

WYROK

z dnia 5 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant:

Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2018 r. przez wykonawcę ZUE S.A., z siedzibą w Krakowie,
w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie,
przy udziale wykonawcy Trakcje PRKil S.A., siedzibą w Warszawie zgłaszającego
przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 1 w zw. z cz. III pkt 1 lit. a SIWZ i nakazuje zamawiającemu: (i) odtajnienie załączników do pisma wykonawcy Trakcje PRKil S.A. z dnia 24 kwietnia 2018 r.; (ii) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (iii) wykluczenie wykonawcy Trakcja PRKil S.A., z siedzibą w Warszawie z postępowania; (iv) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie i :
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ZUE S.A., z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie na rzecz wykonawcy ZUE S.A., z siedzibą w Krakowie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Krakowie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 988/18

UZASADNIENIE

W dniu 18 maja 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy ZUE S.A., z siedzibą w Krakowie (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Zarządowi Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie (dalej „Zamawiający”) naruszenie:

1) Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Trakcji z postępowania, mimo faktu, iż wykonawca ten lekkomyślnie lub niedbale przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a to związane z przedstawieniem informacji:

a. w dniu 12 kwietnia 2018 r., że może wykazać doświadczenie w wykonaniu węzła rozjazdów oraz sieci trakcyjnej zdobyte na zadaniu w Grudziądzu (w' związku z udostępnieniem jej zasobów przez podmiot trzeci) podczas gdy, podmiot trzeci, na którego zasoby powoływała się Trakcja, nie wykonywał na tym zadaniu prac związanych z węzłem rozjazdów oraz sieci trakcyjnej, co zostało ustalone przez Zamawiającego w wyniku wielokrotnych wezwań do składania wyjaśnień;

b. w dniu 12 kwietnia 2018 r., jak i w kolejnych dniach, gdy składane były przez Trakcję wyjaśnienia oraz uzupełnienie, że może ona wykazać doświadczenie w wykonaniu torowiska o konstrukcji bezpodsypkowej, nawierzchni asfaltowej lub betonowej i długości minimum 1 000 mpt na zadaniu w Grudziądzu (w' związku z udostępnieniem jej zasobów przez podmiot trzeci) podczas gdy, podmiot trzeci, na którego zasoby powoływała się Trakcja nie wykonał takiego torowiska na tym zadaniu;

c. c. w dniu 30 kwietnia 2018 r., że może ona wykazać doświadczenie w wykonaniu węzła rozjazdów na zadaniu w Gdańsku (w' związku z udostępnieniem jej zasobów przez podmiot trzeci) podczas gdy, podmiot trzeci, na którego zasoby powoływała się Trakcja nie wykonał na tym zadaniu węzła rozjazdów, ale cztery pojedyncze rozjazdy, a jednocześnie były one wykonane na torowisku „klasycznym”, a nie bezpodsypkowym;

2) art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp przez a. zaniechanie wykluczenia Trakcji z Postępowania, mimo faktu, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a to związane z przedstawieniem zobowiązania, jakie pochodziło od tego samego podmiotu trzeciego z tej samej daty, co zobowiązanie pierwotne, dostosowanego (rozszerzonego) do zarzutów, jakie Zamawiający postawił gdy kwestionował pierwotne zobowiązanie podczas gdy pokazuje to celowe działanie Trakcji celem wykazania spełnienia przez siebie warunków udziału w postępowaniu, które doprowadziło Zamawiającego w błąd odnośnie daty dysponowania zasobami podmiotu trzeciego;

3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez:

a. wzywianie Trakcji do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp „dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia” (pismo Zamawiającego z dnia 27 kwietnia 2018 r.) podczas gdy Zamawiający wzywał już w tym zakresie Trakcję w dacie 29 marca 2018 r., gdy wzywał on Trakcję do przedłożenia zobowiązania podmiotu trzeciego w zakresie udostępnienia zasobu w postaci „wiedzy i doświadczenia, co prowadzi do naruszenia zasady jednokrotności wzywania i równego traktowania b. wzywianie Trakcji do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w sytuacji, gdy podmiot ten złożył nieprawdziwe informacje podczas gdy w sytuacji złożenia nieprawdziwych informacji aktualizuje się obowiązek wykluczenia danego wykonawcy z udziału w postępowaniu;

4) 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp w zw. z cz. III pkt 1 lit. a) SIWZ przez zaniechanie wykluczenia Trakcji mimo, iż podmiot ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu określonych w cz. III pkt 1 lit. a) SIWZ, zarówno:

a. gdy (co jest związane z zarzutem nr 3) po uzupełnieniu już zobowiązania, które pochodziło od TOR-KAR-SSON sp. o.o. sp.k. w dniu 30 marca 2018 r. okazało się, że Trakcja dalej nie jest w stanie wykazać się odpowiednim doświadczeniem (a co Zamawiający ustalił w wyniku złożonych wyjaśnień);

b. gdy Trakcja przedstawiła drugie zobowiązanie TOR-KAR-SSON sp. o.o. sp.k. w dacie 30 kwietnia 2018 r. z załącznikiem nr 3 do SIWZ - oświadczeniem w zakresie doświadczenia, wedle których Trakcja ma doświadczenie w zakresie zadania w Gdańsku odnośnie węzła rozjazdów, co nie jest prawdą, gdyż na tym zadaniu nie wykonywała węzła rozjazdów, ale 4 pojedyncze rozjazdy;

5) Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia załączników do pisma z dnia 24 kwietnia 2018 r. autorstwa Trakcji, mimo iż nie sposób uznać, by dokumenty te stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o: 1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej jako „KIO”) odwołania i jego uwzględnienie. 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania, w tym dowodu z opinii biegłego (pkt 29, jak i 31 odwołania) z ewentualnym wezwaniem biegłego, celem przyspieszenia rozpoznania sprawy, na termin rozprawy, celem wydania opinii ustnej 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego oceny i badania ofert oraz czynności polegającej na wyborze oferty Trakcji jako najkorzystniejszej w Postępowaniu 4) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia załączników do pisma Trakcji z dnia 24 kwietnia 2018 r. 5) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny i badania ofert, a w związku z czym wykluczenia Trakcji z postępowania (w konsekwencji odrzucenia jej oferty) oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej 6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający ogłosił postępowanie, którego przedmiotem jest „Przebudowa ciągu ulic Królewska, Podchorążych, Bronowicka w Krakowie wraz z przebudową torowiska tramwajowego, sieci trakcyjnej, odwodnieniem, oświetleniem i przebudową kolidującej infrastruktury technicznej”. Zgodnie z punktacją przyznaną przez Zamawiającego, Trakcja uzyskała 100,00 punktów i została wybrana do realizacji przedmiotowego Zamówienia, natomiast Odwołujący otrzymał 99,05 punktów, co spowodowało uplasowanie jego oferty na drugim miejscu.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z SIWZ o zamówienie mogą ubiegać się tylko tacy wykonawcy, którzy legitymują się odpowiednim doświadczeniem w postaci zrealizowania w ostatnich 5-ciu latach przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwóch robót budowlanych w zakresie przebudowy lub budowy drogi wraz z wykonaniem torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsypkowej z nawierzchnią asfaltową lub betonową o długości minimum 1000 metrów pojedynczego toru wraz z węzłem rozjazdów i siecią trakcyjną (cz. III pkt 1 lit. a SIWZ). Zamawiający jednocześnie dodał, że wymienione zakresy mogą być

wykonane w ramach różnych zadań. Tym samym konieczne było takie przedstawienie doświadczenia, aby przynajmniej na 2 zadaniach spełnione były następujące zakresy: dwukrotne wykonanie [budowa lub przebudowa] drogi (A) dwukrotne wykonanie torowiskiem odpowiedniej konstrukcji, jak i długości nie mniejszej niż w SIWZ (B), dwukrotne wykonanie sieci trakcyjnej na takim torowisku (C) i dwukrotne wykonanie węzła rozjazdów na takim torowisku (D). Zgodnie jednak z ostatnim zdaniem warunku wykonawcy nie musieli wykazać, by w każdym z tych dwóch zadań zrealizowane zostały łącznie wszystkie 4 elementy (A-D). Możliwe było bowiem wykonanie takich zakresów w ramach różnych zadań. Mając na uwadze, że kwestionowane jest doświadczenie w zakresie torowiska (wraz z towarzyszącymi im węzłem rozjazdów i siecią trakcyjną w takim torowisku) dalej w odwołaniu nastąpi odniesienie się do tych trzech zakresów, przy czym torowisko odpowiedniej konstrukcji, nawierzchni i długości będzie określone jako zakres pierwszy, węzeł rozjazdów wykonany na takim torowisku jako zakres drugi, a sieć trakcyjna jako zakres trzeci.

Dalej Odwołujący wskazał, że Trakcja celem wykazania spełnienia przedmiotowego wykazu powołała się na zasoby w postaci doświadczenia TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie, który to podmiot zobowiązał się od oddania Trakcji zasobów w określonym w zobowiązaniu zakresie (k. 30 oferty Trakcji). Dokładniej rzecz ujmując podmiot ten (dalej także jako „Użyczający”) wskazał w swoim zobowiązaniu z dnia 8 lutego 2018 r., że oddał Trakcji zasoby „w następującym zakresie: - doświadczenie opisane w referencjach dotyczących wykonanego zadania pn. Modernizacja sieci tramwajowej w Grudziądzu” - doświadczenie opisane w referencjach dotyczących wykonanego zadania pn. „Wykonanie remontu i rozbudowy trasy tramwajowej wraz z układem torowym w ciągu al. Solidarności na odcinku od ul. Jagiellońskiej do ul. Targowej oraz trasy tramwajowej w ciągu ul. Targowej na odcinku od ul. Kijowskiej do ul. Białostockiej w Warszawie - doświadczenie opisane w referencjach dotyczących wykonanego zadania polegającego na wykonaniu remontu torowisk tramwajowych na terenie miasta Poznania: a) pętli tramwajowej Ogród - dwa tory o łącznej długości 140 mpt oraz przylegające do nich dwa perony dla wsiadających b) linii dwutorowej w ciągu ulicy Zwierzynieckiej o długości 699 mpt wraz z węzłem rozjazdowym Gajowa” oraz dwoma peronami tramwajowo-autobusowymi przystanku „Zeylanda 4”.

Odwołujący wskazał, że z uwagi na fakt, że do oferty przedmiotowe zobowiązanie pochodzące od TOR-KAR-SSON nie było przedstawione w oryginale, Trakcja została wezwana w dacie 29 marca 2018 r. w: trybie art. 26 ust. 3 PZP do uzupełnienia i przedłożenia tego dokumentu, co też uczyniła pismem, które wpłynęło do Zamawiającego w dniu 30 marca 2018 r. W konsekwencji, co jest związane z jednym z zarzutów, uzupełniła ona wówczas dokument odnoszący się do spełnienia warunku w postaci „wiedzy i doświadczenia”.

Mając na uwadze okoliczność, że oferta Trakcji została najwyżej oceniona wykonawca ten został wezwany przez Zamawiającego w dniu 3 kwietnia 2018 r. na podstawie art. 26 ust. 1 PZP do przedłożenia w określonym terminie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie przez Trakcję wymogów stawianych przez Zamawiającego. Trakcja przedkładając na podstawie wezwania wystosowanego zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w dacie 12 kwietnia 2018 r. stosowne dokumenty - a więc w szczególności załącznik nr 3 do SIWZ „Doświadczenie wykonawcy” wypełniony na datę 6 kwietnia 2018 r. - oświadczyła, że zasoby te potwierdzają spełnienie przez nią określonych wymogów, a to: a) w odniesieniu do zadania z Grudziądz - celem wykazania doświadczenia odnośnie „przebudowy drogi wraz z wykonaniem torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsyphkowej z nawierzchnią asfaltową lub betonową o długości minimum 1000 metrów pojedynczego toru wraz z węzłem rozjazdów i siecią trakcyjną” (wszystkie 3 zakresy) b) w odniesieniu do zadania z Warszawy - celem wykazania doświadczenia odnośnie przebudowy drogi wraz z wykonaniem torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsyphkowej z nawierzchnią asfaltową lub betonową o długości minimum 1000 metrów pojedynczego toru wraz z siecią trakcyjną (zakres pierwszy i trzeci) c) w odniesieniu do zadania z Poznania - celem wykazania doświadczenia odnośnie przebudowy węzła rozjazdów (zakres drugi). W ocenie Odwołującego doświadczenia Trakcji uzyskane podczas realizacji inwestycji w Grudziądzu spełniały wszystkie 3 zakresy (torowisko o odpowiedniej konstrukcji, nawierzchni i długości, węzeł i sieć trakcyjną), zadanie z Warszawy pierwszy i trzeci zakres (torowisko o odpowiedniej konstrukcji, nawierzchni i długości i sieć trakcyjną), a z Poznania zakres drugi (węzeł rozjazdów), a tym samym Trakcja spełniała wymogi stawiane przez Zamawiającego. Gdyby zatem powyższe polegały na prawdzie Trakcja w ten sposób wykazałaby spełnienie wymogu opisanego w cz. III pkt 1 lit. a) SIWZ, gdyż, sumarycznie miałyby doświadczenie w zakresie dwukrotnego wykonania każdego z zakresów.

Odwołujący wskazał, że mimo jednoznaczności oświadczenia Trakcji w zakresie

doświadczenia, jakim się może wykazać (Trakcja oświadczyła bowiem wyraźnie, że posiada ona doświadczenie w wykonaniu określonych zakresów na poszczególnych zadaniach) Zamawiający zwrócił się z zapytaniem, czy rzeczywiście prace - tak jak opisane zostało to w oświadczeniu złożonym dnia 12 kwietnia 2018 r. (ujętych w załączniku nr 3 datowanym na dzień 6 kwietnia 2018 r.) - zostały wykonane przez TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. Wynikało to z faktu, że referencje przedstawione przez Trakcję wskazywały na bardzo szeroki zakres prac realizowanych na tych zadaniach, jak i z faktu, że na zadaniach w Grudziądzu i Warszawie TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. realizowała przedmiotowe zadania nie samodzielnie, ale w ramach konsorcjum. Zamawiający powołując się zresztą na orzecznictwo TS UE odnośnie możliwości uzyskania doświadczenia w przypadku, gdy prace były realizowane w ramach konsorcjum, chciał zatem ustalić, czy na pewno oświadczenie Trakcji polega na prawdzie. Innymi słowy Zamawiający, mimo jednoznacznej treści oświadczenia Trakcji, chciał uzyskać pewność, że spośród prac ujętych w referencjach akurat te prace (torowisko o odpowiedniej konstrukcji, nawierzchni i długości, węzeł rozjazdów i sieć trakcyjna - zadanie w Grudziądzu, oraz torowisko o odpowiedniej konstrukcji, nawierzchni i długości oraz sieć trakcyjna - zadanie w Warszawie) były realizowane przez TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. - zgodnie z tym, co oświadczyła Trakcja. W konsekwencji Zamawiający zwrócił się pismem z dnia 17 kwietnia 2018 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o złożenie stosowanych wyjaśnień. 8. W odpowiedzi Trakcja wystosowała wyjaśnienia, które zostały całkowicie utajnione, przy czym Zamawiający odtajnił to pismo na wniosek Odwołującego z dnia 10 maja 2018 r. w dacie 15 maja 2018 r. W piśmie tym Trakcja wyjaśniła, że TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. wykonała na zadaniu w Grudziądzu przebudowę torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsytkowej z nawierzchnią betonową/asfaltową o długości 2.953 metrów pojedynczego toru.

Odwołujący wskazał, że z powyższych wyjaśnień wynikało, że Trakcja złożyła nieprawdziwe oświadczenie, gdy 12 kwietnia przedłożyła ona załącznik nr 3, w którym oświadczyła, że może wykazać się ona odpowiednim doświadczeniem z Grudziądza w zakresie: „przebudowy drogi wraz z wykonaniem torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsytkowej z nawierzchnią asfaltową lub betonową o długości minimum 1000 metrów pojedynczego toru wraz z węzłem rozjazdów i siecią trakcyjną”. Z wyjaśnień wynikało wszak, że — inaczej niż w oświadczeniu złożonym w dniu 12 kwietnia 2018 r. — na zadaniu tym nie były realizowane przez Użyczącego prace związane z węzłem rozjazdów i siecią trakcyjną (jak i nie były realizowane prace „drogowe”, jednak na takie prace Trakcja przedstawiła inne jeszcze referencje.

W ocenie Odwołującego już w związku z powyższym podaniem nieprawdy powinno nastąpić wykluczenie Trakcji z udziału w postępowaniu. Zamawiający jednak kolejny raz wezwał Trakcję (wezwanie z dnia 26 kwietnia 2018 r.) do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Z pisma tego wynikało, że Zamawiający zauważył, iż: a) Trakcja złożyła oświadczenie (załącznik nr 3 do SIWZ), zgodnie z którym miała ona doświadczenie zdobyte na zadaniu w Grudziądzu we wszystkich zakresach (droga wraz z torowiskiem o odpowiedniej konstrukcji, nawierzchni i długości, węzeł rozjazdów i sieć trakcyjna), b) Trakcja złożyła wyjaśnienie w dniu 24 kwietnia 2018 r., gdzie wskazane zostało, że prace realizowane przez TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. na zadaniu w Grudziądzu odnosiło się tylko do torowiska o odpowiedniej konstrukcji, nawierzchni i długości. Zamawiający wypowiedział się bowiem dokładnie takimi słowami: „analizując tabelkę z doświadczeniem [czyli załącznik nr 3 do SIWZ - przypis Odwołujący] oraz złożone w dniu 24.04.2018 r. wyjaśnienia [Zamawiający] dostrzegł rozbieżność dotyczącą wykonania węzła rozjazdów i sieci trakcyjnej” Innymi słowy Zamawiający zauważył, że wyjaśnienie złożone przez Trakcję w dacie 24 kwietnia 2018 r. w wyniku wezwania odnośnie wskazania, jakie dokładnie prace były realizowane przez TOR-

KAR-SSON sp. z o.o. sp.k., są sprzeczne z tym, co Trakcja oświadczyła, gdy składała załącznik nr 3 do SIWZ (tabelkę z doświadczeniem).

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wezwał Trakcję raz jeszcze do złożenia wyjaśnień i wskazania przez kogo były realizowane prace dotyczące węzła rozjazdów i sieci trakcyjnej na zadaniu w Grudziądzu (mimo, iż już wynikało to z wyjaśnień pierwszych, chciał jednak uzyskać potwierdzenie tego, że Trakcja złożyła nieprawdziwe informacje w dacie 12 kwietnia 2018 r.). W odpowiedzi na tak skonstruowane wezwanie Trakcja pismem z dnia 27 kwietnia 2018 r. złożyła wyjaśnienia, z których jednoznacznie wynikało, że jej oświadczenie złożone w dniu 12 kwietnia 2018 r. nie polegało na prawdzie. W ocenie Odwołującego nie było bowiem tak, by na zadaniu w Grudziądzu TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. zdobyła doświadczenie w zakresie wykonania węzła rozjazdów i sieci trakcyjnej, a tym samym Trakcja powołując się w załączniku nr 3 do SIWZ na to doświadczenie przedstawiła stan rzeczy niezgodny z rzeczywistością.

W ocenie Odwołującego już tylko z tego powodu należałoby uznać, że Zamawiający nie miał prawa dokonać wyboru oferty Trakcji jako najkorzystniejszej, gdyż podmiot ten winien być wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że Trakcja oświadczyła wszak w dniu 12 kwietnia 2018 r. składając tabelkę z wykazem doświadczenia - stanowiącą załącznik nr 3 do SIWZ - nieprawdę co do spełniania przez siebie wymogów w zakresie posiadania wymaganego doświadczenia (jak przewidywał to pkt 1 lit. a cz. III SIWZ) co do zakresu drugiego (węzeł rozjazdów) i trzeciego (sieć trakcyjna) na uzyskanego w związku z realizacją zadania w Grudziądzu, co jasno wynika z jej wyjaśnień, gdy została przez Zamawiającego wezwana do ich złożenia (!!!).

Odwołujący wskazał dalej, że Zamawiający w wyniku otrzymania przedmiotowego pisma z dnia 27 kwietnia 2018 r., z którego jednoznacznie wynika, że Trakcja złożyła nieprawdziwe oświadczenie w dacie 12 kwietnia 2018 r., nie wykluczył jej z postępowania, a zamiast tego, również pismem z dnia 27 kwietnia 2018 r. wezwał ją w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakującego doświadczenia (dokładniej „dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie „wiedzy i doświadczenia”) wskazując, że „Z całości dokumentacji wynika, że TOR-KAR-SSON sp. z o.o., Sp. k., czyli podmiot na zasoby którego Wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych wykonał tylko jedną robotę budowlaną w zakresie węzła rozjazdów oraz sieci trakcyjnej”. Zamawiający uczynił to mimo faktu, że Trakcja powinna była już być wykluczona z udziału w Postępowaniu z uwagi na treść art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, ale także mimo faktu, iż Trakcja już raz była wzywana do uzupełniania takich dokumentów - a to w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego (TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k.) w dacie 29.03.2018 13. Trakcja pismem z dnia 30 kwietnia 2018 r. „uzupełniła” swoją ofertę przez przedstawienie nowego zobowiązania pochodzącego od TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k., które różniło się w zakresie swojej treści od zobowiązania przedstawionego na etapie składania Zamawiającemu. Odwołujący wskazał, że nowe zobowiązanie (dalej jako zobowiązanie nr 2) wskazywało już nie 3 wcześniejsze zadania (z Grudziądza, Warszawy i Poznania), ale znalazło się w nim także czwarte zadanie publiczne pn. „1. Budowa linii tramwajowej Siedlce - Pomorska Kolej Metropolitalna. Zadanie 1.2 Odcinek od ul. F. Rakocznego do ul. Myśliwskiej, w ramach Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej - etap IIIb, 2. Budowa obiektów przy przystanku PKM „Brętowo” w ramach Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej - etap IIIb, 3. Przebudowa kanalizacji sanitarnej w ul. Bulońskiej”. Zobowiązanie to, wedle dokumentu załączonego przez Trakcję, miałoby pochodzić z tej samej daty (8.02.2018) co pierwotne zobowiązanie, co również jest przedmiotem jednego z zarzutów (a co zostanie dalej opisane). Odwołujący wskazał, że Trakcja „uzupełniła” zobowiązanie to dwukrotnie, w wyniku dwukrotnej czynności wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Pierwsze uzupełnienie miało bowiem miejsce w dacie 30 marca 2018 r. (a pierwsze wezwanie w dacie 29 marca). Przedłożeniu zobowiązania nr 2 towarzyszyło także złożenie przez Trakcję zmienionego oświadczenia - w postaci załącznika nr 3 - odmiennego w zakresie swojej treści do tego oświadczenia (załącznika nr 3), które było złożone w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. W nowym oświadczeniu złożonym w dacie 30 kwietnia 2018 r. nie było już „sieci trakcyjnej” i „węzła rozjazdów” przypisanego do zadania w Grudziądzu, a zamiast tego pojawiła się w nim nowa pozycja - dotycząca miasta Gdańsk, gdzie Trakcja oświadczyła, że w związku z tą inwestycją może wykazać doświadczeniem w zakresie drugim oraz trzecim, a więc w zakresie węzła rozjazdów i sieci trakcyjnej.

Odwołujący podkreślił, że w odniesieniu do zadania na Grudziądzu TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. nie wykonał również pierwszego zakresu (a to budowy lub przebudowy torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsyphkowej z nawierzchnią asfaltową lub betonową o długości minimum 1000 metrów pojedynczego toru). Prawdą jest bowiem to, że prace wykonane przez TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. na tym zadaniu nie obejmowały 1 000 mpt torowiska o konstrukcji bezpodsyphkowej z nawierzchnią asfaltową lub betonową - zarówno bowiem TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. nie wykonała wymaganej nawierzchni na takim torowisku, jak i nie można uznać, by jej prace polegały na wykonaniu całego torowiska (w szczególności nie wykonała takiego elementu składowego torowiska, jakim są podbudowy). Jest to jednak osobny przypadek spełnienia się przesłanki przewidzianej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp drugi zarzut (Ib) postawiony w niniejszym odwołaniu. Już bowiem wprowadzenie w błąd (czyli przedstawienie nieprawdziwych informacji), które zostało opisane jako zarzut Ia samodzielnie uzasadnia obowiązek wykluczenia Trakcji z udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego wystarczające do konieczności wykluczenia Trakcji jest to, że w dniu 12 kwietnia 2018 r. wprowadziła ona Zamawiającego w błąd odnośnie dysponowania zasobem w postaci doświadczenia co do wykonania sieci trakcyjnej i węzła rozjazdów na zadaniu w Grudziądzu, co nie jest prawdą, a mogło mieć wpływ na wynik całego Postępowania. Abstrahując jednak od tego, Odwołujący zauważył, że w odniesieniu do torowiska z zadania w Grudziądzu Trakcja, dwukrotnie złożyła nieprawdziwe oświadczenia, raz 12 kwietnia 2018 r. - gdy złożyła oświadczenie załącznik nr 3, a drugi raz, gdy podtrzymała ona przedmiotowe doświadczenie, gdy składała zmieniony załącznik nr 3 w dacie 30 kwietnia

2018 r. 15. Niezależnie od wcześniejszych uchybień, które niezależnie od siebie są samodzielnie podstawą tego, by wykluczyć Trakcję z postępowania, zauważenia wymaga, że także w wyniku „uzupełnienia” oferty, a więc przedstawienia w dacie 30 kwietnia 2018 r. nowego załącznika nr 3 (datowanego na dzień 6 kwietnia 2018 r., mimo, że był on złożony w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia z dnia 27 kwietnia 2018 r.) doszło do kolejnego przypadku złożenia przez Trakcję nieprawdziwego oświadczenia, gdyż na nowym, dodanym zadaniu (Gdańsk) nie doszło do wykonania przez TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. węzła rozjazdów, tylko do wykonania czterech pojedynczych rozjazdów (o czym dalej szerzej). Uzasadnia to, w ocenie Odwołującego, kolejny raz wykluczenie Trakcji na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zamawiający w tym zakresie, mimo oczywistości treści referencji, nie dokonał analizy przedmiotowego dokumentu z postawionym przez siebie wymogiem. Czym innym są bowiem jednak 4 pojedyncze rozjazdy od węzła rozjazdów.

W ocenie Odwołującego w sytuacji, gdy Trakcja złożyła nieprawdziwe oświadczenie (co nie budzi żadnych wątpliwości - wynika to wszak z jej własnego pisma z dnia 24 kwietnia, pierwotnie utajnionego, a następnie potwierdzonego pismem z dnia 27 kwietnia), a co miało miejsce w dacie 12 kwietnia 2018 r. (gdy przedłożyła tabelkę - załącznik nr 3 do SIWZ - z której wynikało, że może wykazać się doświadczeniem na zadaniu Grudziądz w zakresie sieci trakcyjnej i węzła rozjazdów) powinna zostać już wówczas wykluczona. Nie powinna być ona wówczas wzywana do uzupełnienia (co Zamawiający uczynił w dacie 27 kwietnia 2018 r.), tylko powinno nastąpić wykluczenie tego wykonawcy. Złożenia nieprawdziwych informacji nie można bowiem konwalidować - jest to fakt, który zaistniał w danym postępowaniu i który samodzielnie uzasadnia obowiązek, jaki leży po stronie Zamawiającego wykluczenia danego wykonawcy. Analogicznie osobne podstawy do wykluczenia są związane z podaniem przez Trakcję nieprawdy, jakoby mogła wykazać się doświadczeniem w Grudziądzu co do torowiska, a w Gdańsku odnośnie węzła rozjazdów. Jednocześnie Trakcja była już wzywana do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, po czym raz jeszcze była ona wzywana w zakresie dostarczenia dokumentów, które miały wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do „wiedzy oraz doświadczenia”.

Odwołujący dalej przedstawił analizę przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp i powołał się na orzecznictwo KIO, w tym na wyrok KIO 1509/17 z dnia 8 sierpnia 2017 r., wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2017 r., sygn. KIO 1004/17 („Dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. znajduje zastosowanie nie tylko w sytuacji skutecznego wprowadzenia w błąd zamawiającego, ale także wówczas, gdy czynność wykonawcy może wywołać taki skutek”).

Odwołujący wskazał, że pierwsze z przesłanek koniecznych do stwierdzenia naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp sprowadzająca się do przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd odnosi się do przypadku, gdy wykonawca poda informacje nieprawdziwe, co w niniejszej sytuacji z całą pewnością miało miejsce. W dniu 12 kwietnia 2018 r. Trakcja oświadczyła bowiem nieprawdę, co zostało później uchwycone przez Zamawiającego w kolejnych wezwaniach do złożenia przez Trakcję wyjaśnień. Dalej Odwołujący wskazał, że drugą przesłanką jest okoliczność, że przedstawione informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego. Z całą pewnością przesłanka ta jest spełniona - Trakcja oświadczyła bowiem, że spełnia warunki udziału w postępowaniu wymagane przez Zamawiającego. Gdyby nie dalsze działania ze strony Zamawiającego, na podstawie tak złożonego oświadczenia oferta Trakcji zostałaby uznana za najkorzystniejszą na podstawie nieprawdziwych informacji. W konsekwencji doszłoby do tego, że zamówienie zostałoby przyznane podmiotowi, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, określonych w cz. III pkt 1 lit. a) SIWZ, a to nie posiada stosownego doświadczenia. Podkreślenia też wymaga, jak wskazała to Izba w swoim wyroku z dnia 18 kwietnia 2017 r., sygn. KIO 576/17, że: „Badanie przez Izbę wpływu na wynik, w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., następuje na moment przedstawienia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji”. Badane zatem jest, czy w dacie złożenia oświadczenia mogło ono mieć wpływ na decyzje podejmowane, co z całą pewnością jest spełnione. skoro Trakcja oświadczyła nieprawdę odnośnie elementu koniecznego - tj.

Odwołujący wskazał, że wzorzec należytej staranności musi, jak już było to wcześniej wskazane, uwzględnić zwiększone oczekiwania co do zawodowych kwalifikacji dłużnika-specjalisty, co do jego wiedzy i praktycznych umiejętności skorzystania z niej. Obejmuje również znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (wyrok SA w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r., sygn. I ACa 1018/05). W konsekwencji badanie, czy podmiot zobowiązany do postępowania zgodnie z art. 355 §2 KC spełnił warunki tamże opisane musi być przeprowadzone z uwzględnieniem faktu, iż mamy do czynienia z podmiotem od którego wymaga się działania profesjonalnego,

który posiada stosowną wiedzę i który tak winien zorganizować swoją działalność, aby można było mówić o niej w kategoriach profesjonalnej. Co jednakże najważniejsze - w odniesieniu do art. 24 ust. 1 pkt 17 wystarcza samo niedbalstwo, a więc podanie nieprawdziwych informacji bez jakiegokolwiek zamiaru w wyniku zwykłego błędu. W ocenie Odwołującego w niniejszej sprawie natomiast w dniu 12 kwietnia 2018 r. Trakcja złożyła oświadczenie, zgodnie z którym powoływała się na doświadczenie w zakresie sieci trakcyjnej i węzła rozjazdów zdobyte (przez Użyczącego) na zadaniu w Grudziądzu. Po tym, jak została wezwana do złożenia wyjaśnień, bez większych problemów wskazała, że na zadaniu tym wykonywane było (w jej przekonaniu, co też nie polega na prawdzie, ale o czym dalej) jedynie „przebudowa torowiska” o odpowiedniej konstrukcji, nawierzchni oraz długości. W konsekwencji z powyższego jednoznacznie wynika, że składając w dniu 12 kwietnia 2018 r. oświadczenie działała przynajmniej niedbale. Skoro bowiem parę dni później (po otrzymaniu wezwania ze strony Zamawiającego) była w stanie ustalić, że jednak w tym zakresie (sieci trakcyjnej i węzła rozjazdów) TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. prac tych nie wykonywała, nic nie usprawiedliwia niedbalstwa, jakiego dopuściła się Trakcja na etapie składania oświadczenia w dacie 12 kwietnia 2018 r. Od wykonawcy, który składa ofertę wymaga się bowiem tego, by dochował on należytej staranności przed jej złożeniem (czy też innych dokumentów w postępowaniu), co jest szczególnie ważne w zakresie wymogów dotyczących udziału w postępowaniu, skoro są one kluczowe dla możliwości uzyskania przez danego wykonawcę zamówienia. Nie ma przy tym żadnego znaczenia okoliczność, że Trakcja korzystała w tym zakresie z doświadczenia podmiotu trzeciego, użyczającego jej referencje. Skoro decyduje się ona na korzystanie z użyczonego doświadczenia, powinna była zweryfikować otrzymane „zasoby”. Jest to potwierdzone w szeregu orzeczeń Izby. Ograniczając się do podania jedynie kilku można wskazać przywoływany już wyrok z dnia 25 września 2017 r., sygn. KIO 1901/17 gdzie to Izba wskazała, że „Staranność (ostrożność), jakiej oczekuje się od profesjonalisty, jakim jest wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia obejmuje weryfikację informacji przedstawianych zamawiającemu, a pochodzących od podmiotów trzecich”. Analogicznie Izba wskazała w wyroku z dnia 7 czerwca 2017 r., sygn. KIO 1004/17, gdzie zauważyła, że: „Ewentualne konsekwencje spowodowane podaniem nieprawdziwych informacji przez podmiot, na którego zasobach polegał wykonawca mogą obciążać jedynie wykonawcę, które się na zasoby tego podmiotu powołał”. Powyższe należy uzupełnić stwierdzeniem, że „Okres przeznaczony na opracowanie oferty, czy li okres od opublikowania lub zamieszczenia ogłoszenia o postępowaniu do upływu terminu składania ofert powinien być wykorzystany przez wykonawcę nie tylko do sporządzenia i złożenia oferty, ale także na sprawdzeniu czy podane w ofercie informacje odpowiadają prawdzie i nie będą mogły wprowadzić zamawiającego w błąd w zakresie mogącym mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia” (tak Izba w wyroku z dnia 14 czerwca 2017 r., sygn. KIO 1085/17). Skoro Trakcja mogła ustalić w ciągu jednego tygodnia, tj. po otrzymaniu wezwania od Zamawiającego z dnia 17 kwietnia 2018 r., gdy Zamawiający wniósł o wyjaśnienie, jaki zakres prac był realizowany na zadaniu w Grudziądzu przez TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k., jaki był zakres prac tego podmiotu na przedmiotowym zadaniu (co wskazała w piśmie z dnia 24 kwietnia 2018 r.) nie sposób mówić o dochowaniu przez nią należytej staranności na etapie przygotowywania oferty (przypomnienia w tym miejscu wymaga, że ogłoszenie o zamówieniu zostało dokonane 12 stycznia 2018 r., a termin na składanie ofert to był dzień 27 marca 2018 r., przy czym dokładne oświadczenie, w jakim zakresie Trakcja będzie korzystała z referencji TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. na przedmiotowym zadaniu - musiała ona złożyć dopiero 12 kwietnia 2018 r. (tak więc nawet między datą składania ofert a złożenia oświadczeń w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp było więcej niż 2 tygodnie). Nie sposób zatem uznać, że chociażby przez porównanie dat, że w dacie składania swojego oświadczenia (załącznika nr 3) Trakcja działała z należyłą starannością (przynajmniej działała bowiem niedbale). Skoro bowiem później, w ciągu 7 dni, była w stanie ustalić zakres prac TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. nie sposób usprawiedliwić jej zaniedbania wtedy, gdy przedkładała stosowne oświadczenie z powołaniem się na referencje, które pochodziły od Użyczącego.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie dysponował wiedzą, która mogła pozwolić mu na dokonanie weryfikacji prawidłowości oświadczenia Tracji w tym zakresie. Z przedstawionych referencji nie wynikało, że prace te były wykonane przez podmiot inny niż TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k., a referencje w swojej treści obejmowały także i szereg innych prac niż tylko ograniczone do branży „torowej”. W konsekwencji, gdyby Zamawiający zaufał, że Trakcja wskazała prawidłowe zakresy, jako te, które w ramach konsorcjum miał wykonać TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k., doszłoby do przyznania na podstawie takich nieprawdziwych informacji zamówienia Tracji, co raz jeszcze ukazuje fakt, że informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego.

Dalej Odwołujący wskazał, że TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. nie wykonała także prac, tak jak wynikało to z zakresu „pierwszego” wymogu opisanego w pkt 1 lit. a) cz. III SIWZ (zarzut Ib) Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że Zamawiający wymagał doświadczenia nie tylko

w wykonaniu sieci trakcyjnej, węzła rozjazdów, ale także i przebudowy lub budowy „drogi wraz z wykonaniem torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsytkowej z nawierzchnią asfaltową lub betonową o długości minimum 1000 metrów pojedynczego toru”. Konieczne było zatem wykonanie torowiska - przez które rozumiemy nie tylko ułożenie toru, ale także i wykonanie nawierzchni torowiska, jak i wykonanie warstw pod szynami. W ocenie

Odwolującego wykonawcę musiał wykazać się tym, by wykonał on torowisko w takim znaczeniu (nawierzchnia torowiska, ułożenie szyn, jak i elementy dolne pod szynami), przy jednoczesnym wskazaniu, że nawierzchnia, która została wykonana przez wykonawcę musiała być asfaltowa lub betonowa, a sama konstrukcja takiego torowiska musiała być „bezpodsytkowa”. Prawdą jest natomiast, że TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. na zleceniu w Grudziądzu nie wykonała (budowała lub przebudowała) torowiska, które charakteryzowało by się takimi cechami.

Odwolujący wskazał, że zwrócił się do Gminy - miasta Grudziądz (zamawiającego) o uzyskanie, w drodze dostępu do informacji publicznej informacji, jaki zakres był wykonany przez TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. na tymże zleceniu. W wyniku zapytania Odwołujący otrzymał od ww. zamawiającego szereg e-maili wraz z dokumentami obrazującymi zakres prac. Wynika z nich, że TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. nie wykonała torowiska o określonej minimalnej długości o nawierzchni asfaltowej lub betonowej, a prace takie były wykonywane przez innych konsorcjantów. Wynika to z następujących faktów. Należy wyjść od tego, że zgodnie z referencjami przedstawionymi przez Trakcję (czyli dokumentem określonym jako „poświadczenie”, a pochodzącym od Prezydenta Miasta Grudziądz, prace zostały zrealizowane do dnia 30 czerwca 2018 r., a wartość robót opiewała w sumie na kwotę 53.736.093,43 zł (brutto). W konsekwencji ostatnim z protokołów rozliczeniowych (kosztorysów rozliczeniowych) był kosztorys towarzyszący protokołowi odbioru nr 23 (protokół odbioru nr 23 z dnia 30 lipca 2015 r. był ostatnim z takich protokołów - gdyż prace skończyły się 30 czerwca). W kosztorysie tym, który był przedstawiony za ostatni miesiąc realizacji prac (jak wynika z jego treści obejmował on prace za okres od 1 do 30 czerwca 2015 r.), były także kolumny, które odnosiły się do całości prac. Innymi słowy, w kosztorysie tym oprócz rozliczenia prac za miesiąc czerwiec 2015 r. podano także końcowe rozliczenie całej umowy - zresztą kosztorys ten zamyka się kwotą 53.736.093,43 zł (brutto), czyli taką, na jaką opiewało całe zadanie i wynikająca z tzw. „poświadczenia” (czyli referencji). Co niezwykle istotne, w kosztorysie tym ww. końcowe rozliczenie całej umowy było rozpisane w podziale tak ogólnym, jak i w rozbiu na poszczególnych konsorcjantów. Dzięki temu możliwe jest ustalenie który z nich realizował jaki zakres prac. Dokładniej rzecz ujmując zamawiający wprowadził 3 kolumny, osobne dla każdego z wykonawców - konsorcjantów, a to dla PBDIM, dla Przedsiębiorstwa Torkarsson (czyli przedsiębiorcy Pana Z.K. działającego pod firmą „Przedsiębiorstwo Tor-karsson Z.K.” (co wynika z referencji - dokumentu nazwanego jako „poświadczenie”) oraz osobna kolumna dla „Torkarsson sp. z o.o. sp. komandytowa”, czyli dla Użyczącego. W kosztorysie tym, w jego poszczególnych wierszach, zostało wskazane, jakie dokładnie branże zostały wykonane. Były tam więc m.in. branże sanitarne, elektryczne, dotyczące urządzenia zieleni, ale także i interesująca nas branża, a to „drogowa, torowa”. Została ona wskazana na samym początku przedmiotowego dokumentu. Dokładniej branża drogowa i torowa - zgodnie z kosztorysem - dzieliła się na VI zadań: Zadanie I: Roboty drogowe i torowe odcinek 1A Stare Miasto Zadanie II: Roboty drogowe odcinek 1B - ul. Stara, Wybickiego, Legionów, pętla Tarpno Zadanie III: Roboty torowe odcinek 1B - ul. Stara, Wybickiego, Legionów, pętla Tarpno Zadanie IV: Roboty drogowe i torowe odcinek 3 - ul. Chełmińska od ul. Kraszewskiego do ul. Południowej Zadanie V: Roboty drogowe odcinek 4 - ul. Południowa i Konstytucji 3 Maja, skrzyżowanie Konstytucji 3 Maja Zadanie VI: Archeologiczne badania wyprzedzające Z przedmiotowego kosztorysu wynika, że TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k., wykonała tylko prace w ramach zadania III i IV. Na zadaniach I-II oraz V-VI jej udział wynosi bowiem „zero”. 27. W ramach zadania IV (Roboty drogowe i torowe odcinek 3 - ul. Chełmińska od ul. Kraszewskiego do ul. Południowej) realizowane było torowisko o konstrukcji podsytkowej, a więc nie spełniające warunku Zamawiającego, który wymagał bezpodsytkowej. Fakt wykonania torowiska o konstrukcji podsytkowej wynika z treści referencji, jakie przedstawiła Trakcja (dokumentu pn. „poświadczenie”) w powiązaniu z treścią kosztorysu powykonawczego (kolejnego dokumentu otrzymanego przez Odwołującego od gminy - miasta Grudziądz). Na 3-ciej stronie referencji wskazane bowiem zostało, że wykonywane były na całej inwestycji zarówno prace dot. torowiska w konstrukcji bezpodsytkowej i podsytkowej. W zakresie konstrukcji podsytkowej zamawiający w referencjach wpisał, że wykonano: „- tor z szyn rowkowych 60R2 z przytwierdzeniem typu SB do pokładów betonowych - tor z szyn kolejowych 49E1 z przytwierdzeniem typu SB do pokładów betonowych - rozjazd jednotorowy pojedynczego (3 szt.) na podrozjazdnicach z drewna twardego” W kosztorysie powykonawczym natomiast, gdzie były dokładnie rozpisane jakie prace są wykonywane na zadaniach nr I-VI prace z przytwierdzeniem typu SB do pokładów betonowych pojawiają się wyłącznie w zakresie zadania IV. Wynika to w szczególności z części kosztorysu powykonawczego dotyczącej zadania nr IV, pozycji 45d.2, 46d.2 oraz 47d.2 (strona nr 7

kosztorysu). Pozycja 45d.2 brzmi bowiem: „Układanie toru szer. 1000 mm z szyn rowkowych 60R2 z przytwierdzeniem typu SB do podkładów betonowych rozstawionych co 75 cm (szyny ze stali R260)”, pozycja 46d.2 „Układanie toru szer. 1000 mm z szyn rowkowych 60R2 z przytwierdzeniem typu SB do podkładów betonowych rozstawionych co 75 cm (szyny ze stali R290GHT)”, a pozycja 47d.2 „Układanie toru szer. 1000 mm z szyn kolejowych 49 EI z przytwierdzeniem typu SB do podkładów betonowych rozstawionych co 0.75 m (szyny ze stali R260)”. Jednocześnie zauważenia wymaga, że w ramach zadania nr IV brak jest innego ułożenia torów niż „z przytwierdzeniem typu SB do podkładów betonowych”. Oznacza to jednoznacznie, że w zakresie zadania nr IV prace dotyczyły torowiska o konstrukcji podsypkowej, podczas gdy wymogiem postawionym przez Zamawiającego było to, by wykonane zostało torowisko o konstrukcji bezpodsypkowej i nawierzchni asfaltowej lub betonowej o długości min. 1 000 mpt.

Dalej Odwołujący wskazał, że w zakresie zadania III (czyli drugiego zadania, gdzie udział TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. był większy od zera) zauważenia w pierwszej kolejności wymaga, że zamawiający gmina - miasto Grudziądz rozbił jeden odcinek prac tj. „odcinek 1B - ul. Stara, Wybickiego, Legionów, pętla Tarpno” na dwa zadania - zadanie nr II i zadanie nr III. W ramach zadania II rozliczane były Roboty drogowe odcinek IB - ul. Stara, Wybickiego, Legionów, pętla Tarpno a w ramach zadania III rozliczane były Roboty torowe odcinek 1B - ul. Stara, Wybickiego, Legionów, pętla Tarpno. Prace dotyczące nawierzchni torowiska związane z zabudową asfaltową lub betonową znalazły się w zadaniu II (Roboty drogowe odcinek IB - ul. Stara, Wybickiego, Legionów, pętla Tarpno), gdzie udział TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. miała udział wynoszący „0” (pamiętać bowiem należy, że torowisko jest w części drogi, a więc różnie na różnych zadaniach prace dotyczące nawierzchni torowiska są rozliczane). Są one bowiem ujęte w pozycji 69d.2.2 w ramach zadania II (str. 5 kosztorysu), a więc w pozycji pn. „Nawierzchnia jezdni nad płytą torową i wzdłuż krawężników najazdowych z betonu C30/37 - warstwa o grub. 5 cm”, gdzie wykonano 4.301,56 m² takiej nawierzchni. Na marginesie należy wskazać - co jest też związane z dalszymi rozważaniami, że na odcinku IB - ul. Stara, Wybickiego, Legionów, pętla Tarpno nawierzchnia torowiska była na określonych długościach betonowa, a na określonych kamienna (por. chociażby poz. 64d.2.2 oraz 65d.2.2 - str. 5 kosztorysu) - dokładniej z kostki kamiennej. Tak więc w ramach zadania II, gdzie udział TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. wynosił zero wykonywana była nawierzchnia torowiska, przy czym częściowo była ona z kostki kamiennej, a częściowo betonowa. Brak jest natomiast stosownych prac dotyczących nawierzchni w ramach zadania nr III (gdzie udział TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. był większy od zera, co - znów jedynie na marginesie - nie oznacza, że TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. wykonywał wszystkie prace torowe na zadaniu nr III - udział dwóch pozostałych konsorcjantów też jest na tym zadaniu większy od zera, a w przypadku jednego z nich prace wynosiły 150% tego co wykonał Użyczący). W konsekwencji nie sposób uznać, by podmiot ten wykonał prace polegające na budowie (lub przebudowie) „drogi wraz z torowiskiem tramwajowym o konstrukcji bezpodsypkowej z nawierzchnią asfaltową lub betonową o długości minimum 1000 metrów pojedynczego toru”, skoro nawierzchnia torowiska (kamienna i betonowa) była wykonana w ramach zadania II, gdzie udział TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. był zerowy. Oznacza to tym samym, że Trakcja nie dość, że nie spełniła wymogu stawianego przez Zamawiającego, to jeszcze kolejny raz oświadczyła nieprawdę - i to nie tylko w dacie 12 kwietnia 2018 r., ale również i wówczas, gdy złożyła wyjaśnienie z dnia 24 kwietnia 2018 r., gdy wskazała, że posiada doświadczenie w wykonaniu przebudowy torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsypkowej z nawierzchnią betonową/asfaltową o długości powyżej 1 000 mpt.

Odwołujący wyjaśnił również, że w ramach zadania III, a więc w Robotach torowych odcinek IB - ul. Stara, Wybickiego, Legionów, pętla Tarpno w' referencjach, jakie zostały dołączone przez Trakcję pojawia się sformułowanie „nawierzchnia jezdni z betonu C30/37 - 890,41 m²”. Wskazania w tym miejscu wymaga, że objaśnienie tego sformułowania znajduje się w kosztorysie powykonawczym, gdzie również pod ilością 890,41 m² wskazano, że prace te polegały na wykonaniu warstwy wyrównującej w torze na płycie żelbetowej pod nawierzchnią z kostki 9/11 cm o gr 7 cm (pozycja 132d.8 w ramach zadania nr III - str. 9 kosztorysu). Ponadto Odwołujący zauważył, że przedmiotowa ilość „890,41 m²” pojawia się w ramach zadania III jedynie w tej pozycji. Wykonanie przedmiotowych prac polegało na tym, że pod warstwą nawierzchni - tj. pod kostką kamienną (jaka jest tam ułożona) konieczne było wylanie warstwy z betonu wyrównującej powierzchnię, aby możliwe było ułożenie nawierzchni z kostki kamiennej - nie mieści się to zatem w żadnej mierze w konieczności wykonania torowiska o określonej nawierzchni. Nawierzchnię stanowi kostka kamienna, a nie asfalt czy beton, a prace na tym zadaniu ograniczały się do wylania warstwy wyrównującej, aby można było na tym posadowić nawierzchnię - tj. kostkę. Zresztą należy zauważyć, że przedmiotowe prace w kosztorysie powykonawczym (poz. 132d.8 w ramach zadania nr III - str. 9 kosztorysu) zostały ujęte w grupie prac pod nazwą „Uzupełnienie grupy robót ułożenie podbudowy i montaż torów”, a więc nie dotyczą nawierzchni. Po drugie - celem wyjaśnienia wszystkich okoliczności sprawy - wskazania wymaga, że w ramach zadania nr III znajduje się także grupa prac dotyczących „zabudowy torów i nawierzchni jezdni” (str. 8 kosztorysu pozycje 72d.3 - 83d.3). W tym zakresie rozliczone były jednak wyłącznie drobne prace związane z nawierzchnią, a zasadniczo pozycje te odnosiły się do takich prac, jak wykonanie warstwy tłucznia, zasypki

torowiska z tłucznią, uszczelnień, czy też dylatacji. Jakiegokolwiek prace dotyczące nawierzchni, które były rozliczane w ramach zadania III dotyczyły jedynie wąskich odcinków, takich jak przejście dla pieszych, albo wykonanie przejazdów dla rowerzystów przez torowisko. W żadnej mierze nie obejmuje to jednak 1 000 mpt toru, a warunek był w tym zakresie jasny - konieczne było wykazanie doświadczenia w wykonaniu torowiska o określonej konstrukcji i określonej nawierzchni o minimalnej długości, z czego wynika, że taka nawierzchnia i konstrukcja powinna być na całej wymaganej minimalnej długości toru. Odwołujący oświadczył, że w sytuacji gdyby druga strona kwestionowała powyższe, twierdząc, że w ramach zadania III wykonana była nawierzchnia betonowa lub asfaltowa torowiska, która pozwala na spełnienie wymogu, a nie, że prace te są ujęte w pozycji 69d.2.2 zadania nr II („Nawierzchnia jezdni nad płytą torową i wzdłuż krawężników najazdowych z betonu C30/37 - warstwa o grub. 5 cm”) wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego specjalności drogowej na okoliczność, że prace polegające na wykonaniu nawierzchni torowiska z asfaltu lub betonu na odcinku IB - ul. Stara, Wybickiego, Legionów, pętla Tarpno w sposób pozwalający na spełnienie wymogu, o którym mowa w cz. III pkt 1 lit. a) SIWZ były wykonywane w ramach zadania II, a więc w szczególności na okoliczności, że czym innym jest wykonanie warstwy wyrównującej w torze na płycie żelbetowej pod nawierzchnię z kostki od spełnienia wymogu, by nawierzchnia torowiska była betonowa lub asfaltowa, a wszelkie prace dotyczące nawierzchni, które były realizowane w ramach zadania nr III dotyczyły jedynie niewielkich fragmentów, z czego nie można zatem wyprowadzić wniosku, by w ramach zadania nr III wykonana została nawierzchnia torowiska asfaltowa lub betonowa, która spełniałaby warunek Zamawiającego (a więc wykonania torowiska - przez które rozumiemy także jego nawierzchnię - o określonej długości przynajmniej 1 000 mpt).

W ocenie Odwołującego nie sposób uznać, by Trakcja wykonała na tym zadaniu torowisko. Przez torowisko należy bowiem rozumieć nie tylko ułożenie szyn, ale także wykonanie nawierzchni torowiska, jak i jego dolnych warstw znajdujących się pod szynami (dwie szyny składają się na „tor”). Innymi słowy czymś innym jest wykonanie torów od wykonania torowiska. Zresztą wynika to też jednoznacznie z warunku, wedle którego zadaniem wykonawcy było „wykonania torowiska o konstrukcji bezpodsypankowej” - która to konstrukcja odnosi się do takiego wybudowania torowiska, aby tory (czyli szyny) były przytwierdzone do płyt żelbetowych lub betonowych, a te z kolei, aby można je było posadowić, wymagają wykonania podbudowy, jak i pozostałych, niższych warstw, które gwarantują stabilność całego torowiska (samo ułożenie płyty żelbetowej, do której będą przytwierdzone szyny - tj. tory, na ziemi, bez wykonania prac w zakresie dolnych warstw - ich umocnienia - spowodowałoby, że ziemia ugięłaby się pod ciężarem już samych płyt, nie mówiąc o przypadku, gdyby po torze jechał tramwaj z pasażerami). Torowisko o konstrukcji podsypankowej jak sama nazwa sugeruje to natomiast ułożenie szyn za pośrednictwem podkładów (betonowych lub drewnianych) na warstwie sypkiej, wykonanej z materiału kamiennego o odpowiedniej wielkości na wykonanej wcześniej podbudowie (czyli torowisko np. nie w drodze dla aut, ale „podsypane” tłuczniem).

W ocenie Odwołującego bez względu na rodzaj konstrukcji torowiska zawsze niezbędnym elementem i jego częścią jest wykonanie podbudowy, dlatego też nie można stwierdzić, iż podmiot który nie wykonywał dolnej warstwy konstrukcyjnej torowiska jaką jest podbudowa ma doświadczenie w wykonaniu torowiska - może on wykonać same tory. Tak samo na pojęcie torowiska składa się warstwa jego nawierzchni (tyle, że o tym, że TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. nie wykonała wymaganej nawierzchni była już mowa w pkt 28-29 niniejszego odwołania). Zdefiniowane tak torowisko występuje w dokumentacji niniejszego Postępowania. Otóż w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (SST) dla branży torowej przywołana została Norma PN-K-91011 na potrzeby prac dotyczących jego wykonania. Norma ta w punkcie 1.3.9 definiuje torowisko tramwajowe jako sumę poszczególnych warstw, rozpoczynając od podłoża - czyli tzw. podtorza przez m.in. podbudowę aż do warstwy wierzchniej - torowej. Z dokumentacji powykonawczej tj. kosztorysów powykonawczych bezspornie wynika, że TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. nie wykonywała elementów torowiska jakim są podbudowy, gdyż roboty te zostały wykonane w ramach zadania nr II (prace drogowe odcinka IB), w której to części Użytkujący TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. miał udział wynoszący „zero”. Wynika to z analizy kosztorysu powykonawczego dla zadania II i dla zadania III.

W kosztorysie powykonawczym dla zadania III w ogólnym dziale 2-im określonym jako „Ułożenie podbudowy i montaż torów” jest pozycja 43d.2 pn. „Wykonanie żelbetowych płyt torowych (system szyny w otulinie) o szer. 1,70m z betonu klasy C30/37 (zbrojenie ujęto w odrębnej pozycji) - grubość płyty 42 cm”, które to płyty zostały wykonane w ilości 4.248,13 m². Płyta żelbetowa jest elementem konstrukcji torowiska w technologii bezpodsypankowej - na niej są układane szyny (tory). Wykonanie torowiska, jak już było to wskazywane, polega także na wykonaniu tzw. podbudowy (aby płyty żelbetowe miały na czym osiąść). W konsekwencji powinna być także zrealizowana warstwa podbudowy o podobnej powierzchni (torowisko składa się z kolejnych warstw - tak więc jak ułożono płyty na określonej powierzchni, pod nimi

- na analogicznej powierzchni - powinna zostać wykonana warstwa podbudowy) W ramach zadania nr III praktycznie nie ma warstwy podbudowy, gdyż cała została wykonana w ramach zadania nr II (gdzie udział TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. wynosi zero). Odwołujący podkreślił ponownie, że zadanie nr II i zadanie nr III dotyczą tego samego odcinka, a więc odcinka IB - ul. Stara. Wybickiego, Legionów; pętla Tarpno, a pojęcie drogi jest pojęciem szerszym, obejmującym także i torowisko. Częstą sytuacją jest, że jeden podmiot wykonuje podbudowę dla całej drogi - czyli tak dla torowiska, jak i dla tych elementów drogi, która ma służyć poruszaniu się pojazdów samochodowych. Trudno bowiem jest - skoro są to prace wykonywane na jednej płaszczyźnie - rozdzielać takie prace na wielu wykonawców. Na zadaniu w Grudziądzu prace związane z podbudową całej drogi, a więc także i torowiska, były wykonane w ramach zadania nr II - są one ujęte w pozycjach nr 38d.2.1 oraz 42d.2.1 (str. 4 kosztorysu) Na zadaniu nr III natomiast podbudowy pod torowiskiem ujęte są w dwóch pozycjach, przy czym są to prace marginalne. Wskazane są one bowiem w pozycjach 28d.2, gdzie wykonano 80,10 m² podbudowy oraz w pozycji 31d.2, gdzie również wykonano tylko 80,10 m² (str. 7 kosztorysu). Odwołujący wskazał, że są to jedynie dodatkowe - punktowe - wzmocnienia podbudowy, w żaden sposób nie obejmujące wykonania torowiska o długości 1.000 metrów pojedynczego toru - czyli tego co było warunkiem. W konsekwencji należy zauważyć, że TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. z pewnością nie wykonała torowiska rozumianego zgodnie z jego rozumieniem, w tym z definicjami, na jakie powołuje się sam Zamawiający, a więc jako ułożenia torów z wykonaniem także i innych warstw (w tym podbudowy) w sposób wymagany przez Zamawiającego (który wymagał torowiska o określonej konstrukcji i nawierzchni na długości minimum 1.000 mpt. Dla uniknięcia wątpliwości Odwołujący wyjaśnił, że w ramach zadania nr III były też wykonane podbudowy ale pod peronami, a więc niejako część torowiska (pozycje 29d.2 i 32d.2 - str. 7 kosztorysu) - perony leżą obok torowiska. Odwołujący oświadczył, że gdyby strona kwestionowała powyższe, twierdząc, że w ramach zadania III wykonana była podbudowa torowiska, która pozwala na spełnienie wymogu wynikającego z cz. III pkt 1 lit. a) SIWZ, wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego specjalności drogowej na okoliczność, że prace prowadzone w ramach zadania III nie mogą spełnić wymogu postawionego przez Zamawiającego, gdyż nie odnoszą się do wykonania torowiska o długości co najmniej 1.000 mpt.

Na marginesie Odwołujący zaznaczył, że powyższe rozważania dodatkowo potwierdzają fakt, że TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. nie wykonała na tym zadaniu prac polegających na wykonaniu nawierzchni torowiska. Jak już było wspomniane wykonanie torowiska polega na wykonaniu kolejnych warstw, w tym podbudowy, w przypadku omawianego torowiska - płyt żelbetowych, później ułożeniu na tym torów, jak i wykonaniu nawierzchni torowiska. Jak już było wspomniane w ramach zadania nr III wykonane było 4.248,13 m² płyt żelbetowych. Tak więc nawierzchnia powinna być odpowiedniej (podobnej) wielkości. Wpisuje się to dokładnie w przywoływaną już pozycję 69d.2.2 z zadania nr II (str. 5 kosztorysu), tj. pozycji pn. „Nawierzchnia jezdni nad płytą torową i wzdłuż krawężników najazdowych z betonu C30/37 - warstwa o grub. 5 cm”, gdzie wykonano 4.301,56 m². Potwierdza to zatem dodatkowo, że TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. nie wykonała torowiska, a być może (wszak nie wiadomo kto wykonał dokładnie prace w ramach zadania nr III) - ułożyła jedynie tory i posadowiła płyty żelbetowe.

Jednocześnie kolejny raz Trakcja oświadczyła nieprawdę, gdy przedstawiła ona nowy (zmieniony) załącznik nr 3 do SIWZ w wyniku (bezpodstawnego) wezwania ze strony Zamawiającego z dnia 27 kwietnia 2018 r. (zarzut Ic) Zauważenia bowiem wymaga, że Trakcja oświadczyła wówczas, że na zadaniu „1. Budowa linii tramwajowej Siedlce - Pomorska Kolej Metropolitalna. Zadanie 1.2 Odcinek od ul. F. Rakoczego do ul. Myśliwskiej, w ramach Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej - etap IIIb, 2. Budowa obiektów przy przystanku PKM „Brętowo” w ramach Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej - etap IIIb, 3. Przebudowa kanalizacji sanitarnej w ul. Bulońskiej” zostały wykonane prace dotyczące „węzła rozjazdów”. Z referencji przedstawionych przez Trakcję w dacie 30 kwietnia 2018 r. wynika, że TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. wykonała na tym zadaniu 4 sztuki „rozjazdów jednotorowych pojedynczych”. Nie wymaga wiadomości specjalnych ustalenie, że czym innym jest węzeł rozjazdów od wykonania czterech pojedynczych rozjazdów. Przechodząc natomiast do przedstawienia przedmiotowej kwestii w ujęciu technicznym wskazania wymaga, że węzeł rozjazdów jest traktowany jako miejsce, gdzie następuje rozwidlenie się tras tramwajowych. Tak więc z jednej trasy mamy odgałęzienie, które pozwala zachowując pierwotną trasę, skierować tramwaj w inną trasę. W niniejszej sprawie natomiast to co zostało wykonane na zadaniu w Gdańsku polegało na tym, że TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. wykonała w ramach jednej trasy cztery pojedyncze rozjazdy, które umożliwiały nie zmianę trasy, ale przejście z jednego toru na drugi. Zadanie w Gdańsku ma być bowiem kontynuowane (na chwilę obecną to co wykonano jest doprowadzeniem torowiska do miejsca nie docelowego, torowisko to będzie jeszcze przedłużane). W konsekwencji, aby tramwaj, który dojedzie jednym torem do końca trasy mógł „przejechać” na drugi tor („zawrócić”) wykonano w tym miejscu 4 pojedyncze

rozjazdy umożliwiające przejazd tramwajów na sąsiedni tor, „jadący” w drugim kierunku. Jednocześnie Odwołujący zauważył, że torowisko na zadaniu w Gdańsku nie zostało wykonane w konstrukcji bezpodsypkowej. Wymóg Zamawiającego był jednoznaczny, a to, że należało wykonać torowisko określonej konstrukcji wraz z węzłem rozjazdów. Tym samym węzeł rozjazdów miał być częścią torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsypkowej, a nie jakimkolwiek węzłem rozjazdów. Wszak węzeł rozjazdów jest też normalnym torowiskiem. W konsekwencji skoro na zadaniu w Gdańsku wykonano cztery pojedyncze rozjazdy o konstrukcji podsypkowej („klasycznej”) to tym bardziej nie można twierdzić, jakoby Trakcja wykazała w ten sposób swoje doświadczenie. Okoliczność, że torowisko w Gdańsku zostało wykonane w konstrukcji podsypkowej wynika z dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik dokumentacji przetargowej na zadanie w Gdańsku.

W podsumowaniu Odwołujący wskazał, że z treści nie tylko referencji, ale też i dokumentacji projektowej wynika, że nie ma tam węzła rozjazdów wybudowanego w konstrukcji bezpodsypkowej, a jest natomiast kilka rozjazdów pojedynczych wykonanych w konstrukcji podsypkowej. A mnogość rozjazdów pojedynczych w ramach jednej trasy nie stanowi węzła rozjazdów, czyli wielokierunkowego rozwidlenia tras.

Odnosnie przesłanek zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że o niedbałości Trakcji świadczy także okoliczność, że fakt złożenia nieprawdziwych informacji mógł zostać ustalony przez Odwołującego w związku z pracami dotyczącymi wniesienia odwołania. W konsekwencji skoro Odwołujący był w stanie ustalić przedmiotowe okoliczności w krótkim czasie, tym bardziej Trakcja, gdyby działała z należytą starannością, bezproblemowo ustaliłaby przedmiotowe kwestie. Na potwierdzenie powyższego (że świadczy to o niedbałości wykonawcy) można wskazać chociażby wyrok KIO z 20 marca 2017 r., sygn. KIO 382/17, gdzie zostało wskazane, że „Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Zatem jeżeli Przystępujący przedstawił w złożonych przez siebie oświadczeniach informacje pozostające w sprzeczności z faktami, zaś Odwołujący w sposób nie wymagający specjalnego nakładu pracy i środków dotarł do właściwych danych uznać należy, że Przystępujący co najmniej wykazał się niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp (tak wyrok z dnia 20 marca 2017 r., sygn. KIO 382/17). Również, odnosząc się do przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 17 w zakresie „niezauważonym” przez Zamawiającego Odwołujący wskazał, że „O istotnym wpływie przedstawionych przez przystępującego zamawiającemu informacji w zakresie (...) świadczy fakt wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej” (tak KIO w wyroku z dnia 3 stycznia 2017 r., sygn. 2386/16), co w sposób oczywisty miało miejsce w niniejszej sprawie.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 24 UST. 1 PKT 16

Odwołujący wskazał, że w świetle faktów nie sposób uznać, by Trakcja posiadała na datę składania ofert dwa różne zobowiązania od TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. w zakresie udostępnienia „wiedzy i doświadczenia”, a zdecydowała się na przekazanie Zamawiającemu „węższego” z nich. Wręcz przeciwnie - treść drugiego z zobowiązań (gdy zostało dodane zadanie dot. Gdańska) jednoznacznie pokazuje, że zobowiązanie to o takiej treści jest „odповідzią” Trakcji na wezwania Zamawiającego przedkładane w toku Postępowania, a więc już po otwarciu ofert. Jak bowiem w oczywisty sposób wynika z dokumentacji sprawy, drugie zobowiązanie pojawiło się po tym, jak Zamawiający zakwestionował doświadczenie w zakresie sieci trakcyjnej i węzła rozjazdów na zadaniu w Grudziądzu. Po tej dacie zostało złożone (czyli po dacie 27 kwietnia 2018 r.) nowe zobowiązanie dostosowane dokładnie do tego, co zarzucał wykonawcy po złożeniu ofert Zamawiający, a więc dodane zostało zadanie, które wedle Trakcji pozwalała mu na wykazanie doświadczenia w zakresie sieci trakcyjnej i węzła (vide zmienione oświadczenie - załącznik nr 3 do SIWZ). Świadczy to niezbicie o celowym przedłożeniu przez Trakcję nieprawdziwego, odnosnie daty jego sporządzenia dokumentu - zobowiązania podmiotu trzeciego. Jak bowiem wynika z jego treści drugie zobowiązanie też miałoby pochodzić z daty 8 lutego 2018 r., co jak jednoznacznie wynika z dokumentacji sprawy, nie jest nawet prawdopodobnym. Musielibyśmy bowiem uwierzyć, że nagle Trakcja „odnalazła” drugie zobowiązanie, po tym, jak w toku Postępowania zakwestionowane zostało pierwsze. A nie sposób przy tym nie zauważyć, że (wedle oświadczenia Trakcji - vide zmieniony załącznik nr 3) drugie z zobowiązań stanowi rozwiązanie problemu dotyczącego tego, że pierwotne zobowiązanie TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. „nie obroniło się” w zakresie wykonania węzła rozjazdów oraz sieci trakcyjnej na zadaniu w Grudziądzu. Przypomnienia też w tym miejscu wymaga, że data takiego

oświadczenia ma kluczowe znaczenie, gdyż wykonawca musi posiadać określone zasoby już w dacie składania ofert (w orzecznictwie KIO wskazuje się - przykładowo wyrok z dnia 8 listopada 2017 r. sygn. KIO 2266/17 - że w sytuacji, gdy wykonawca nie może wykazać istnienia zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału przed terminem złożenia oferty (wniosku), nie sposób mówić o możliwości uzupełnienia takiej oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W konsekwencji należy zauważyć, że w ocenie Odwołującego doszło do celowego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, przy przedstawieniu informacji, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdyż przedstawione zostało zobowiązanie (drugie) z daty 8 lutego 2018 r., podczas gdy - co w jasny sposób wynika z okoliczności sprawy - zobowiązanie takie powstało dopiero po tym, jak Zamawiający w toku sprawy zakwestionował wykazanie przez Trakcję doświadczenia. W zobowiązaniu znalazło się wówczas nowe zadanie, które miałyby pozwolić Trakcji na wykazanie doświadczenia. Tym samym doszło w ten sposób do wprowadzenia w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w Postępowaniu, gdyż zobowiązanie w dacie rzeczywistej jego uzyskania (czyli po zakwestionowaniu przez Zamawiającego spełnienia warunku na Grudziądzu) z pewnością nie pozwoliłoby wykazać spełnienia warunków, skoro tymi wykonawca musi się legitymować już w dacie składania oferty. Odwołujący wskazał, że udowodnienie określonej okoliczności może wynikać także z powiązania danej okoliczności z innymi zdarzeniami, jakie miały miejsce w sprawie. Na marginesie należy wskazać, że powyższą okoliczność zauważył także ustawodawca w zakresie, w jakim wprowadzony został do systemu zamówień publicznych art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Z przepisu tego bowiem wynika, że w sytuacji, gdy zobowiązanie podmiotu trzeciego jest niewystarczające, wykonawca powinien przedstawić albo własne zasoby albo zasoby pochodzące od innego podmiotu trzeciego (podmiotów trzecich). Wynika to z faktu, że wykonawca musi posiadać określone zasoby już w dacie otwarcia ofert. A nie sposób mówić, aby w dacie otwarcia ofert wykonawca posiadał dwa zobowiązania o różnej treści, w szczególności gdy z ich treści wynika dokładny zakres zasobu, jaki jest przekazany. Tym samym, aby nie dochodziło do sytuacji podobnej jak w niniejszej sprawie ustawa wskazuje, że zasób podmiotu trzeciego nie ma być „podmieniany” nowym zasobem, jaki miałby pochodzić od tego samego podmiotu trzeciego, ale powinien być przekazany zasób innego podmiotu. Jednocześnie dodatkowym potwierdzeniem faktu, że na datę składania ofert Trakcja nie posiadała zobowiązania „drugiego” (o poszerzonej o zadanie na Gdańsku treści) jest także okoliczność, iż gdy była ona wzywana o dostarczenie oryginału zobowiązania „pierwotnego” nie wskazała ona, że przedstawiła Zamawiającemu błędne zobowiązanie dostarczając oryginał zobowiązania „pierwotnego”. W sytuacji gdyby w dacie 30 marca 2018 r. posiadała ona drugie zobowiązanie z pewnością te przedstawiłaby na wezwanie Zamawiającego z daty 29 marca 2018 r.

BEZPODSTAWNE WEZWANIE Z ART. 26 UST. 3 PZP

Odwołujący wskazał, że w niniejszej sprawie doszło do dwukrotnego wzywania wykonawcy w zakresie dokumentów mających potwierdzić spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w cz. III pkt 1 lit. a) SIWZ. Odwołujący zauważył, że do oferty nie zostało dołączone zobowiązanie. Dokument w postaci ksera jest wszak traktowany jako dokument niezłożony. W konsekwencji Trakcja została wezwana do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu, po czym ponownie nastąpiło wezwanie w zakresie „dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia”, przez co należy rozumieć też takie zobowiązanie uprzednio już. Powyższe jest potwierdzone w orzecznictwie Izby. Jako przykład można wskazać wyrok KIO z dnia 6 marca 2015 r., sygn. KIO 289/15, gdzie Izba wskazała, że „Jednak biorąc pod uwagę, że wykonawca już był wzywany do uzupełnienia tego dokumentu, gdyż nie załączył go do oferty, nie może być wezwany po raz kolejny, w celu usunięcia błędu (przedstawienia dokumentu nie zawierającego błędów). Jeśli bowiem wykonawca przedstawia dokument dopiero w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentu, ponosi pełne ryzyko tego, by był on kompletny i nie zawierał błędów”. Analogicznie Izba wypowiedziała się w wyroku z dnia 28 stycznia 2013 r., sygn. 13/13, gdzie wskazała, że Nie załączając pierwotnie do oferty niezbędnych dokumentów, wykonawca wzięt na siebie ryzyko, że w przypadku uzupełnienia musi złożyć dokumenty prawidłowe, inaczej bowiem podlegał będzie wykluczeniu z postępowania. Na marginesie, w związku z okolicznością, że niniejsze braki odnoszą się do zasobu w postaci „wiedzy i doświadczenia”, a więc jednej z postaci „zdolności technicznych oraz zawodowych” wskazania jedynie wymaga, że w świetle utrwalonego już orzecznictwa Izby „Przepis art. 22a ust. 1 Prawa zamówień publicznych nie stanowi odrębnej od określonej w art. 26 ust. 3 ZamPublU podstawy do wezwania o uzupełnienie dokumentów” (tak KIO w wyroku z dnia 18 października 2017 r., sygn. KIO 2073/17, identycznie w wyroku z dnia 11 kwietnia 2017 r., sygn. KIO 583/17, tak samo UZP w swojej opinii „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”).

ZARZUTY DOTYCZĄCE BRAKU WYKLUCZENIA POMIMO NIESPEŁNIENIA PRZEZ TRAKCJĘ WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

W ocenie Odwołującego Trakcja nie spełniła warunki udziału w postępowaniu. Z uwagi na brak możliwości powtórного uzupełnienia zobowiązania w sytuacji, gdy wykonawca był już wzywany o jego uzupełnienie wynika, że już na etapie złożenia oświadczenia w dacie 12 kwietnia 2018 r. (gdzie Trakcja oświadczyła, że może wykazać się doświadczeniem zdobytym na zadaniu w Grudziądzu w zakresie sieci trakcyjnej, jak i węzła rozjazdów) należało Trakcję wykluczyć. Z pewnością bowiem nie spełniała ona warunku w zakresie doświadczenia i wiedzy (a co wynika z pism złożonych w sprawie). Odnosząc się natomiast do zarzutu związanego z brakiem wykluczenia Trakcji z uwagi na niespełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia (cz. III pkt 1 lit. a SIWZ) należy odwołać się do wcześniejszych rozważań związanych ze złożeniem przez Trakcję nieprawdziwych oświadczeń - w odniesieniu do „torowiska” na zadaniu w Grudziądzu oraz w odniesieniu do węzła rozjazdów na zadaniu w Gdańsku. Niezależnie od tego, że uzasadnia to wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17, także powinno nastąpić wykluczenie w takiej sytuacji w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 12 (i to nawet gdyby nie uznać zarzutu nr 3 - wszak w tym zakresie wykonawca był już wzywany w trybie art. 26 ust. 3 PZP w dacie 27 kwietnia 2018 r.)

ZARZUT DOTYCZĄCY ZANIECHANIA ODTAJNIENIA

Odwołujący wskazał, że postępowanie o prowadzenie zamówienia publicznego jest jawne, a utajnienie określonych dokumentów może mieć miejsce jedynie wówczas, gdy stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Za tą z całą pewnością nie można uznać informacji, jakie są jawne, a za takie należy uznać dokumenty dotyczące realizacji innych zadań publicznych, skoro każdy podmiot jest w stanie uzyskać w ramach przepisów, które przewidują dostęp do informacji publicznych (jak zresztą ZUE uzyskało je od gminy - miasta Grudziądz po skierowaniu odpowiedniego wniosku). Tym samym nie ma żadnych podstaw do tego, by informacje takie były utajnione.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz ze zmianami (dalej „SIWZ”) na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu; (ii) informacje o wynikach postępowania z dnia 8 maja 2018 r. na okoliczność ustalenia wyników postępowania przetargowego; (iii) wniosek Odwołującego o odtajnienie dokumentów z dnia 10 maja 2018 r. oraz odpowiedź Zamawiającego z dnia 15 maja 2018 r.; (iv) wezwania skierowane przez Zamawiającego do Przystępującego z dnia 29 marca 2018 r., 3 kwietnia 2018 r., 17 kwietnia 2018 r., 26 kwietnia 2018 r., 27 kwietnia 2018 r. oraz odpowiedzi Przystępującego z dnia 30 marca 2018 r., 12 kwietnia 2018 r., 24 kwietnia 2018 r., 27 kwietnia 2018 r. oraz 30 kwietnia 2018 r. - na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych odpowiedzi i dokumentów; (v) ofertę Przystępującego na okoliczność ustalenia jej treści; (vi) mail z ZIKIT z przesłaniem dokumentacji postępowania w tym dokumentów dotyczących Przystępującego; (vii) wniosek o dostęp do informacji publicznej kierowany do gminy-miasta Grudziądz wraz odpowiedzią gminy-miasta Grudziądz, wiadomość mailowa kierowana do gminy-miasta Grudziądz z prośbą o dalsze dane wraz z odpowiedzią - p. K.W., protokół odbioru nr 23 wraz z rozliczeniem konsorcjum, kosztorys powykonawczy na zadanie w Grudziądzu, referencje w Inwestycji w

Grudziądzu z przypisanymi pozycjami z kosztorysu powykonawczego - dokumenty na okoliczność wykazania zakresu jak i rodzaju prac wykonanych przez TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. w ramach Inwestycji w Grudziądzu; (viii) dokumentacja projektowa na zadanie w Gdańsku (fragment PFU oraz plan sytuacyjny), kosztorys powykonawczy z naniesionymi zakresami robót partnerów konsorcjum - na okoliczność wykazania rodzaju prac wykonanych przez TOR - KAR - SSON sp. z o.o. w ramach Inwestycji w Gdańsku; (ix) kopię faktury VAT nr 83/EL/B/2014 r., aneks nr 4 z dnia 11 lutego 2013 r. do umowy konsorcjum zawartej w Świeciu w dniu 19 czerwca 2012 r. wraz z załącznikiem nr 3, umowy o pracę zawarte pomiędzy p. D.G. a TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. oraz pomiędzy p. D.G. a Z.K. - dokumenty na okoliczność wykazania faktycznego zakresu prac wykonanych przez TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. w ramach Inwestycji w Grudziądzu; (x) publikacja pn. „Rozwój infrastruktury i układu geometrycznego torowisk tramwajowych, jako istotny element postępu w miejskim transporcie szynowym” oraz kopię fotografii linii tramwajowej - na okoliczność wykazania, że TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. w ramach Inwestycji w Gdańsku wykonał węzeł rozjazdów.

Izba oddaliła wnioszek dowodowy Odwołującego o powołanie biegłego. W ocenie Izby, materiał dowodowy zgromadzony w sprawie stanowi wystarczające i wiarygodne źródło informacji koniecznych do rozstrzygnięcia zasadności podniesionych zarzutów.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa ciągu ulic Królewska, Podchorążych, Bronowicka w Krakowie wraz z przebudową torowiska tramwajowego, sieci trakcyjnej, odwodnieniem, oświetleniem i przebudową kolidującej infrastruktury technicznej”.

Zgodnie z cz. III pkt 1 lit. a SIWZ o zamówienie mogą ubiegać się tylko tacy wykonawcy, którzy legitymują się odpowiednim doświadczeniem w postaci zrealizowania w ostatnich 5-ciu latach przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwóch robót budowlanych w zakresie przebudowy lub budowy drogi wraz z wykonaniem torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsypkowej z nawierzchnią asfaltową lub betonową o długości minimum 1000 metrów pojedynczego toru wraz z węzłem rozjazdów i siecią trakcyjną (cz. III pkt 1 lit. a SIWZ). Zamawiający jednocześnie dodał, że wymienione zakresy mogą być wykonane w ramach różnych zadań.

Izba ustaliła, że Przystępujący celem wykazania spełnienia przedmiotowego wykazu powołała się na zasoby w postaci doświadczenia TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Warszawie (dalej „Uzyczący”), który to podmiot zobowiązał się od oddania Trakcji zasobów w określonym w zobowiązaniu zakresie (k. 30 oferty Trakcji). Podmiot ten wskazał w swoim zobowiązaniu z dnia 8 lutego 2018 r., że oddał Trakcji zasoby „w następującym zakresie: - doświadczenie opisane w referencjach dotyczących wykonanego zadania pn. Modernizacja sieci tramwajowej w Grudziądzu” - doświadczenie opisane w referencjach dotyczących wykonanego zadania pn. „Wykonanie remontu i rozbudowy trasy tramwajowej wraz z układem torowym w ciągu al. Solidarności na odcinku od ul. Jagiellońskiej do ul. Targowej oraz trasy tramwajowej w ciągu ul. Targowej na odcinku od ul. Kijowskiej do ul. Białostockiej w Warszawie - doświadczenie opisane w referencjach dotyczących wykonanego zadania polegającego na wykonaniu remontu torowisk tramwajowych na terenie miasta Poznania: a) pętli tramwajowej Ogrody - dwa tory o łącznej długości 140 mpt oraz przylegające do nich dwa perony dla wsiadających b) linii dwutorowej w ciągu ulicy Zwierzynieckiej o długości 699 mpt wraz z węzłem rozjazdowym Gajowa” oraz dwoma peronami tramwajowo- autobusowymi przystanku „Zeylanda 4”.

Izba ustaliła, że z uwagi na fakt, że do oferty przedmiotowe zobowiązanie pochodzące od TOR-KAR-SSON nie było przedstawione w oryginale, Przystępujący został wezwany w dacie 29 marca 2018 r. w trybie art. 26 ust. 3 PZP do uzupełnienia i przedłożenia tego dokumentu, co też uczyniła pismem, które wpłynęło do Zamawiającego w dniu 30 marca 2018 r.

Pismem z dnia 3 kwietnia 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 st. 1 ustawy Pzp w zakresie wykazania spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Pismem z dnia 12 kwietnia 2018 r. Przystępujący złożył dokumenty i oświadczył, iż spełnia w/w wymogi dot. doświadczenia poprzez następujące inwestycje:

a) w odniesieniu do zadania z Grudziądza (dalej „Inwestycja w Grudziądzu”) - celem wykazania doświadczenia odnośnie „przebudowy drogi wraz z wykonaniem torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsypkowej z nawierzchnią asfaltową lub betonową o długości minimum 1000 metrów pojedynczego toru wraz z węzłem rozjazdów i siecią trakcyjną” (wszystkie 3 zakresy)

b) b) w odniesieniu do zadania z Warszawy - celem wykazania doświadczenia odnośnie przebudowy drogi wraz z wykonaniem torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsypkowej z nawierzchnią asfaltową lub betonową o długości minimum 1000 metrów pojedynczego toru wraz z siecią trakcyjną (zakres pierwszy i trzeci)

c) c) w odniesieniu do zadania z Poznania - celem wykazania doświadczenia odnośnie przebudowy węzła rozjazdów (zakres drugi).

Izba ustaliła, że w złożonych dokumentach Przystępujący oświadczył, że Inwestycja w Grudziądzu spełnia wszystkie 3 zakresy (torowisko o odpowiedniej konstrukcji, nawierzchni i długości, węzeł i sieć trakcyjną), zadanie z Warszawy pierwszy i trzeci zakres (torowisko o odpowiedniej konstrukcji, nawierzchni i długości i sieć trakcyjną), a z Poznania zakres drugi (węzeł rozjazdów), a tym samym Trakcja spełniała wymogi stawiane przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 17 kwietnia 2018 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o złożenie wyjaśnień jaki zakres prac został wykonany przez Przystępującego na zadaniu w Grudziądzu. Pismem z dnia 24 kwietnia 2018 r. Przystępujący oświadczył, iż w ramach zadania w Grudziądzu wykonał wyłącznie przebudowę torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsypkowej i nawierzchnia betonową/asfaltową o długości 2.953 metrów pojedynczego toru. Treść wyjaśnień oraz załącznik zostały zastrzeżone jako dokumenty zawierające informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 27 kwietnia 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie wiedzy i doświadczenia. Pismem z dnia 30 kwietnia 2018 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia składając nowe zobowiązanie Użyczącego (z datą 8 lutego 2018 r.), w którym weryfikacji i zmianie ulegał zakres prac dotyczących zadania w Grudziądzu oraz wskazano dodatkowe zadanie pn. „1. Budowa linii tramwajowej Siedlce - Pomorska Kolej Metropolitalna. Zadanie 1.2 Odcinek od ul. F. Rakoczego do ul. Myśliwskiej, w ramach Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej - etap IIIb, 2. Budowa obiektów przy przystanku PKM „Brętowo” w ramach Gdańskiego Projektu Komunikacji Miejskiej - etap IIIb, 3. Przebudowa kanalizacji sanitarnej w ul. Bulońskiej” (dalej „Inwestycja w Gdańsku”).

Izba ustaliła, że pismem z dnia 10 maja 2018 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o odtajnienie wyjaśnień Przystępującego z dnia 24 kwietnia 2018 r. Zamawiający pismem z dnia 15 maja 2018 r. poinformował Odwołującego o odtajnieniu treści wyjaśnień wraz z kopią uprawnień p. M.S.. Pozostała część załączonych dokumentów nie została odtajniona.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 8 maja 2018 r. poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta Odwołującego została zaklasyfikowana na miejscu drugim. W przypadku potwierdzenia się zarzutów bezpodstawnego wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp

W ocenie Izby Zamawiający błędnie uznał, iż nie ziszczyły się przesłanki do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołaną regulacją Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który 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. Celem powyższej regulacji jest ochrona zamawiającego przed nieuczciwym, jak również nieprofesjonalnym działaniem wykonawców, którzy decydując się na udział w postępowaniu winni dolożyć należytej staranności w weryfikacji składanych dokumentów, szczególnie tych, które otrzymali od osób trzecich. Ustawodawca w pkt 17 art. 24 ust. 1 wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, gdy spełnione są następujące przesłanki: po pierwsze zostanie wykazane, iż wykonawca przekazał toku postępowania przetargowego informacje wprowadzające zamawiającego w błąd; po drugie działanie takie było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy; po trzecie takie działanie winno mieć istotny wpływ na decyzje

podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 może być zastosowana wtedy, gdy działanie wykonawcy cechuje wina nieumyślna. Należy brać pod uwagę obydwie postaci winy nieumyślnej, czyli niedbalstwo i lekkomyślność.

Wykazanie wykonawcy niedbalstwa czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji należy mieć na uwadze art. 355 § 1 kc, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Podkreślić należy, że pojęcie należytej staranności implikuje element działania, podejmowania pewnych czynności, jakich można się spodziewać od uczestnika obrotu profesjonalnego.

Przenosząc powyższe rozważania na analizowany stan faktyczny wskazać należy, iż spełnione zostały przesłanki wynikające z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W ocenie Izby działaniu Przystępującego w toku postępowania należy przypisać co najmniej niedbalstwo skutkujące wprowadzeniem Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, co miało istotny wpływ na decyzję Zamawiającego, gdyż doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy, który podał nieprawdziwe informacje co do posiadanego doświadczenia zdobytego w związku z realizacją Inwestycji w Grudziądzu, a w konsekwencji do wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Uznając zasadność zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Izba wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne sprawy.

Po pierwsze wskazać należy, że Przystępujący w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w cz. III pkt 1 lit. a SIWZ w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 3 kwietnia 2018 r. do złożenia dokumentów na podstawie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp przedłożył, zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ, tabelę wskazując, jakie doświadczenie posiada w celu wykazania spełnienia w/w warunku. Nie budzi, w ocenie Izby, żadnych wątpliwości interpretacyjnych, w jaki sposób Przystępujący określił, która ze wskazanych w tabeli inwestycji dotyczy poszczególnych wymagań Zamawiającego. Przystępujący bowiem po wskazaniu nazwy zrealizowanej inwestycji, wprowadził znak interpunkcyjny „ - „ i sprecyzował rodzaj nabytego doświadczenia w ramach danej inwestycji. W zakresie kwestionowanej Inwestycji w Grudziądzu Przystępujący wskazał „przebudowa drogi wraz z wykonaniem torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsypkowej z

nawierzchnią betonową/asfaltową o długości 1000 metrów pojedynczego toru wraz z węzłem rozjazdów i siecią trakcyjną”. W tożsamy sposób Przystępujący opisał doświadczenie związane z realizacją zamówienia na rzecz Tramwajów Warszawskich sp. z o.o. Sposób opisu obu inwestycji jest tożsamy i koreluje z określonym zakresem wymaganego doświadczenia wskazanego w SIWZ.

Dalej wskazać należy, że Przystępujący złożył wraz z dokumentami potwierdzającymi posiadane doświadczenie zobowiązanie TOR - KAR - SON sp. z o.o. sp.k. do oddania Przystępującemu do dyspozycji doświadczenia zdobytego podczas realizacji Inwestycji w Grudziądzu oraz Poświadczenie wydane przez Prezydenta Miasta Grudziądz dotyczące zakresu prac wykonanych przez konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o., Przedsiębiorstwo TOR - KAR - SSON Z.K. oraz TOR - KAR - SSON sp. z o.o., sp.k. Słusznie postąpił Zamawiający wzywając Przystępującego do złożenia wyjaśnień, jaki zakres prac został wykonany przez TOR-KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. w ramach Inwestycji w Grudziądzu. Z poświadczenia bowiem wynikało, że inwestycja była realizowana przez trzy podmioty działające w ramach konsorcjum, zaś w wykazie posiadanego doświadczenia Przystępujący wskazał, że w ramach Inwestycji w Grudziądzu wykonał zarówno przebudowę

drogi, jak i torowisko z węzłem rozjazdów i siecią trakcyjną.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Przystępujący zmieniał swoje pierwotne stanowisko i wskazał, że w ramach Inwestycji w Grudziądzu wykonał wyłącznie jedną robotę tj. torowisko. Oznacza to, w ocenie Izby, iż Przystępujący składając pierwotne oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i powołując się na doświadczenie w ramach Inwestycji w Grudziądzu przedstawił stan rzeczy niezgodny z rzeczywistością. Składając bowiem tabelę z wykazem doświadczenia - stanowiącą załącznik nr 3 do SIWZ, Przystępujący oświadczył nieprawdę co do spełnienia wymogów w zakresie posiadania wymaganego doświadczenia. Oświadczył bowiem, że w ramach Inwestycji w Grudziądzu TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. uzyskało doświadczenie zarówno w zakresie realizacji torowiska w konstrukcji bezpodsypkowej, jak i węzeł rozjazdów i sieci trakcyjnej. Tymczasem w piśmie z dnia 24 kwietnia 2018 r. wykonawca oświadczył, że w ramach w/w inwestycji TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. realizowało wyłącznie torowisko o konstrukcji bezpodsypkowej.

W ocenie Izby powyższemu działaniu Przystępującego przypisać należy co najmniej niedbalstwo, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Niedbalstwo czyli niedołożenie należytej staranności przejawiało się w tym, iż Przystępujący składając tabelę z wykazem

doświadczenia oraz zobowiązanie TOR - KAR - SSON sp. z o.o., do oddania do dyspozycji doświadczenia zdobytego podczas realizacji Inwestycji w Grudziądzu nie podjął żadnych działań zmierzających do weryfikacji, jaki był rzeczywisty zakres prac wykonanych przez podmiot użyzający, a w związku z tym czy możliwe i uzasadnione jest złożenie oświadczenia o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w cz. III pkt 1 lit. a SIWZ. Izba stoi na stanowisku, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, jako podmioty profesjonalne, zobowiązane są do weryfikacji zakresu doświadczenia posiadanego przez podmioty użyzającego swoich zasobów, nie zaś do biernego i bezrefleksyjnego przedkładania dokumentów otrzymanych od podmiotów trzecich. Miernik należytej staranności, jaki przypisać można wykonawcom uczestniczącym w postępowaniach przetargowych obejmuje swoim zakresem weryfikację składanych dokumentów pod względem ich prawdziwości, również w sytuacji, gdy pochodzą one od osób trzecich. Nałożenie takiego obowiązku na wykonawców jest obiektywnie uzasadnione potrzebą rzeczywistej weryfikacji zdolności i doświadczenia podmiotów trzecich działających, jako podwykonawcy w ramach realizacji zamówień i obiektywnie wykonalne przez podmiot ubiegający się o realizację zamówienia. Podkreślić należy, że pojęcie należytej staranności implikuje element działania, podejmowania pewnych czynności, jakich można się spodziewać od uczestnika obrotu profesjonalnego. W analizowanym zaś stanie faktycznym Przystępujący w żaden wiarygodny sposób nie wyjaśnił przyczyn złożenia oświadczenia niezgodnego z prawdą, co do zakresu doświadczenia posiadanego przez TOR - KAR - SSON sp. z o.o. Skoro Przystępujący mógł w ciągu jednego tygodnia tj. od otrzymania wezwania od Zamawiającego w dniu 17 kwietnia 2018 r., gdy Zamawiający wniósł o wyjaśnienie, wyjaśnić jaki zakres prac był wykonany podczas Inwestycji w Grudziądzu przez TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k., to nie sposób mówić o dochowaniu należytej staranności na etapie przygotowywania oferty skoro ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w dniu 12 stycznia 2018 r., a termin składania ofert upływał w dniu 27 marca 2018 r., a Przystępujący nie podjął żadnych czynności w celu ustalenia, jakie dokładnie doświadczenie będzie mu udostępnione przez TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. Nie sposób zatem uznać, że w dacie składania oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu Przystępujący działał z należyłą starannością. Tym samym, Izba uznała, że swoim działaniem Przystępujący wypełnił przesłanki zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Podkreślić w tym miejscu należy, że za niewiarygodne Izba uznała twierdzenia Przystępującego, iż w tabeli z doświadczeniem opisał tylko ogólnikowo zakres wszystkich wykonanych prac w ramach Inwestycji w Grudziądzu, a ich konkretny zakres został wyszczególniony w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Takie działanie prowadziłoby do precyzowania posiadanego doświadczenia na etapie wyjaśnień i rodziłoby ryzyko dostosowywania i interpretacji złożonych przez wykonawców dokumentów do zaistniałych okoliczności faktycznych. To na wykonawcy spoczywa obowiązek precyzyjnego określenia i wyspecyfikowania w składanych dokumentach, jakie doświadczenia posiada w realizacji inwestycji, na które się powołuje i w jakim zakresie odpowiada to wymaganiom Zamawiającego wskazanym w SIWZ.

Dalej podkreślić należy, że brak jest jakichkolwiek obiektywnych przesłanek uzasadniających

stanowisko Przystępującego, jakoby TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. miał prawo powoływać się również na doświadczenie w wykonaniu prac związanych z węzłem rozjazdów oraz siecią trakcji w Inwestycji w Grudziądzu. Jak wyjaśnił Przystępujący w złożonym piśmie procesowym, choć formalnie Przystępujący nie był odpowiedzialny za wykonanie tych prac, to jednak jego pracownicy czynnie uczestniczyli w ich realizacji. Okoliczności tych jednak Przystępujący w żaden sposób nie wykazał na rozprawie. Złożony do akt sprawy dowód w postaci umów o pracę zawartych zarówno przez TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. jak i p. Z.K. z p. D.G. na okoliczność wykazania zakresu prac wykonanych przez TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k., jest wyłącznie dowodem na potwierdzenie, że p. G. jest zatrudniony u obu przedsiębiorców jako kierownik robót w Gdańsku. Okoliczność ta nie ma, w ocenie Izby, żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia zakresu prac faktycznie wykonanych przez TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. w ramach Inwestycji w Grudziądzu. Przedłożony przez Przystępującego aneks do umowy konsorcjum wraz z załącznikiem nr 3 potwierdza twierdzenia Odwołującego, który wykazał, że prace wykonane przez Przystępującego i wskazane w załączniku nr 3 nie obejmowały swoim zakresem wykonania prac, jakich wymagał Zamawiający. W ocenie Izby, mając na uwadze powyższe, jak również zmianę oświadczenia Przystępującego, co do zakresu prac jakie TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. wykonało w ramach Inwestycji w Grudziądzu (vide: pismo z dnia 24 kwietnia 2018 r.) zasadne jest przyjęcie, iż podmiot użyczający zasoby tj. TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. nie wykonywał prac związanych z węzłem rozjazdów oraz siecią trakcyjną wskazanych przez Przystępującego w tabeli z wykazem doświadczenia w ramach Inwestycji w Grudziądzu. Przystępujący nie udowodnił, iż prace te były faktycznie wykonane przez TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. Zgodnie zaś z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. C-387/14 ws. Esaprojekt „...wykonawca nie może polegać do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału”.

Dalej rozstrzygnięcia wymagało czy w ramach Inwestycji w Grudziądzu podmiot, na którego zasoby powołał się Przystępujący tj. TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. wykonał torowisko o długości minimum 1000 metrów o konstrukcji bezpodsypkowej z nawierzchnią asfaltową lub betonową. Analiza dowodów złożonych w sprawie nie daje podstaw do przyjęcia, iż takie prace zostały wykonane przez TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. w ramach Inwestycji w Grudziądzu. Na wstępie wskazać należy, że brzmienie SIWZ odnośnie wymaganego doświadczenia związanego z wykonaniem torowiska, wbrew stanowisku Przystępującego jak i samego Zamawiającego, nie budzi wątpliwości interpretacyjnych. Sam Zamawiający wskazał bowiem, iż torowisko ma być wykonane w „konstrukcji bezpodsypkowej”. Nie sposób więc twierdzić, że w celu spełnienia powyższego wymagania wystarczające było wykazanie się doświadczeniem w ułożeniu samych torów. Zamawiający wymagał bowiem doświadczenia w konstrukcji torowiska w odpowiedniej technologii.

Z dokumentu złożonego przez Przystępującego jako dowód w sprawie tj. publikacji pn. „Rozwój konstrukcji i układu geometrycznego torowisk tramwajowych, jako istotny element postępu w miejskim transporcie szynowy” wynika, iż konstrukcja torowiska to układ warstw, na które składają się następujące zasadnicze elementy: (i) nawierzchnia torowa; (ii) zabudowa torowiska; (iii) podbudowa torowiska; (iv) separacja torowiska; (v) odwodnienie torowiska; (vi) podłoże gruntowe. Dowody złożone przez Odwołującego potwierdziły, iż TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. w ramach Inwestycji w Grudziądzu nie wykonał torowiska w konstrukcji bezpodsypkowej. Izba uznała za wiarygodnie przedłożone przez Odwołującego protokoły rozliczeniowe (kosztorysy rozliczeniowe), jakie wykonawca uzyskał w ramach dostępu do informacji publicznej od Prezydenta Miasta Grudziądz. Z analizy przedstawionej przez Odwołującego w sposób wiarygodny wynika, że TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. wykonywał prace wyłącznie w ramach zadania nr III i IV, gdyż jego udział w powstałych zakresach wynosił zero. Jak wykazał Odwołujący, w zakresie zadania nr IV wykonywane były wyłącznie prace w konstrukcji podsypkowej, co wyklucza możliwość powoływania się na takie doświadczenie, z uwagi na brzemienne warunki udziału w postępowaniu. Z kolei, jak wykazał Odwołujący, zadanie nr III zostało podzielone na dwie części. Zadanie nr II obejmował odcinek prac „odcinek 1B - ul. Stara, Wybickiego, Legionów, pętla Tarpno”, zadanie nr III obejmowało zaś Roboty torowe, odcinek 1B - ul. Stara, Wybickiego, Legionów, pętla Tarpno. Jak wykazał Odwołujący prace dotyczące nawierzchni torowiska związane z zabudową asfaltową lub betonową znalazły się części II (Roboty drogowe odcinek 1B - ul. Stara, Wybickiego, Legionów, pętla Tarpno), gdzie udział TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. wyniósł zero. Tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia, iż TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. wykonał nawierzchnię torowiska, skoro jego udział w tych pracach wynosił zero. W ocenie Izby wykonanie nawierzchni torowiska jest elementem konstrukcji torowiska i brak wykonania powyższego zakresu prac przez TOR - KAR - SSON sp. z o.o. uprawnia do stwierdzenia, iż wykonawca ten w ramach Inwestycji w Grudziądzu nie zdobył doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego.

Podobnie Odwołujący wykazał, że TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. nie wykonał podbudowy torowiska, która została wykonana na ramach zadania nr II, gdzie udział TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. na podstawie kosztorysów rozliczeniowych wynosił zero. Na marginesie wskazać należy, że Przystępujący nie przeprowadził żadnego kontr - dowodu do analizy zakresu prac wykonanych przez TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. w ramach Inwestycji w Grudziądzu zawartej w odwołaniu. Analiza ta zawiera szczegółowe omówienie zakresu prac, z powołaniem się na kosztorys rozliczeniowy. Izba uznała powyższą dokumenty i opartą na nich analizę za wiarygodny dowód w sprawie. Dowód złożony w zakresie powyższego zarzutu przez Przystępującego tj. kopia faktury VAT 83/ELB/2014 nie potwierdza, że TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. wykonała w ramach Inwestycji w Grudziądzu torowisko w konstrukcji bezpodsypkowej. Z treści przedłożonego dokumentu wynika jedynie, że TOR - KAR - SSON sp. z o.o. dokonało ułożenia toru o długości 311 m., co w żaden sposób nie odpowiada spełnieniu warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, wskazać należy, że Przystępujący dwukrotnie złożył oświadczenie, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia poprzez skorzystanie z zasobów podmiotu trzeciego tj. TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k., który legitymuje się doświadczeniem w wykonaniu torowiska o długości minimum 1000 metrów o konstrukcji bezpodsypkowej z nawierzchnią asfaltową lub betonową (tj. w złożonym oświadczeniu o posiadanym doświadczeniu tabeli z doświadczeniem oraz w piśmie z dnia 24 kwietnia 2018 r.). Tym samym Przystępujący dwukrotnie przekazał Zamawiającemu nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik postępowania, gdyż ofertą Przystępującego został wybrana jako najkorzystniejsza pomimo, iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Powyższe okoliczności uprawniają do stwierdzenia, iż zaistniały przesłanki wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, gdyż wykonawca ten co najmniej w wyniku niedbalstwa i niedochowania należytej staranności przekazał Zamawiającemu informacje, które wprowadziły go w błąd co do spełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, co miało istotny wpływ na decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jak Izba wskazała powyższej, obowiązkiem Przystępującego było przeprowadzenie weryfikacji zakresu posiadanego przez TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp. z o.o. doświadczenia, jakie miało być udostępnione, nie zaś bezrefleksyjne przyjmowanie oświadczeń podmiotu trzeciego, bez poddania ich analizie i weryfikacji.

Co się zaś tyczy doświadczenia TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. zdobytego w ramach Inwestycji w Gdańsku, to w ocenie Izby, zakres prac wykonanych przez TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. nie uprawnia do przyjęcia, iż podmiot ten wykonał węzeł rozjazdów. Wskazać należy, że Zamawiający wymagał m.in. legitymowaniem się doświadczeniem w wykonaniu węzła rozjazdów. Spór pomiędzy stronami sprowadzał się do rozstrzygnięcia dwóch kwestii: po pierwsze czy wykonanie 4 sztuk rozjazdów jednotorowych pojedynczych może być uznane za węzeł rozjazdów oraz czy węzeł rozjazdów musiał być wykonany na torowisku bezpodsypkowym. Izba uznała po pierwsze, że w ramach Inwestycji w Gdańsku TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. nie wykonało węzła rozjazdów. Definicja węzła rozjazdów zawarta została w publikacji pn. „Rozwój konstrukcji i układu geometrycznego torowisk tramwajowych, jako istotny element postępu w miejskim transporcie szynowy” złożonej przez Przystępującego jako dowód w sprawie. Stanowi ona, że węzeł rozjazdów to układ rozjazdów i skrzyżowań torów tramwajowych umożliwiających połączenia lub/i skrzyżowanie się tras tramwajowych. Definicji tej nie kwestionowała żadna ze stron. Przyjąć więc należy, że konstrukcja węzła rozjazdów musi uwzględniać co najmniej dwie trasy tramwajowe. Definicja bowiem odnosi się do krzyżowania „tras tramwajowych”, co należy interpretować jako krzyżowanie się co najmniej dwóch lub więcej tras. Definicja zaś trasy tramwajowej została wskazana pkt III.4 przywołanej publikacji i stanowi, że trasa tramwajowa to przebieg na określonym obszarze torowiska tramwajowego wraz z przynależną do niego infrastrukturą obejmujące urządzenia energetyki trakcyjnej, urządzenia sterowania ruchem po torowisku, przystani tramwajowe i inne obiekty powiązane konstrukcyjnie i/lub funkcjonalnie z torowiskiem. Trasę tramwajową charakteryzuje układ geometryczny (trasa jednotorowa, dwutorowa), lokalizacja słupów trakcyjnych oraz rodzaje torowiska. Dalej wskazać należy, że z referencji przedstawionych przez Przystępującego z dnia 30 kwietnia 2018 r. wynika, że TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. wykonał w ramach Inwestycji w Gdańsku linię tramwajową, w skład której wchodziły 4 sztuki rozjazdów jednotorowych pojedynczych. Nie wypełnia to, w ocenie Izby, wymogu zawartego w definicji węzła rozjazdów. Nie sposób bowiem wywieść, iż mamy do czynienia z jakimkolwiek krzyżowaniem dwóch tras tramwajowych. Dowód złożony przez Przystępującego tj. zdjęcia torowiska wykonanego przez TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. potwierdza jedynie, iż w ramach jednej trasy tramwajowej dwutorowej zostały zamontowane 4 pojedyncze rozjazdy, które umożliwiają przejście z jednego toru na drugi. Nie sposób jednak powyższych rozjazdów zakwalifikować jako skrzyżowania się tras tramwajowych.

Co do drugiej spornej kwestii dotyczącej wymogu legitymowania się doświadczeniem w konstrukcji węzła rozjazdów na torowisku bezpodsyPKowym, to Izba uznała, że w świetle postanowień SIWZ doświadczenie związane z realizacją węzła rozjazdów odnosiło się do torowiska bezpodsyPKowego. Izba nie podziela stanowiska Przystępującego, iż z uwagi na fakt, że Zamawiający dopuścił możliwość wykazania się wymaganym zakresem doświadczeniem w ramach różnych zadań, uprawniało to wykonawcę na powoływanie się na realizację węzła rozjazdów na jakimkolwiek torowisku. Interpretacja postanowień SIWZ musi uwzględniać przedmiot zamówienia, jak również całość zapisów dotyczących poszczególnych wymogów stawianych przez Zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu przetargowym Zamawiający wymaga realizacji torowiska w konstrukcji bezpodsyPKowej. W opisie warunku dotyczących wiedzy i doświadczenia Zamawiający również wymagał wykazania się doświadczeniem w realizacji torowiska o konstrukcji bezpodsyPKowej wraz z węzłem rozjazdów. W konsekwencji oczywistym jest dla Izby, że poszczególne zakresy doświadczenia miały być uzyskane przez wykonawców podczas realizacji torowisk o konstrukcji bezpodsyPKowej. Dotyczy to również węzła rozjazdów, który jednoznacznie został połączony przez Zamawiającego w opisie warunku udziału w postępowaniu z torowiskiem o konstrukcji bezpodsyPKowej. Wykonanie poszczególnych zakresów robót w ramach odrębnych zadań nie oznacza dowolności w ich dobrze przez wykonawcę, w oderwaniu od brzmienia warunku udziału w postępowaniu. Podkreślić również należy, że Przystępujący nie przedstawił żadnej argumentacji co do odmiennego rozumienia zapisów SIWZ. Możliwości wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia w odrębnych zadaniach nie uprawnia do interpretacji wymagań Zamawiającego w oderwaniu od przedmiotu zamówienia jak i brzmienia samego warunku.

W ocenie Izby Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia dotyczącego budowy węzła rozjazdów poprzez powoływanie się na realizację przez TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k Inwestycji w Gdańsku. Izba uznała jednakże, że w tym przypadku Przystępujący nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Izba uznała bowiem, że wykonawca mógł odmiennie zinterpretować postanowienia SIWZ, co mogło uzasadniać złożenie dokumentów niepotwierdzających posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22d ust. 1 w zw. z cz. III pkt 1

lit. a) SIWZ

W ocenie Izby zarzut potwierdził się. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Jak zostało wskazane powyższej, zgodnie z postanowieniami SIWZ o zamówienie mogli ubiegać się tylko tacy wykonawcy, którzy legitymują się odpowiednim doświadczeniem w postaci zrealizowania w ostatnich 5-ciu latach przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwóch robót budowlanych w zakresie przebudowy lub budowy drogi wraz z wykonaniem torowiska tramwajowego o konstrukcji bezpodsyPKowej z nawierzchnią asfaltową lub betonową o długości minimum 1000 metrów pojedynczego toru wraz z węzłem rozjazdów i siecią trakcyjną (cz. III pkt 1 lit. a SIWZ).

Przystępujący nie wykazał, iż posiada powyższe doświadczenie. Powołał się bowiem na zasoby podmiotu trzeciego tj. TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k., który to wykonawca zobowiązał się oddać do jego dyspozycji wiedzę i doświadczenie zdobyte podczas realizacji Inwestycji w Grudziądzu oraz Inwestycji w Gdańsku. Jak zostało rozstrzygnięte przez Izbę powyżej, obie inwestycje nie spełniają wymagań dotyczących doświadczenia zawartych w SIWZ. Z uwagi na brak możliwości powtórnego wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w powyższym zakresie, Przystępujący winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, bowiem nie legitymuje się wiedzą i doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby brak było podstaw do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w dokumentach załączonych do pisma Przystępującego z dnia 24 kwietnia 2018 r. tj.: (i) wzoru umowy o pracę; (ii) fragmentów regulaminu pracy; (iii) procedury systemowej - nadzór nad zapisami.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

(dalej „UZNK”), przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w tym przepisie (wartość gospodarcza informacji, nieujawnienie jej do wiadomości publicznej, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą być spełnione łącznie. Wskazać należy, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Oznacza to, iż w celu skutecznego zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa musi on nie później niż w terminie składania ofert udowodnić i wykazać zasadność zastrzeżenia. Zamawiający zaś zobowiązany jest do dokonania oceny prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie, co potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z 21 października 2005 r. (III CZP 74/05). Sąd Najwyższy wskazał m.in., że przesądzenie o skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji, uznanych przez niego za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów wskazanych w art. 96 ust. 4 zd. 1 PZP, zależy od wyniku dokonanej przez zamawiającego weryfikacji prawdziwości stanowiska wykonawcy odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Zamawiający więc przychylając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji.

W analizowanym stanie faktycznym Przystępujący złożył uzasadnienie zastrzeżenia w/w dokumentów. Wskazał m.in., iż są to informacje o istotnym znaczeniu gospodarczym, mają charakter poufny, a ich ujawnienie zmniejszyłoby konkurencyjność wykonawcy na rynku.

Mając na uwadze powyższe Izba w pierwszej kolejności wskazuje, iż w piśmie z dnia 24 kwietnia 2018 r., Przystępujący oświadczył, iż jest spółką giełdową i w konsekwencji posiada status spółki publicznej. Zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 596/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 roku w sprawie nadużyć na rynku (rozporządzenie w sprawie nadużyć na rynku) oraz uchylające dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady i dyrektywy Komisji 2003/124/WE, 2003/125/WE i 2004/72/WE (Dz.U.UE L 173/1 z dnia 12 czerwca 2014 roku), spółki publiczne zobowiązane są do publikowania wszystkich informacji poufnych.

Z uzasadnienia załączonych do pisma z dnia 24 kwietnia 2018 r. Przystępujący wskazał, że zastrzeżone dokumenty zawierają informacje poufne, o istotnej i znaczącej wartości dla spółki, dające spółce przewagę konkurencyjną. Mając na uwadze oświadczenia samego Przystępującego o tak istotnej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, racjonalne jest przyjęcie, iż mają one charakter poufny w rozumieniu w/w rozporządzenia. W konsekwencji, winny podlegać procedurze ich ujawnienia zgodnie z w/w rozporządzeniem. Przystępujący jednak zupełnie nie odniósł się do powyższej kwestii, stwierdzając lakonicznie, iż jako spółka publiczna musi dbać o interesy akcjonariuszy. Zdaje się jednak pomijać istotną okoliczność, że to właśnie spółki publiczne są podmiotami transparentnymi w związku z obowiązującymi regulacjami dotyczącymi publikacji raportów bieżących, rocznych i okresowych, jak również informacji poufnych. Podkreślić dalej należy, że procedura obiegu i dostępu do informacji poufnych jest ściśle regulowana. Informacje poufne co do zasady podlegają publikacji, chyba, że emitent skorzystał z procedury opóźnienia publikacji informacji poufnych. Takich okoliczności Przystępujący na rozprawie, ani w treści wyjaśnień nie przywołał. Nie wiadomo zatem czy owe istotne poufne informacje zgodnie z przywołanym powyższej rozporządzeniem były podane do publicznej wiadomości. Okoliczności tych Przystępujący w żaden sposób nie wyjaśnił.

Podkreślić dalej należy, że Przystępujący poza gołosłownymi twierdzeniami zawartymi w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie przedstawił żadnej analizy wartości gospodarczej czy też organizacyjnej zastrzeżonych informacji oraz w jaki sposób konkretny dokument może zostać wykorzystany ze szkodą dla Przystępującego. Poza generalnymi stwierdzeniami, że pracownicy zobowiązani są do zachowania poufności, nie przekazał informacji, kto ma dostęp do zastrzeżonych dokumentów, jaki jest obieg zastrzeżonych dokumentów. Umieszczenie wyłącznie pieczętki „Tajemnica Przedsiębiorstwa” nie może być równoznaczne z uznaniem, iż wszystkie informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach należy traktować jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przystępujący nie wykazał w żaden sposób, że zastrzeżone dokumenty zostały opatrzone pieczętką „Tajemnica przedsiębiorstwa” w momencie ich powstania, nie zaś wyłącznie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Za racjonalne uznać należy, że decyzje o tym czy dany dokument uznać należy za zastrzeżony z uwagi na okoliczność, iż zawiera informacje poufne są podejmowane przez uprawnione osoby w przedsiębiorstwie Przystępującego. Decyzje te winny być odzwierciedlone w dokumentacji przedsiębiorstwa, zwłaszcza jeśli mamy do czynienia ze spółką publiczną. Przystępujący jednak w tej kwestii nie przedłożył żadnych dowodów.

Podkreślić dalej należy, że ogólne stwierdzenia o wartości gospodarczej i organizacyjnej zastrzeżonych dokumentów nie są, w ocenie Izby, satysfakcjonującym dowodem na wykazanie zasadności zastrzeżenia. Za błędne należy uznać przyjęcie, iż z samego faktu uznania danej informacji za organizacyjną czy handlową należy przypisać jej wartość gospodarczą. Każdą informację można przyporządkować do określonej kategorii, jednakże ustawodawca w art. 11 ust. 4 UZNK wskazał, iż należy wykazać, że informacji ta (tj. informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inne informacje) posiada wartość gospodarczą. Tajemnica przedsiębiorcy winna być oceniana w sposób obiektywny, oderwany od woli danego przedsiębiorcy. W innym przypadku, tajemnicą przedsiębiorcy byłoby wszystko, co arbitralnie on za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Ponadto, wykonawca winien więc wykazać, że ujawnienie informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach spowoduje wymierną szkodę w przedsiębiorstwie. Takich jednak okoliczności w ocenie Izby Przystępujący nie wykazał. Raz jeszcze podkreślić należy, że ogólne stwierdzenia wykonawcy o wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, czy o ryzyku narażenia na szkodę poprzez ich ujawnienie bez odniesienia się do konkretnych informacji zawartych w dokumentach, analizy ich wartości gospodarczej i uprawdopodobnienia szkody jaką może przynieść ich ujawnienie jest w ocenie Izby niewystarczające.

Z tych powodów nie ma podstaw w uznaniu informacji zawartych w dokumentach załączonych do pisma z dnia 24 kwietnia 2018 r. jako tajemny przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że wykonawcy mają prawo weryfikować zasadność zastrzeżonych informacji. Jest to bowiem część postępowania przetargowego, która co do zasady ma charakter jawny i otwarty, zaś wszelkie wyjątki od tej zasady winny być interpretowane ściśle.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z przywołanym przepisem z udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, 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. Ustawodawca wymaga więc, aby w stosunku do wykonawcy wykazać, iż określone działanie nosiła znamiona rażącego niedbalstwa lub winy umyślnej. Takich okoliczności, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał. O ile bowiem zasadne było wykluczenie Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z powodu niedochowania należytej staranności, o tyle działaniu Przystępującego nie sposób przypisać winy umyślnej czy też rażącego niedbalstwa. Podkreślić bowiem należy, że informacje zakwestionowane przez Odwołującego, które wprowadziły Zamawiającego w błąd pochodziły od podmiotu trzeciego, nie dotyczyły zaś doświadczenia posiadanego bezpośrednio przez Przystępującego. Dotyczy to również zakwestionowanych przez Odwołującego dwóch zobowiązań wystawionych przez TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. Wskazać należy w tej kwestii, że o ile zasadnie mogą rodzić się wątpliwości czy rzeczywiście wykonawca posiadał w dniu 8 lutego 2018 r. dwoma zobowiązaniami o odmiennej treści, to jednak zasadność zarzutu musi wynikać z wiarygodnych i potwierdzonych okoliczności

faktycznych sprawy. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał w wystarczający sposób, iż doszło do sfalszowania dokumentu czy też jego anty-datowania.

Podkreślić należy, że należyta staranność profesjonalisty wymagała od Przystępującego zbadania właściwego zakresu doświadczenia posiadanego przez TOR - KAR - SSON sp. z o.o. sp.k. Przystępujący, w ocenie Izby, takich czynności nie podjął, co skutkowało przekazaniem informacji niezgodnych z rzeczywistością. Takiemu zaniechaniu przypisać należy brak należytej staranności, nie zaś rażące niedbalstwo czy też winę umyślną. Odwołujący nie przedstawił okoliczności faktycznych, które uzasadniały zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z przywołanym przepisem jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w oświadczeniach lub dokumentach potwierdzających okoliczności, o których mowa w lub innych dokumentach niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielania wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W orzecznictwie została wypracowana zasada, iż wezwanie do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów może być dokonywane tylko raz w stosunku do tego samego braku dotyczącego określonego oświadczenia lub dokumentu. Wezwanie powinno przy tym precyzyjnie wskazywać uchybienia, jakich dopuścił się wykonawca, zakres wymaganych oświadczeń lub dokumentów, a także określać termin i formę, w jakiej powinny być one uzupełnione.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż Zamawiający naruszył zasadę jednokrotności wezwania. Podkreślić bowiem należy, że pismem z dnia 29 marca 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego wyłącznie do złożenia oryginału zobowiązania podmiotu trzeciego, a więc było to wezwanie do uzupełnienia formy złożonego dokumentu. Dopiero pismem z dnia 27 kwietnia 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i to wezwanie traktować należy jako wezwanie do uzupełnienia wymaganego doświadczenia. Wezwania skierowane przez Zamawiającego do Przystępującego dotyczyły różnych okoliczności i nie naruszały tym samym zasady jednokrotności wezwań.

Mając na uwadze powyższy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący: