwołującego - ma to miejsce w przedmiotowej sprawie.

Odwołujący twierdzi, że posiada i posiadał na dzień składania ofert zakwestionowane przez Zamawiającego doświadczenie wymagane w pkt. 8.6.1 lit a) i b) SIWZ, które dotyczy projektu pn. "Modernizacja linii kolejowej na odcinku Septemwri - Płowdiw - część transeuropejskiej sieci kolejowej", odcinek 3: Stambolijski - Płowdiw, od km 138 + 755 do km 154 + 564". Co istotne, projekt ten był wykonywany przez tego samego członka konsorcjum tj. spółkę PORR BAU GmbH oraz na rzecz tego samego zamawiającego tj. National Railway Infrastructure Company (NRIC). Projekt ten dotyczył przebudowy co najmniej 5 km toru oraz co najmniej 5 km linii trakcyjnej na linii dwutorowej o parametrach wymaganych przez Zamawiającego oraz co najmniej 3 km robót wykonana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich. Tym samym Odwołujący bezspornie spełnia i spełniał na dzień składania ofert wymagania Zamawiającego opisane w pkt. 8.6.1 a) i b) SIWZ.

Z uwagi na fakt, że inwestycja wskazana w przedstawionych przez Odwołującego PORR JEDZ oraz wykazie robót oraz nowa referencja były realizowane na rzecz tego samego zamawiającego National Railway Infrastructure Company w Bułgarii, w JEDZ oraz wykazie robót omyłkowo znalazł się opis dotyczący budowy linii dwutorowej, podczas gdy faktycznie inwestycja dotyczyła linii jednotorowej, a przedłożona referencja winna dotyczyć tylko warunku udziału opisanego w pkt. 8.6.1 lit. c) SIWZ (budowa stacji). Z załączonej do niniejszego odwołania referencji wynika jednoznacznie, że Odwołujący posiada stosowne doświadczenie dotyczące warunku opisanego w pkt. 8.6.1 lit. a i b SIWZ, a tym samym jest podmiotem zdolnym wykonać zamówienia objęte Postępowaniem.

Odwołujący wskazał, że automatyzm wykluczenia z postępowania wykonawcy, który jest zdolny do wykonania zamówienia oraz faktycznie posiada stosowne doświadczenie stoi również w sprzeczności z jednym z głównych celów stosowania procedury udzielenia zamówienia tj. racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Wykluczenie Odwołującego, który zaoferował za wykonanie zamówienia cenę ofertową 153 479 400,00 zł brutto i wybór kolejnego z wykonawców, z ceną ofertową 158 353 332,81 zł brutto powoduje, że koszty wykonania zamówienia rosną w niniejszym przypadku o prawie 5 000 000,00 zł.

Odwołujący nie zgadza się z Zamawiającym, co do twierdzenia, że „zgodnie z ugruntowaną linią orzecznictwa, w przypadku stwierdzenia okoliczności składania informacji

nieprawdziwych przez Wykonawcę, Zamawiający nie ma prawa i obowiązku badania, czy Wykonawca posiada inne doświadczenie, czy też jest to jego jedyne doświadczenie, które mógł wykazać na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu." Należy zauważyć, że linia orzecznicza, na którą powołuje się Zamawiający została ukształtowana na gruncie nieobowiązującego już stanu prawnego i dotyczyła interpretacji przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Co w ocenie Odwołującego istotne, po nowelizacji ustawy Pzp z 22 czerwca 2016 r., przesłanki wykluczenia związane z wprowadzeniem zamawiającego w błąd wyraźnie podzielono na takie, które dotyczą wprowadzenia w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wykonawcy, a które dotyczą braku podstaw wykluczenia, spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, spełniania kryteriów selekcji (art. 24 ust. 1 pkt. 16 Pzp) oraz przedstawienia w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających zamawiającego w błąd w pozostałym zakresie (art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp).

Odwołujący podkreślił, że w odróżnieniu od przepisów obowiązujących przed nowelizacją Pzp, zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp zarówno przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt. 16 jak i art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp została objęta tzw. procedurą samooczyszczenia, w której wykonawca może uwolnić się od wykluczenia z postępowania, przedstawiając i wyjaśniając okoliczności danej sprawy oraz przedstawiając środki zaradcze, które podejmuje aby uniknąć określonych nieprawidłowości w przyszłości. Powyższa regulacja przesądza zatem fakt, że w okolicznościach danej sprawy, przed wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 16 lub 17 Pzp Zamawiający winien wezwać Odwołującego PORR co najmniej do złożenia stosownych wyjaśnień. Automatyczne wykluczenie zdaniem Odwołującego spowodowało, że wbrew przepisowi art. 24 ust. 8 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 Pzp, został on pozbawiony uprawnienia do wyjaśnienia okoliczności, które zamawiający mógł kwalifikować jako wprowadzenie w błąd oraz do zastosowania procedury samooczyszczenia w danym postępowaniu.

Odwołujący określił, że nie podziela stanowiska przedstawionego przez Zamawiającego wyrażonego m.in. w pkt. 12-15 Informacji o wykluczeniu, tj: „Gdyby Zamawiający nie zweryfikował prawdziwości oświadczenia Wykonawcy doprowadziłoby to do wyboru Jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy wykonawca ten faktycznie nie wykazał potencjału do realizacji przedmiotowego zamówienia". Jednocześnie Zamawiający w uzasadnieniu powołał się na fragment uzasadnienia wyroku KIO o sygn. akt KIO 618/17, które zapadło w zupełnie odmiennym od przedmiotowej sprawy stanie faktycznym, a tym samym było całkowicie nieadekwatne.

Przez zaniechanie wezwania Odwołującego PORR do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów Zamawiający pozbawił go możliwości wyjaśnienia całokształtu okoliczności sprawy, które winno stanowić punkt wyjścia do oceny czy faktycznie zachodzą przesłanki zastosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 16 lub 17 Pzp oraz możliwości wykazania, że Odwołujący posiada stosowne doświadczenie.

Przyjęcie stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego w treści Informacji o wykluczeniu polegającego na automatycznym wykluczeniu Odwołującego PORR z postępowania skutkowało jego zdaniem nie tylko wypaczeniem interpretacji przepisów art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 Pzp, ale prowadziło do pozbawienia możliwości realizacji zamówienia przez wykonawcę, który faktycznie [obiektywnie legitymuje się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem oraz skutkuje nieracjonalnym wydatkowaniem środków publicznych.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że w przypadku obu odwołań nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 Pzp. Wobec tego Izba uznała, że żadne z tych odwołań nie podlega odrzuceniu.

KIO 113/18

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy,

uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Podstawowym argumentem jakim kierowała się Izba oddalając odwołanie był art. 192 ust. 2 Pzp stanowiący, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Biorąc pod uwagę, że Izba oddaliła również odwołanie w sprawie o sygn. akt. KIO 116/18 ewentualne uwzględnienie odwołania w przedmiotowej sprawie nie zmieniłoby sytuacji Odwołującego w postępowaniu. Po wykluczeniu z postępowania Konsorcjum PORR najkorzystniejszą, nie podlegającą odrzuceniu, ofertą jest ta złożona przez Odwołującego BUDIMEX. W tej sytuacji, niezależnie od rozstrzygnięcia Izby w przedmiotowej sprawie, lista rankingowa ofert nie uległaby zmianie. Konsorcjum PORR zostało wykluczone z postępowania przez Zamawiającego. Odwołanie (sygn. akt KIO 116/18), które miało przywrócić tego wykonawcę do postępowania zostało przez Izbę oddalone. W tej sytuacji pozbawiony znaczenia jest fakt, czy p. S., wskazany jako osoba mająca pełnić funkcje kierownika budowy przez konsorcjum PORR ma uprawnienia zgodne z wymogami SIWZ, czy też, zgodnie z twierdzeniem Odwołującego, ma uprawnienia z ograniczeniami.

Niezależnie od zaistnienia wskazanej wyżej przesłanki z art. 192 ust. 2 Pzp nakazującej oddalenie odwołania ze względu na jego brak wpływu na przebieg postępowania Izba uznała, że żaden z zarzutów postawionych Zamawiającemu przez Odwołującego nie potwierdził się.

W zakresie postawionego w odwołaniu zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp Izba wzięła pod uwagę następujące okoliczności i argumenty: Zamawiający postawił następujący wymóg w SIWZ, co do uprawnień i doświadczenia zawodowego osoby mającej pełnić funkcję kierownika budowy:

- 1) uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych;
- 2) co najmniej pięć lat doświadczenia, na stanowisku Kierownika Budowy lub kierownika robót lub inspektora nadzoru (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) przy robotach związanych z budową lub przebudową (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) infrastruktury kolejowej, w tym co najmniej jednej stacji kolejowej.

Co do żądanych uprawnień Zamawiający zawarł w SIWZ następującą informację:

„Przez ww. uprawnienia budowlane Zamawiający rozumie uprawnienia budowlane, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2017 r., poz. 1332 ze zm.) oraz w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11.09.2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014 r., poz. 1278 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 (t. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 65)”.

Osoba zaproponowana przez konsorcjum PORR, p. S., legitymuje się uprawnieniami wydanymi na podstawie przepisów Rozporządzenia z 1975 roku. Upoważniony jest on do wykonywania samodzielnych funkcji projektanta oraz kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-inżynierskiej w zakresie linii, węzłów i stacji kolejowych oraz upoważniony jest do:

- 1) do sporządzania projektów linii, węzłów i stacji kolejowych, peronów, ramp oraz typowych przepustów i mostów — o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych;
- 2) do kierowania, nadzorowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie linii, węzłów i stacji kolejowych, peronów, ramp oraz typowych przepustów i mostów — o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych.

Oceniając argumentację stron zawartą w treści odwołania i pism procesowych

oraz przedstawioną w toku rozprawy, Izba stanęła na stanowisku, że biorąc pod uwagę fakt, że uprawnienia nadane p. J. S. zostały wydane w oparciu o przepisy nieobowiązującego obecnie Rozporządzenia z 1975 roku, które nie posługiwały się pojęciem „uprawnień z ograniczeniami” czy „uprawnień bez ograniczeń”, to ocena zakresu uprawnień powinna być dokonywana zawsze w kontekście danej inwestycji. Sformułowania „o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych” nie można zatem utożsamiać z „ograniczonym zakresem” uprawnień. Są to różne pojęcia i nie ma podstaw do interpretacji zmierzającej do uznania ich za synonimiczne. Z tego względu, w ocenie Izby, p. J. S. posiada uprawnienia pozwalające mu na pełnienie funkcji kierownika budowy przy realizacji inwestycji, dla której prowadzone jest postępowanie. Z tego względu Izba uznała, że w zakresie wymogu dysponowania osobą kwalifikującą się do pełnienia funkcji kierownika budowy konsorcjum PORR należy wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Z tych samych powodów Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez przyznanie Konsorcjum PORR punktów w ramach kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ (pkt 20.7.2 SIWZ). Wbrew twierdzeniu Odwołującego BUDIMEX Zamawiający nie miał podstaw, by nie przyznać Konsorcjum PORR punktów w kategorii doświadczenia personelu.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum PORR, mimo że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a dotyczące rodzaju uprawnień posiadanych przez osobę wskazaną w ofercie Konsorcjum PORR do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, Izba uznała za bezzasadny. Badając dokumentację z przedmiotowego postępowania Izba uznała działania Zamawiającego w tej materii za prawidłowe. Zamawiający po otrzymaniu od Konsorcjum Budimex informacji jakoby zaproponowany przez Konsorcjum PORR Kierownik Budowy, p. S. nie posiadał wymaganych w SIWZ uprawnień, przeprowadził analizę stanu faktycznego i prawnego. Wnioski płynące z otrzymanych opinii i przeprowadzonej ekspertyzy jednoznacznie wskazywały, że p. S. posiada uprawnienia wystarczające, by wypełniać określone w SIWZ obowiązki. Ponadto Izba zwraca uwagę, że do wprowadzenia w błąd konieczne jest posłużenie się nieprawdziwą informacją. Konsorcjum PORR informując Zamawiającego o zakresie przysługujących p. S. uprawnień podało prawdziwe dane. Zatem nawet gdyby Zamawiający uznał, że proponowany Kierownik Budowy nie spełnia warunków określonych w SIWZ, to i tak nie miałby podstaw do wykluczenia Konsorcjum PORR za wprowadzenie w tej kwestii w błąd.

Za całkowicie bezzasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PORR, w sytuacji gdy wystąpiły przesłanki zobowiązujące Zamawiającego do wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu. Zamawiający dokonując w dniu 9 stycznia 2018 roku czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum PORR na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp odrzucił jego ofertę, zatem zarzucane Zamawiającemu zaniechanie w ogóle nie zaistniało.

Biorąc pod uwagę całokształt ocenionych w toku rozpoznania sprawy działań Zamawiającego Izba nie dopatrzyła się podstaw do uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów ani dowodów na potwierdzenie tego zarzutu, nie odnosząc się do niego w uzasadnieniu odwołania ani w toku rozprawy. W tej sytuacji odwołanie w tym zakresie nie mogło zostać uwzględnione.

KIO 116/18

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Izba uznała, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp i art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp oraz w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp,

w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z punktem 8.6.1. SIWZ o zamówienie mógł ubiegać się wykonawca, który w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał:

a) Robotę lub roboty budowlane wykonane w ramach jednej lub więcej umów, na zakres których składają się budowa lub przebudowa co najmniej 5 km toru (suma kilometrów toru szlakowego i głównego zasadniczego) na linii dwutorowej zelektryfikowanej dla prędkości $V > 160$ km/h, przy czym co najmniej 3 km robót wykonana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich,

b) Robotę lub roboty budowlane wykonane w ramach jednej lub więcej umów, na zakres których składają się: budowa lub przebudowa co najmniej 5 km sieci trakcyjnej (suma kilometrów sieci trakcyjnej w zakresie toru szlakowego i głównego zasadniczego) wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii dwutorowej zelektryfikowanej dla prędkości

$V > 160$ km/h, przy czym co najmniej 3 km robót wykonana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich,

c) Robotę lub roboty budowlane wykonane w ramach jednej lub więcej umów, na zakres których składają się budowa lub przebudowa: jednej stacji kolejowej (przy czym budowa lub przebudowa obejmowała co najmniej sześć torów głównych wraz z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem, siecią trakcyjną i urządzeniami srk, a roboty wykonywane były przy prowadzonym ruchu pociągów na tej stacji), o wartości co najmniej sto milionów złotych brutto lub dwóch stacji kolejowych (przy czym budowa lub przebudowa dla każdej ze stacji obejmowała co najmniej cztery tory główne wraz z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem, siecią trakcyjną, a roboty wykonywane były przy prowadzonym ruchu pociągów na tej stacji), o wartości co najmniej pięćdziesiąt milionów złotych brutto każda,

d) Robotę lub roboty budowlane wykonane w ramach jednej umowy, na zakres której składa się budowa co najmniej 1 systemu komputerowych stacyjnych urządzeń srk (sterowania ruchem kolejowym), na stacji liczącej co najmniej 8 zwrotnic dla prędkości $V > 160$ km/h.

Wykonawca zobowiązany był do łącznego spełnienia warunków określonych w lit. a-d, przy czym uprawniony był do wykazania robót spełniających kilka spośród powyższych wymagań.

Na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt. 8.6.1. lit. a-c Odwołujący PORR wykazał się robotą budowlaną realizowaną na rzecz Odbiorcy National Railway Company w Bułgarii. Wykonawca wskazał, że w ramach inwestycji wykonana została:

1) budowa/przebudowa 55 km toru (suma kilometrów toru szlakowego i głównego) na linii dwutorowej zelektryfikowanej dla prędkości 160 km/h - na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt. 8.6.1. lit. a) SIWZ

2) budowa/przebudowa co najmniej 60,600 km sieci trakcyjnej (suma kilometrów sieci trakcyjnej w zakresie toru szlakowego i głównego zasadniczego) wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii dwutorowej zelektryfikowanej dla prędkości 160 km/h - na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt. 8.6.1. lit. b) SIWZ - jednocześnie Wykonawca ten oświadczył, że całość ww. robót wykonana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich;

3) przebudowa dwóch stacji kolejowych (przy czym przebudowa dla każdej ze stacji obejmowała co najmniej cztery tory główne wraz z nawierzchnią i podtorzem i odwodnieniem, siecią trakcyjną i urządzeniami srk, a roboty wykonywane były przy prowadzonym ruchu pociągów na tej stacji na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt. 8.6.1. lit. c) SIWZ

Wykazanie wyżej wskazanych robót budowlanych miało formę oświadczenia własnego PORR BAU GmbH. W związku z dokonaniem czynności oceny ofert w Postępowaniu na podstawie przyjętych kryteriów, oferta złożona przez Odwołującego została najwyżej oceniona, w wyniku czego został on wezwany m.in. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienia powyższych warunków. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący PORR złożył dokumenty, w tym wykaz wykonanych robót

budowlanych, którego treść była zbieżna z oświadczeniem złożonym w treści Jednolitego Dokumentu.

Zamawiający, weryfikując oświadczenia i dokumenty złożone przez Odwołującego PORR, korzystając z informacji dostępnych na stronie internetowej projektu, na który powoływał się PORR BAU GmbH w celu wykazania spełnienia wymogów określonych w SIWZ, ustalił, że zakres wykonywanych przez niego robót budowlanych na rzecz National Railway Company w Bułgarii jest niezgodny ze złożonym oświadczeniem i dokumentacją złożoną w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Faktycznym zakresem robót Wykonawcy prowadzonych na rzecz Odbiorcy National Railway Company w Bułgarii objęty był jednotorowy odcinek linii kolejowej. Cała linia kolejowa przed modernizacją (tj. ok. 150 km) była linią dwutorową jedynie na odcinku ok. 20 km, przy czym nie był to odcinek przeznaczony do realizacji robót przez PORR BAU GmbH. W internetowej galerii projektu zawarto dwie fotografie z terenu budowy odcinka wykonywanego przez PORR BAU GmbH, z których jednoznacznie wynika, że prace wykonywane były na odcinku linii jednotorowej.

W tej sytuacji Zamawiający uznał, że jego obowiązkiem jest wykluczenie Odwołującego PORR z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

Izba ustaliła, że co do powyższych okoliczności nie ma sporu między stronami. Odwołujący PORR nie zaprzeczył, że podane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu informacje były nieprawdziwe.

Izba ustaliła, że niewątpliwym jest, że Zamawiający w wyniku działania Odwołującego PORR został wprowadzony w błąd, czyli działał pod wpływem niezgodnego z rzeczywistością wyobrażenia o istniejącym stanie rzeczy. Świadczy o tym fakt, że Zamawiający wstępnie uznał ofertę Odwołującego na najkorzystniejszą, wezwał go do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp. Następnie, po uzupełnieniu oferty, Zamawiający ocenił ją i przyznał punkty. Dopiero później, w toku dodatkowej weryfikacji powziął informacje, że Odwołujący w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu posłużył się nieprawdziwymi informacjami. Świadczy to o spełnieniu przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp tj. o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd.

W tej sytuacji, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 16 i art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp obowiązkiem Zamawiającego było wykluczenie Odwołującego PORR z postępowania.

W przypadku stwierdzenia zawinionego wprowadzenia w błąd Zamawiającego przy przedstawieniu informacji przez wykonawcę, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania bez wezwania go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Izba uznała, że rację ma Zamawiający twierdząc, że umożliwienie Odwołującemu uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku doświadczenia w praktyce byłoby tożsame z pozwoleniem mu na zamianę dokumentów zawierających informacje nieprawdziwe na prawdziwe i to w sytuacji, gdy Zamawiający sam odkrył, że został wprowadzony w błąd. Takie traktowanie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przeczyłoby ich sensowi. Przepisy te stanowią sankcję dla nieuczciwych bądź niedbałych wykonawców. Celem tej regulacji jest zmuszanie wykonawców do zachowywania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego, pod rygorem wykluczenia z postępowania. Pozostawienie w postępowaniu wykonawcy, który wprowadził Zamawiającego w błąd, z zastosowaniem art. 26 ust. 3 Pzp lub art. 26 ust. 4 Pzp doprowadzałoby do sytuacji, gdy nieuczciwym wykonawcom wręcz opłacałoby się posługiwać nieprawdziwymi informacjami, bo nie wiązałoby się to dla nich z żadnym ryzykiem.

Izba nie wzięła pod uwagę argumentacji Odwołującego dotyczącej dopuszczenia go do zastosowania procedury samooczyszczenia. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Odwołujący nie zarzucił Zamawiającemu naruszenia art. 24 ust. 8 Pzp, wobec czego odwołanie w tym zakresie musiało zostać oddalone. Izba zwraca jednak uwagę, że stanowisko Odwołującego w kwestii okoliczności i sposobu przeprowadzenia procedury samooczyszczenia w sytuacji wprowadzenia w błąd jest nieprawidłowe. Wykonawca, który wprowadził w błąd Zamawiającego nie ma powodów oczekiwać, że zostanie przez niego w jakikolwiek sposób wezwany do dokonania samooczyszczenia. Art. 24 ust. 8 Pzp nie pozostawia wątpliwości, co do faktu, że z inicjatywą samooczyszczenia musi wystąpić winny wprowadzenia zamawiającego w błąd wykonawca. Potwierdza to treść art. 24 ust. 9 Pzp stanowiącego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę

i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8. Łączna interpretacja art. 24 ust. 8 i 9 Pzp wskazuje, że to wykonawca ma wystąpić z inicjatywą samooczystczenia i przedstawić zamawiającemu dokumenty dające mu podstawy do odstąpienia od obowiązku wykluczenia wykonawcy. Procedura ta służy dobrowolnemu naprawieniu szkody - wykonawca winny wprowadzenia w błąd musi się do tego przyznać zanim fakt ten uświadomi sobie zamawiający. W przeciwnym wypadku zastosowanie ma art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Przepis ten nie przewiduje możliwości zaoferowania wykonawcy „drugiej szansy”. Łączna interpretacja art. 24 ust. 8 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp prowadzi do wniosku, że aby móc dokonać samooczystczenia, wprowadzenie Zamawiającego w błąd, jako pierwszy musi uświadomić sobie winny tego wykonawca. Następnie powinien:

- 1) poinformować o zdarzeniu Zamawiającego,
- 2) wskazać jakie informacje są nieprawdziwe bądź nierzetelne,
- 3) wyjaśnić okoliczności w jakich doszło do ich przekazania Zamawiającemu,
- 4) wskazać sposób w jaki na przyszłość wykonawca ma zamiar zabezpieczyć się przed powtórzeniem się tego rodzaju sytuacji, w tym ewentualnie poinformować czy i jakie konsekwencje służbowe wykonawca wyciągnął wobec odpowiedzialnych za wprowadzenie Zamawiającego w błąd pracowników,
- 5) przekazać informacje rzetelne w miejsce nieprawidłowych.

Oczekiwanie, że Zamawiający po odkryciu, że został wprowadzony w błąd podejmie jakiegokolwiek działania zmierzające do umożliwienia wykonawcy uniknięcia wynikających z ustawy skutków nie znajduje podstaw prawnych. Obowiązkiem Zamawiającego jest w takiej sytuacji zastosowanie wobec wykonawcy sankcji wykluczenia go z postępowania.

Zamawiający w przedmiotowej sprawie nie miał również podstaw do wzywania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Wezwanie do wyjaśnień jest narzędziem przysługującym Zamawiającemu w sytuacji, gdy potrzebne jest wyjaśnienie określonych okoliczności związanych z oświadczeniami i dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Celem wezwania do wyjaśnień jest rozwianie wątpliwości Zamawiającego co do treści ww. oświadczeń i dokumentów. W sytuacji, gdy ustalony przez Zamawiającego stan faktyczny jest jasny i wątpliwości nie budzi, Zamawiający nie ma powodów, by wzywać wykonawcę do złożenia wyjaśnień. W przedmiotowej sprawie wezwanie tego typu niczemu by nie służyło. W ocenie Izby Zamawiający ustalił ponad wszelką wątpliwość, że Odwołujący na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu posłużył się nieprawdziwymi informacjami. Wyjaśnienia Odwołującego

PORR niczego by nie zmieniły, ponieważ pozyskane przez Zamawiającego dane jasno wskazywały, że inwestycja, na którą powoływał się Odwołujący PPORR dotyczyła prac przy linii kolejowej jednotorowej, a nie dwutorowej. Ustalenia zostały dokonane z należytą starannością, a Odwołujący nie kwestionował faktów stanowiących podstawę wykluczenia go z postępowania. W tej sytuacji oczekiwanie Odwołującego, że powinien zostać wezwany do wyjaśnień jest bezpodstawne. Zamawiający ustalił stan faktyczny, a następnie zastosował wobec Odwołującego sankcję wynikającą z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, co w ocenie Izby było działaniem w pełni prawidłowym. Z tego względu Izba uznała, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp i art. 26 ust. 4 Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

W ocenie Izby nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, że niemożliwe jest wprowadzenie Zamawiającego w błąd, co do spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu przez przedstawienie mu nieprawdziwej informacji w sytuacji, gdy wykonawca ten z obiektywnego punktu widzenia spełnia warunki udziału. Izba podkreśla, że wyrażona w art. 7 ust. 1 Pzp zasada równego traktowania wykonawców nie pozwala na inne traktowanie wykonawców, którzy obiektywnie spełniają warunki udziału w postępowaniu. Izba wskazuje, że ustawa Pzp nie rozróżnia obiektywnego i subiektywnego spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie ma też definicji legalnych pozwalających na ustalenie czym różni się jeden sposób spełniania warunków od drugiego. Na moment wyboru najkorzystniejszej oferty możliwe są dwa stany - wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i wykonawca warunków udziału nie spełnia. Co za tym idzie, wykonawca, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób zgodny z ustawą Pzp i wymogami SIWZ, warunków tych nie spełnia. Realny potencjał techniczny,

doświadczenie, wiedza, zasoby finansowe itp. wykonawcy nie mają dla Zamawiającego żadnego znaczenia, o ile nie zostaną mu wykazane w wymagany prawem sposób. Ze względu na zasadę równego traktowania wykonawców Zamawiający obowiązany jest do takiego samego sposobu oceny spełniania warunków przez wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 wraz ze zm.).

Przewodniczący:.....