

sygn. akt: **KIO 3319/20**

WYROK
z dnia 4 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Roverpol sp. z o.o., ul. W. Rzymowskiego 30/221; 02-697 Warszawa, Rover Infraestructuras S.A.**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa**, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PUH Rajbud sp. z o.o., ul. Szymbarskich Zakładników 22; 83-315 Szymbark, Torhamer sp. z o.o. sp. k., Komunikacyjne Zakłady Automatyki Trans-Tel sp. z o.o.**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Roverpol sp. z o.o., ul. W. Rzymowskiego 30/221; 02-697 Warszawa, Rover Infraestructuras S.A.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Roverpol sp. z o.o., ul. W. Rzymowskiego 30/221; 02-697 Warszawa, Rover Infraestructuras S.A.**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla realizacji projektu pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 221 Gutkowo - Braniewo” na odcinku Gutkowo - Dobre Miasto”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 marca 2020 r., pod nr 2020/S 064-153987.

Dnia 2 grudnia 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 14 grudnia 2020 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Roverpol sp. z o.o., Rover Infraestructuras S.A. (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

- 1) nieuzasadnionym wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców w składzie: PUH Rajbud Sp. z o.o. z siedzibą w Szymbarku - lider konsorcjum, Torhamer Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gdyni - partner konsorcjum, Komunikacyjne Zakłady Automatyki Trans-Tel Sp. z o.o. z siedzibą w Pobiedziskach - partner konsorcjum (łącznie „Konsorcjum Rajbud”, „Konsorcjum”),
- 2) zaniechaniu wezwania Konsorcjum Rajbud do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, a w konsekwencji uznania, że oferta Konsorcjum Rajbud nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 3) uznaniu, że Konsorcjum Rajbud wykazało spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- 4) zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum Rajbud z postępowania, pomimo iż Konsorcjum Rajbud nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 5) ewentualnie, zaniechaniu wystąpienia do Konsorcjum Rajbud z wnioskiem o złożenie stosownych wyjaśnień lub uzupełnień,
- 6) zaniechaniu udostępnienia odwołującemu protokołu postępowania wraz z załącznikami,
- 7) zaniechaniu wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 1a w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Rajbud do przedstawienia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących sposobu

wyliczenia ceny ostatecznie zaoferowanej przez Konsorcjum Rajbud, podczas gdy oferta tego wykonawcy wydawała się zamawiającemu rażąco niska przed aukcją (wtedy procedurę tę przeprowadzono), a w toku aukcji elektronicznej Konsorcjum Rajbud znacznie obniżyło cenę ofertową, co powinno wzbudzić u zamawiającego wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz skłonić zamawiającego do przeprowadzenia ponownego badania ceny ofertowej, a w przypadku niezyskania wystarczających wyjaśnień oraz dowodów, do odrzucenia oferty Konsorcjum Rajbud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z 90 ust. 3 Pzp,

2. ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby w toku postępowania odwoławczego ujawniono, że zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśniającą po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej;

art. 96 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu pełnej dokumentacji postępowania zawierającej wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z udzielonymi wyjaśnieniami Konsorcjum Rajbud złożonymi po przeprowadzonej aukcji elektronicznej,

3. art. 96 ust 3 Pzp w zw. § 4 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego („Rozporządzenie”), poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu (w odpowiedzi na złożony wniosek) protokołu postępowania wraz częścią załączników dotyczących oferty Konsorcjum Rajbud, co w konsekwencji prowadzi do utrudnienia odwołującemu zbadania prawidłowości złożonej oferty Konsorcjum Rajbud i czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania,

4. art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez:

- niezasadne uznanie, że Konsorcjum Rajbud wykazało spełnienie warunku określonego w punkcie 8.6.1. lit d) Instrukcji dla Wykonawców („IDW”),

- zaniechanie wezwania Konsorcjum Rajbud do przedstawienia wyjaśnień w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 8.6.1. lit d) IDW, podczas gdy z przedłożonych przez Konsorcjum Rajbud dokumentów oraz z udzielonych wyjaśnień nie wynika, aby w ramach robót budowlanych wskazanych w pozycji 5 uzupełnionego Wykazu robót, które były realizowane w ramach konsorcjum, PUH Rajbud Sp. z o.o. z siedzibą w Szymbarku faktycznie nabył doświadczenie przy realizacji tej inwestycji uprawniające tę spółkę do powoływania się na doświadczenie w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.1. lit d) IDW,

5. art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Rajbud do złożenia uzupełnień w zakresie spełniania warunku udziału

w postępowaniu określonego w punkcie 8.6.2 ppkt 1 IDW, podczas gdy z Wykazu osób wynika, że p. (M.T.) nie spełnia warunku postawionego przed osobą mającą zajmować stanowisko Dyrektora Kontraktu,

6. art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Rajbud do przedstawienia wyjaśnień w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 8.6.2. ppkt 2 IDW (wymogi w zakresie Kierownika Budowy), podczas gdy z informacji powszechnie dostępnych wynika, że p. (M.J.) nie może pełnić funkcji kierownika budowy, bowiem zobowiązany jest do realizacji zadań na innych inwestycjach, co uniemożliwia mu pełnienie stałej funkcji Kierownika Budowy na zadaniu będącym przedmiotem postępowania,
7. art. 26 ust. 3 i 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Rajbud do przedstawienia uzupełnień lub wyjaśnień w zakresie spełnienia warunku udziału określonego w punkcie 8.6.2. lit. h) IDW (dysponowanie pociągiem do układki nawierzchni), podczas gdy podmiot trzeci używający Konsorcjum Rajbud urządzenie techniczne w postaci pociągu do układki nawierzchni nie dysponuje powyższym sprzętem,
a w konsekwencji powyższego,
8. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym odwołujący wniósł:

1. na podstawie art. 190 ust. 1 Pzp, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym,
2. na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp:
 - 1) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - b) przekazanie odwołującemu kompletnego protokołu postępowania wraz z załącznikami,
 - c) wykluczenie Konsorcjum Rajbud z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu,*ewentualnie - wezwania Konsorcjum Rajbud do:*
 - wyjaśnień w zakresie warunku udziału, o którym mowa w pkt 8.6.1. lit d) IDW,
 - uzupełnień w zakresie warunku udziału, o którym mowa w pkt 8.6.2. ppkt 1 IDW,

- wyjaśnień w zakresie warunku udziału, o którym mowa w pkt 8.6.2. ppkt 2 IDW,
 - uzupełnień lub wyjaśnień w zakresie warunku udziału, o którym mowa w pkt 8.6.2. lit. h) IDW,
 - d) wezwanie Konsorcjum Rajbud do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,
 - e) dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu,
- 2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Gdyby zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami Pzp, oferta odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, że zamawiający zaniechał przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum Rajbud. W toku prowadzonego postępowania zamawiający pismem z dnia 15 czerwca 2020 r. wezwał Konsorcjum Rajbud do złożenia wyjaśnień dotyczących wysokości ceny złożonej przez Konsorcjum Rajbud, gdyż jak ocenił zamawiający - zachodziło domniemanie, że ceny istotnych części składowych:

- a) Pozycja 1 „Prace przedprojektowe, dokumentacja projektowa, powykonawcza, inne”,
- b) Pozycja 2.7 „Sieć trakcyjna”,
- c) Pozycja 2.11 „Usuwanie kolizji”,
- d) Pozycja „Prawo Opcji 1”,

są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

Jak wskazał jednocześnie zamawiający, wezwanie umotywowane było faktem, iż w stosunku do oferty Konsorcjum Rajbud ziściły się przesłanki uzasadniające przeprowadzenie procedury w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że istotne części składowe oferty Konsorcjum Rajbud wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, przy czym jednocześnie wskazał, że oferta Konsorcjum Rajbud znacząco odbiega cenowo od innych ofert, co przedstawione zostało przez zamawiającego poprzez porównanie istotnych części składowych oferty Konsorcjum Rajbud do wyceny pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W wyniku wezwania Konsorcjum Rajbud udzieliło zamawiającemu wyjaśnień, niemniej jednak z uwagi na ich utajnienie przez wykonawcę, ich treść nie jest znana odwołującemu.

Niezależnie od tego, zamawiający następnie przeprowadził aukcję elektroniczną z udziałem Konsorcjum Rajbud. Pismem z dnia 15 lipca 2020 r. zamawiający poinformował, że w toku aukcji elektronicznej najkorzystniejszą ofertę złożyło Konsorcjum Rajbud. Konsorcjum Rajbud w toku aukcji elektronicznej w stopniu znaczącym jednak obniżyło wartość swojej oferty - z 230 384 551, 61 zł na 203 486 303,01 zł. Odnosząc powyższą różnicę do kwoty pierwotnie zaoferowanej przez Konsorcjum Rajbud należy zauważyć, że wskutek aukcji elektronicznej Konsorcjum obniżyło cenę swojej oferty o blisko 12 %. Dla precyzyjniejszego przedstawienia wartości oferty Konsorcjum Rajbud i zmian cen, jakich dokonano w trakcie aukcji elektronicznej, odwołujący przedstawił tabelę porównawczą.

Zgodnie z regułami prowadzenia aukcji, które wynikają wprost z IDW (pkt 20.10.17), jej przeprowadzenie skutkuje:

- a) wyliczeniem procentowego wskaźnika upustu cenowego;
- b) zastosowaniem tak wyliczonego upustu do cen ujętych w RCO.

Powyższe oznacza, że na skutek obniżenia ceny całkowitej w toku aukcji, wszystkie elementy składowe ceny zostać muszą obniżone o wartość wyliczonego upustu (który w analizowanym przypadku wynosi 12%). A zatem o 12% obniżone zostać muszą również te pozycje, które weryfikował zamawiający w toku procedury wyjaśniającej na etapie poprzedzającym przeprowadzenie aukcji elektronicznej. Skoro zatem wycena tych pozycji budziła wątpliwości zamawiającego przed aukcją, a w toku aukcji Konsorcjum Rajbud zdecydowało się na istotne obniżenie ceny, to obowiązkiem zamawiającego było ponowne przeprowadzenie procedury wyjaśniającej.

Za zupełnie niezrozumiałe i niekonsekwentne odwołujący uznał działanie zamawiającego, który, chociaż w toku przeprowadzonej aukcji doszło do istotnego obniżenia ceny ofertowej wykonawcy, nie decyduje się na przeprowadzenie procedury wyjaśniającej.

Zdaniem odwołującego, obniżenie ceny ofertowej w toku aukcji wywołuje ten skutek, iż dotychczas złożone wyjaśnienia ulegają dezaktualizacji (dotyczą bowiem nieobowiązującej ceny). Skoro więc istniało podejrzenie rażąco niskiej ceny przed przeprowadzeniem aukcji, to istnieje ono tym bardziej na skutek obniżenia ceny ofertowej w toku aukcji elektronicznej. Zamawiający zobligowany był więc do ponownego skierowania do Konsorcjum Rajbud wezwania do złożenia wyjaśnień. W przeciwnym razie stwierdzić należy, że przeprowadzona procedura wyjaśniająca ma jedynie pozorny charakter i nie pozwala uznać, że wykonawca wykazał, iż cena ofertowa ma rynkowy charakter.

Z opisanych powyżej względów odwołujący uznał, że zamawiający winien wezwać Konsorcjum Rajbud do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ostatecznie

zamawiającemu ceny, a w szczególności możliwości jej tak istotnego obniżenia w porównaniu do stanu sprzed aukcji elektronicznej.

Odwołujący podniósł jednocześnie, że nie może wykluczyć sytuacji, w której zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśniającą na etapie następującym po aukcji elektronicznej, jednak stosowna dokumentacja nie została odwołującemu przekazana. Jeśli zatem procedura ta została przeprowadzona, to zarzut odwoławczy sprowadza się do zaniechania udostępnienia odwołującemu dokumentacji w tym zakresie.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający utrudniał mu dostęp do dokumentów postępowania, nie przekazując części z nich wcale, lub przekazując po upływie wielu dni. Zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub (...). Pismem z dnia 2 grudnia 2020 r., tuż po przesłaniu przez zamawiającego odwołującemu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami w postaci pełnej korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a Konsorcjum Rajbud. Niemniej jednak, pomimo złożonego wniosku, zamawiający do dnia składania odwołania, nie udostępnił odwołującemu protokołu postępowania. Z kolei część dokumentów została udostępniona 11 grudnia 2020 r. (9 dni po złożonym wniosku).

Przepis art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, wyznacza moment, od którego udostępnieniu podlega protokół, jak i poszczególne załączniki do protokołu. Jednocześnie § 4 ust 5 rozporządzenia dotyczącego protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazuje, że zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie. Zamawiający całkowicie zignorował wystosowany przez odwołującego wniosek, przez co nie tylko naruszył przepisy wskazane w petitum odwołania, ale przede wszystkim rażąco naruszył zasady równego traktowania wykonawców i jawności postępowania, a także ograniczył prawo odwołującego do przeprowadzenia realnego zapoznania się z ofertą innego wykonawcy. Brak pełnej znajomości wniosków (w tym uzupełnień i wyjaśnień) uniemożliwia *de facto* odwołującemu ocenę podjętych przez zamawiającego czynności w postępowaniu.

Niespełnienie warunku udziału, o którym mowa w pkt. 8.6.1. lit. d) IDW.

Zamawiający w ramach warunku udziału odnoszącego się do zdolności technicznej lub zawodowej określonego w pkt 8.6.1. lit d) IDW wymagał od wykonawców wykazania się, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie wykonali budowę lub przebudowę lub remont co najmniej 2 obiektów typu: most, wiadukt lub estakada o rozpiętości najdłuższego przęsła nie mniejszej niż 10 m.

W ramach postawionego warunku udziału, Konsorcjum Rajbud w Wykazie robót zadeklarowało wykonanie zadania: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 131 Chorzów Batory - Tczew, odcinek Bydgoszcz Główna - Zduńska Wola - Chorzów Batory” dla części obejmującej wykonanie robót branży nawierzchniowej w torze nr 1 i 2 na szlaku Zaryń - Piotrków Kujawski i stacjach: Lipie Góry, Chełmce, Piotrków Kujawski oraz 2) robót budowlanych na szlaku Chełmce - Karczyn dla przedmiotowego zadania [Aneks nr 1 do Umowy] w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na sieci kolejowej. W opisie tej inwestycji w Wykazie robót wskazano, iż wykonano „renowację 2 mostów”.

Zamawiający powziął jednak wątpliwości na etapie badania i oceny ofert co do faktycznego spełnienia przez powyższą inwestycję warunku udziału z pkt 8.6.1. lit d) IDW i pismem z dnia 24 września 2020 r. wezwał, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Konsorcjum Rajbud do uzupełnienia dokumentów, bowiem, jak wskazał zamawiający - tylko jeden z mostów objętych przedmiotową inwestycją spełnia wymagania wskazane w warunku udziału w zakresie rozpiętości najdłuższego przęsła. Wobec tego zamawiający nie może uznać, że Konsorcjum Rajbud wykazało spełnienie warunków udziału w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu co najmniej 2 obiektów typu: most, wiadukt lub estakada o rozpiętości najdłuższego przęsła nie mniejszej niż 10 m.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Konsorcjum Rajbud pismem z dnia 30 września uzupełniło Wykaz robót, przy czym zaprezentowało również szeroką polemikę z wezwaniem zamawiającego, powołując się przy tym, że w przepisach ustawowych jak i dokumentacji postępowania brak jest definicji „rozpiętość przęsła”, co w ocenie Konsorcjum Rajbud, determinowało możliwość posłużenia się wykładnią rozszerzającą tego pojęcia. Pomimo, iż w dokumentacji postępowania zamawiający doprecyzował definicję przęsła („długość przęsła” oraz „rozpiętość teoretyczna przęsła”), na co wskazało Konsorcjum w treści wyjaśnień, Konsorcjum *de facto* zignorowało ten fakt, podsumowując treść wyjaśnień, że obiekty, które zostały pierwotnie wskazane przez Konsorcjum spełniają wymagania zamawiającego, wbrew temu co twierdził zamawiający, a samo Konsorcjum z uwagi na brak definicji „rozpiętość najdłuższego przęsła” dokonało dozwolonej interpretacji i przyjęło, że chodzi o długość całkowitą przęsła wraz ze skrzydełkami.

Niezależnie od tego, Konsorcjum przedłożyło uzupełniony Wykaz robót, z dodatkowo wykonanymi inwestycjami, które miały potwierdzać spełnienie warunku udziału przez Konsorcjum. Konsorcjum Rajbud wskazało w uzupełnionym Wykazie robót następujące zadania:

- „Rewitalizacja linii kolejowej nr 131 Chorzów Batory - Tczew, odcinek Bydgoszcz Główna - Zduńska Wola - Chorzów Batory” dla części obejmującej wykonanie robót branży nawierzchniowej w torze nr 1 i 2 na szlaku Zaryń - Piotrków Kujawski i stacjach:

Lipie Góry, Chełmce, Piotrków Kujawski' („L131”) (zadanie to było wskazane już w pierwotnym Wykazie robót),

- „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na terenie IŻ Bydgoszcz w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Prace na linii kolejowej C-E 65 na odcinku Zduńska Wola Karsznice - Bydgoszcz - Tczew” („CE65”),
- „Budowa linii tramwajowej Siedlce - Pomorska Kolej Metropolitalna. Zad. 1.1. Odcinek od Pętli Siedlce do przystanku PKM, w ramach Gdańskiego Projektu Komunikacji miejskiej - etap III B.” („Siedlce-PKM”),
- „Rewitalizacja linii kolejowych: nr 137 na odcinkach Gliwice Łabędy - Gliwice - Zabrze i Ruda Chebzie - Chorzów Batory oraz nr 134 na szlaku Sosnowiec Jęzor - Mysłowice” („LK137”),
- „Rewitalizacja linii kolejowej nr 59 na odcinku granica państwa - Chryzanów (S)” („LK59”).

Analizując poszczególne inwestycje, które wskazane zostały przez Konsorcjum w drodze uzupełnienia, odwołujący wskazał, że nie potwierdziły one w dalszym ciągu spełnienia warunku udziału. W zakresie pierwszej inwestycji L131 dostrzec można, że jej zakres prac był już przedmiotem wezwania, w której zamawiający jednoznacznie stwierdził, że w ramach tej inwestycji wykonany został tylko 1 most o prawidłowo wymaganej rozpiętości przęsła, który spełniałby warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający najwyraźniej (słusznie) nie podziela stanowiska Konsorcjum Rajbud, iż zadanie to potwierdza spełnienia warunku, wszak w przeciwnym razie nie badałby pozostałych inwestycji (co uczynił, odwołujący nie zgadza się jednak z wynikami tej oceny).

Zadanie CE65 nie spełnia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu bowiem, wbrew temu, co wskazało Konsorcjum w swoich wyjaśnieniach, tj. że zadanie obejmowało remont wiaduktu kolejowego o wymiarze przęsła 11,25 m, długość przęsła w powyższy zadaniu wynosiła 9,43 m. Powyższe znajduje wprost potwierdzenie w załączonym do wyjaśnień opisie technicznym wskazanej inwestycji.

Odnosnie zadania LK137 wskazać należy, że realizacja przedmiotowego zadania zakończona została w sierpniu 2014 r., co niezależnie od tego czy w ramach tego zadania wykonano odpowiadającą warunkowi udziału długość przęsła, skutkować powinno automatycznym pominięciem go w ocenie spełnienia warunku udziału, bowiem zgodnie z treścią postawionych przez zamawiającego wymagań, wykonawca zobowiązany był do wykazania się, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał stosowne zadanie budowy, przebudowy lub remontu (...). Jak można dostrzec, powyższe zadanie nie spełnia wymagań odnoszących się do ram czasowych, bowiem jego realizację zakończono niemal 6 lat przed terminem składania ofert (co miało miejsce 19 maja 2020 roku). Powyższe wynika wprost z załączonego do wyjaśnień z 30 września 2020 r.

poświadczenia z dnia 22 kwietnia 2015 r. wystawionego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski.

Jeśli chodzi o zadania Siedlce-PKM oraz LK 59, to wadliwość w ocenie powyższych inwestycji w kontekście spełnienia warunku udziału sprowadza się do tej samej materii - doświadczenia nabytego przez wykonawców wspólnie realizujących inwestycje.

O ile jednak badanie doświadczenia nabytego przez lidera Konsorcjum Rajbud w ramach zadania Siedlce - PKM było przedmiotem wezwania zamawiającego z dnia 9 października 2020 r., to zamawiający całkowicie pominął zbadanie doświadczenia nabytego w ramach zadania LK 59, gdzie lider Konsorcjum Rajbud zadanie to realizował wspólnie z dwoma innymi wykonawcami w ramach konsorcjum. Zamawiający zaniechał wezwania Konsorcjum Rajbud do złożenia wyjaśnień w zakresie faktycznego przebiegu zadania. Tymczasem przebieg tej inwestycji wskazuje, że spółka Rajbud nie nabyła w toku prac nad LK 59 doświadczenia w zakresie budowy, przebudowy lub remontu mostu, wiaduktu lub estakady o rozpiętości przęsła nie mniejszej niż 10 m. Z posiadanych przez odwołującego informacji wynika, że zakres czynności podejmowanych przez spółkę Rajbud w ramach tego zadania nie sprowadzał się do czynności powiązanych z budową/przebudową/remontem obiektu mostowego (za zakres ten odpowiadali pozostali członkowie konsorcjum). Prowadzi to więc do braku możliwości posłużenia się przez Konsorcjum zadaniem LK 59, jako potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący podnosił, że zamawiający, o ile informacji tych nie posiada, powinien okoliczność tę co najmniej zbadać w ramach procedury wyjaśniającej (w trybie art. 26 ust. 4 Pzp). Przy czym potwierdzenie stanowiska prezentowanego przez odwołującego skutkować musi wykluczeniem z postępowania (wszak wyczerpana została procedura z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp).

Z kolei w ramach zadania Siedlce - PKM zamawiający wystosował do Konsorcjum wezwanie, w którym wskazał na wątpliwości odnoszące się do nabytego doświadczenia, wskazując, że zadanie to realizowane było w ramach konsorcjum (gdzie liderem konsorcjum był wykonawca: Firma Budowlano- Drogowa MTM S.A., PUH Rajbud Sp. z o.o. był natomiast partnerem konsorcjum). W związku z nieznanym Zamawiającemu zakresem i wielkością faktycznego udziału lidera Konsorcjum w wykonaniu zadania Siedlce-PKM, zamawiający zobowiązał Konsorcjum Rajsbud do wyjaśnień w tej materii (pismo z dnia 9 października 2020 roku).

Pismem z dnia 14 października Konsorcjum złożyło wyjaśnienia podkreślając wielokrotnie, iż PUH Rajbud Sp. z o.o. wykonywał w ramach badanego zadania faktycznie zakres robót budowlanych wchodzących zarówno w przebudowę istniejącej estakady jak również budowę nowej estakady - wchodzących w zakres zadania. W ocenie Konsorcjum, lider Konsorcjum wykonywał szereg zadań, które rzekomo przepisać można było wykonawcy generalnego

całego zadania. Niemniej jednak, na poparcie swoich twierdzeń, Konsorcjum nie przedłożyło żadnych precyzyjnych dowodów, które potwierdzałyby wykonanie zakresu prac, na które powołało się Konsorcjum. Przedłożona do wyjaśnień umowa konsorcjum, która została zawarta między wykonawcami w ramach zadania Siedlce-PKM, wskazywała w §7, że partner konsorcjum (PUH Rajbud) odpowiada jedynie za roboty torowe, z wyłączeniem robót rozbiórkowych, ziemnych, podbudowy tłuczniowej i georusztu oraz odwodnienia torów. Za wykonanie pozostałego zakresu robót objętych zamówieniem (a więc również tych, o które pytał zamawiający) odpowiadał lider konsorcjum (Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A.). W ocenie odwołującego, sam fakt, że spółka PUH Rajbud wykonywała roboty torowe nie świadczy automatycznie, że wykonała prace, które stanowią podstawę warunku udziału - budowę lub przebudowę lub remont co najmniej 2 obiektów typu: most, wiadukt lub estakada o rozpiętości najdłuższego przęsła nie mniejszej niż 10 m.

W tym miejscu odwołujący wskazał, że problematyka nabywania doświadczenia w zadaniach realizowanych w ramach konsorcjum była przedmiotem rozważań Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Krajowej Izby Odwoławczej. Jak wskazuje aktualne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca może przypisać sobie doświadczenie z realizacji danej inwestycji jedynie w takim zakresie, w jakim samodzielnie je zrealizował.

W odniesieniu do niniejszego zarzutu istotny jest więc wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2018 r. w sprawie Esaprojekt. TSUE stanął bowiem na stanowisku, że „(...) gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców; której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Jak bowiem słusznie podniósł rząd polski w uwagach w piśmie, wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców.”

Uwzględniając powyższe nie sposób zgodzić się z Konsorcjum Rajbud, że jakkolwiek udział w realizacji danych robót pozwala na legitymowanie się doświadczeniem w ich wykonaniu (str. 1 pisma z 14 października 2020 roku). W istocie jest bowiem dokładnie odwrotnie - to nie jakkolwiek zakres pozwala na nabycie doświadczenia, ale taki, który sprowadza się do realnego i faktycznego wkładu danego podmiotu w wykonanie określonych prac (odpowiadających warunkowi udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego).

Niezależnie jednak od polemiki na gruncie unijnego czy polskiego orzecznictwa podnieść należy kwestię kluczową - otóż z treści udzielonych przez Konsorcjum Rajbud wyjaśnień nie

sposób ustalić, że zakres prac wykonany przez spółkę Rajbud wykonany w ramach zadania Siedlce - PKM pozwala na uznanie warunku udziału za spełniony. Za czynności, które pozwalają uznać, że spółka Rajbud nabyła stosowne doświadczenie nie mogą bowiem być uznane:

- a) przygotowanie dokumentów niezbędnych do przygotowania oferty,
- b) ponoszenie solidarnej odpowiedzialności,
- c) udzielenie gwarancji i rękojmi.

Przywołane powyżej okoliczności (wskazane na str. 4 pisma z 14 października 2020 r.) nie odnoszą się do zakresu prac faktycznie wykonanych, a stanowią konsekwencję każdorazowej realizacji zamówienia przez konsorcjum. Zarówno bowiem argumenty użyte w treści wyjaśnień, jak i przedłożone dowody potwierdzają jedynie, że spółka Rajbud była podmiotem zaangażowanym w realizację tego zadania poprzez wykonanie prac torowych (do tego zakresu odnosi się również uszczegółowiona część wyjaśnień). Okoliczność ta jest jednak bezsporna, wątpliwości zamawiającego sprowadzały się natomiast do ustalenia, czy zakres prac wykonany przez spółkę Rajbud odpowiada warunkowi z pkt. 8.6.1 lit d) IDW. Tymczasem doświadczenie w zakresie robót torowych, o których wspomina w wyjaśnieniach wykonawca, było przez zamawiającego weryfikowane, ale w ramach warunku, o którym mowa w pkt. 8.6.1 lit. a) IDW. Nie sposób zatem uznać, że zamawiający słusznie przyjął, że wątpliwości wyrażone w treści wezwania do złożenia wyjaśnień zostały w ten sposób rozwiązane. Warto również zwrócić uwagę na dokument pn. Lista pracowników (załączony do wyjaśnień). Otóż jedyni kierownicy, którzy nadzorować mieli prace wykonywane w ramach tej inwestycji ze strony spółka Rajbud, to w istocie kierownicy robót torowych. Stanowi to zatem kolejny dowód na potwierdzenie, iż spółka Rajbud nie była faktycznie zaangażowana w prace mostowe.

Mając zatem powyższe na uwadze, uznać należy, że Konsorcjum Rajbud nie spełniło warunku udziału o którym mowa w pkt 8.6.1. lit d) IDW, bowiem wykonawca ten wykazał się wyłącznie jedną inwestycją (1 budową mostu), która potwierdza tylko częściowo spełnienie przedmiotowego warunku udziału.

Zamawiający w pkt 8.6.2 tabeli ppkt 1) wskazał, że wymaga od wykonawców dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zgodnie ze wskazanymi w dokumentacji wymaganiami. Jedną z funkcji, która została wymieniona przez Zamawiającego w ramach powyższego warunku udziału był Dyrektor kontraktu. Zamawiający wymagał, aby osoba predestynowana na powyższe stanowisko posiadała następujące kwalifikacje i doświadczenie:

- wykształcenie wyższe,
- co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierowniczym związanym z zarządzaniem zadaniami inwestycyjnymi,

- w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert pełnił przez co najmniej 18 miesięcy funkcje kierownicze związane z zarządzaniem zadaniami inwestycyjnymi na dwóch 2 inwestycjach infrastrukturalnych kolejowych, których wartość realizacyjna (kontraktowa) wynosiła minimum 50 mln PLN netto dla każdej inwestycji, przy czym co najmniej jedna z tych inwestycji realizowana była w oparciu o uznany standard realizacji robót budowlanych (np. FIDIC V0B/B, ICC/NEC, CCAG lub inne równoważne).

W ramach postawionego warunku udziału, Konsorcjum Rajbud przedstawiło do pełnienia tej funkcji p. (M.T.). Jak wynika z Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, pan (M.T.) zajmował następujące stanowiska:

- 1) Zastępca dyrektora/kierownika kontraktu (01.2013-12.2014),
- 2) Kierownik robót (06.2011-12.2012),
- 3) Kierownik robót (01.2009-04-2011),
- 4) Kierownik budowy (06.2006 - 09.2008).

Istota wymogów związanych z osobą mającą pełnić funkcję kierownika kontraktu sprowadza się do doświadczenia i umiejętności w zakresie zarządzania zadaniem inwestycyjnym. Zadanie to należy odróżnić jednak od kierowania procesem budowlanym, tym bardziej, że w odrębnym warunku udziału zamawiający bada doświadczenie osób predestynowanych do pełnienia funkcji kierownika budowy oraz kierownika robót torowych. W odniesieniu do tych osób warunek udziału wprost odnosi się do doświadczenia nabytego w ramach piastowania funkcji kierownika budowy lub (odpowiednio) robót torowych. W przypadku kierownika kontraktu doświadczenie nie przekłada się na kierowanie pracami budowlanymi (dyrektor kontraktu nie sprawuje bowiem samodzielnej funkcji w budownictwie w rozumieniu Prawa budowlanego). Istota tej funkcji powiązana jest natomiast z kompetencjami organizacyjnymi, logistycznymi i finansowymi. Dyrektor kontraktu odpowiada m. in. za nadzór nad personelem, organizowanie współpracy pomiędzy poszczególnymi kierownikami robót branżowych, organizację dostaw, prowadzenie dokumentacji kontraktu, rozliczenia etc.

W ślad za Subklauzulą 4.3 Warunków Umowy, Dyrektor Kontraktu będzie pełnił na przedmiotowej inwestycji funkcję Przedstawiciela Wykonawcy. Podkreślić należy, że funkcja Przedstawiciela Wykonawcy to funkcja koordynująco-reprezentacyjna i swoim zakresem skupia się na kwestiach reprezentacji wykonawcy względem zamawiającego. Przedstawiciel Wykonawcy to nie jest osoba, która wykonuje samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, tylko osoba, której rola sprowadza się do pełnienia funkcji menadżera od strony wykonawcy konkretnego przedsięwzięcia budowlanego. Jego doświadczenie powinno się zatem odnosić generalnie do zarządzania kontraktami budowlanymi jako Przedstawiciel Wykonawcy lub na stanowisku równoważnym.

Analiza doświadczenia p. (M.T.), pozwala ustalić, że żadna z przywołanych inwestycji nie wskazuje na sprawowanie przez p. (M.T.) funkcji kierowniczej w zakresie zarządzania zadaniem inwestycyjnym. Pierwsza z nich wskazuje na pełnienie funkcji zastępcy kierownika. Tymczasem rola zastępcy nie może być uznana za spełniającą postawiony przez zamawiającego wymóg. Treść warunku sprowadza się bowiem do zarządzania zadaniami inwestycyjnymi, tymczasem zastępca odpowiada przed osobą piastującą samodzielnie funkcję zarządczą i nie sposób uznać, że nabywa wymagane przez zamawiającego doświadczenie. Ponadto jest to najczęściej stanowisko, które funkcjonuje wyłącznie w wewnętrznej i nieoficjalnej organizacji prac, przez co nie można jednoznacznie określić co faktycznie należy do zakresu obowiązku osoby pełniącej taką funkcję (zastępcy). Odwołujący podkreślił, że nawet gdyby uznać, że wykonawcy mieli prawo posługiwać się osobami, które doświadczenie nabyły pełniąc funkcję zastępcy, to i tak doświadczenie p. (M.T.) nie pozwala na uznanie warunku za spełniony.

Kolejne dwie inwestycje wskazują na zajmowanie stanowiska kierownika robót. Funkcja kierownika robót to samodzielna funkcja techniczna w budownictwie. Kierownik robót budowlanych odpowiada za część prac w zakresie których posiada odpowiednie uprawnienia. Nie można zatem przypisać osobie pełniącej funkcję kierownika robót doświadczenia w zakresie zarządzania zadaniem inwestycyjnym. Z analogicznych powodów nie można zgodzić się, iż równoznaczne z zarządzaniem zadaniem inwestycyjnym jest sprawowanie funkcji kierownika budowy. Ten bowiem odpowiada za zakres, o którym mowa w art. 22 Prawa budowlanego, co przekłada się na zarządzanie budowlaną stroną inwestycji (a nie organizacyjną czy finansową).

Odwołujący podniósł, że żadna z czterech przypisanych p. (M.T.) inwestycji nie może być brana pod uwagę w kontekście oceny spełnienia warunku, o którym mowa w pkt. 8.6.2 ppkt 1 IDW (zarówno w części dotyczącej trzyletniego doświadczenia, jak i dwóch inwestycji o określonych w treści warunku parametrach). Zamawiający powinien zatem wystosować do Konsorcjum Rajbud wezwanie w trybie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, żądając zastąpienia wykazane doświadczenia innym (bądź zastąpienia p. (M.T.) inną osobą).

Kolejnym z uchybień dotyczących oferty Konsorcjum Rajbud jest kwestia dysponowania przez Konsorcjum osobą powołaną na funkcję Kierownika Budowy - p. (M.J.).

Odwołujący wskazał, że p. (M.J.) został powołany na stanowisko kierownika budowy w dodatkowych dwóch innych inwestycjach, których realizacji prowadzona będzie w terminie równoległym do terminu przewidzianego dla niniejszej inwestycji (podkreślić jednocześnie należy, że pozostałe postępowania, które wskazuje odwołujący to postępowania, w których Konsorcjum złożyło najkorzystniejszą ofertę i w najbliższym czasie przewidziane jest podpisanie umowy z zamawiającym).

Pan (M.J.) skierowany został równoległe do pełnienia funkcji kierownika budowy na poniższych inwestycjach: (...).

Powyższe prowadzi do konkluzji, że p. (M.J.) nie będzie mógł prawidłowo wypełniać obowiązków na zadaniu z niniejszego postępowania, bowiem zobowiązany będzie do pełnienia swojej (tożsamej) funkcji na dwóch innych zadaniach, które realizowane będą w zupełnie innych regionach Polski. Dodatkowo Odwołujący zauważył, że w ramach pierwszego zadania - Pomorskiej Kolei Metropolitalnej - zamawiający w warunkach udziału wskazał, że podczas realizacji robót wykonawca zobowiązany do zapewnienia całego kierownictwa na terenie inwestycji. Oznacza to, iż wykonawca zobligowany jest do zapewnienia, że osoby skierowane na tym zadaniu pozostawać będą w nieprzerwanej dyspozycji przy realizacji całości zadania. Oznacza to, że p. (M.J.) nie będzie mógł skutecznie wypełniać swoich obowiązków na zadaniu, które jest przedmiotem niniejszego postępowania. Podczas projektowania i realizacji robót oraz tak długo później, jak będzie to konieczne do wypełnienia zobowiązań wykonawcy, wykonawca zapewni całe kierownictwo konieczne do: planowania, organizacji, kierowania, zarządzania, inspekcji i dokonywania prób przy pracy, w szczególności zapewni personel określony w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Z powyższych względów, uznać należy, że Konsorcjum Rajbud nie wykazało się skutecznym spełnieniem warunku udziału w zakresie dysponowaniem kadrą, a okoliczność ta powinna zostać (co najmniej) przez zamawiającego wyjaśniona.

Zamawiający w ramach warunku udziału w pkt 8.6.2 IDW w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy, wskazał, że wymaga od wykonawcy dysponowaniem odpowiednimi narzędziami i urządzeniami technicznymi w celu realizacji przedmiotowego zamówienia. Jednym z urządzeń technicznych jakie wymienione zostały przez zamawiającego jest pociąg do układki nawierzchni poruszający się po subwarstwie tłuczni posiadający własny system szyn długich lub równoważny zapewniających w maksymalnym stopniu wykorzystanie maszyn wysokowydajnych które spełniają warunku podane w pkt 2.10 [16] WWiORB (treść warunku została zmodyfikowana w trakcie postępowania).

W celu spełnienia powyższego warunku udziału, Konsorcjum Rajbud przedłożyło zamawiającemu zobowiązanie podmiotu trzeciego (załącznik nr 3 do IDW) - MGW Gleis - und Weichenbau Weichenbau-Gesellschaft mbH & Co. KG z siedzibą w Berlinie („podmiot trzeci”), w którym to podmiot ten zobowiązał się oddać Konsorcjum (dokładnie partnerowi Konsorcjum -Torhamer Sp. z o.o. sp. . z siedzibą w Gdyni) zasób w postaci wskazanego warunkiem udziału pociągu do układki nawierzchni.

Odwołujący wskazał, że w ślad za informacjami ogólnodostępnymi podmiot trzeci w rzeczywistości nie dysponuje takim sprzętem, co skutkuje tym, że Konsorcjum Rajbud nie

spełniło warunku udziału w zakresie dysponowania odpowiednim sprzętem. Na dowód powyższego, odwołujący przedstawił informacje ze strony internetowej podmiotu trzeciego.

Z tego względu, zamawiający winien był wezwać Konsorcjum Rajbud do złożenia wyjaśnień lub do zmiany i uzupełnienia podmiotu używającego wskazanego sprzętu.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, co następuje.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 90 ust. 1a w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Rajbud do przedstawienia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących sposobu wyliczenia ceny ostatecznie zaoferowanej przez Konsorcjum Rajbud, podczas gdy oferta tego wykonawcy wydawała się zamawiającemu rażąco niska przed aukcją (wtedy procedurę tę przeprowadzono), a w toku aukcji elektronicznej Konsorcjum Rajbud znacznie obniżyło cenę ofertową, co powinno wzbudzić u zamawiającego wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz skłonić zamawiającego do przeprowadzenia ponownego badania ceny ofertowej, a w przypadku niezyskania

wystarczających wyjaśnień oraz dowodów, do odrzucenia oferty Konsorcjum Rajbud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z 90 ust. 3 Pzp, Izba uznała za niezasadny.

W ocenie Izby, zamawiający nie miał podstaw prawnych oraz faktycznych do żądania od przystępującego złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem zamawiający na etapie przed przeprowadzeniem aukcji elektronicznej zwracał się do przystępującego o złożenie wyjaśnień i takie wyjaśnienia otrzymał. Podkreślić należy, że dokonana przez zamawiającego ocena złożonych wyjaśnień była prawidłowa, oparta o dokładne i szczegółowe wyjaśnienia złożone przez przystępującego, poparte dodatkowo dowodami. Wskazać należy, iż twierdzenia odwołującego o rzekomych wątpliwościach, jakie winien powziąć zamawiający, albowiem przystępujący po aukcji obniżył wartość swojej oferty o 12 %, nie znajdują swojego uzasadnienia. Krajowa Izba Odwoławcza analizując treść złożonych przez przystępującego wyjaśnień z dnia 15 czerwca 2020 roku, wraz ze złożonymi dowodami stwierdziła, że cena oferty przystępującego, w szczególności w odniesieniu do elementów, które były przedmiotem wątpliwości zamawiającego, nie jest ceną rażąco niską. Pokreślić należy, że w odniesieniu do wskazywanych elementów oferty, przystępujący powołał się w swoich wyjaśnieniach na oferty złożone przez podwykonawców, z których zamierza skorzystać w celu realizacji spornych elementów przedmiotu zamówienia. Ceny ofert podwykonawców zostały skalkulowane na takim poziomie, że nawet po obniżeniu ceny całkowitej oferty o 12%, po przeprowadzonej aukcji elektronicznej, nadal są na poziomie niższym niż ten wskazywany przez odwołującego, co oznacza, że przystępujący nadal posiada nadwyżkę, która gwarantuje mu zysk w realizacji przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, nie może być mowy o zaniżeniu ceny ofertowej poniżej kosztów, tym samym Izba nie stwierdziła, w tym przypadku o rażąco niskiej cenie oferty przystępującego. Izba zwraca uwagę, że zarówno treść wyjaśnień przystępującego oraz dowody przez Niego złożone zostały skutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa, dlatego też niemożliwe jest szczegółowe omówienie tych dokumentów przez Izbę. Nadto Izba wskazuje, że skoro odwołujący stawia zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny, to winien tę okoliczność wykazać stosownymi dowodami, zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Do zamknięcia rozprawy odwołujący żadnego dowodu nie przedstawił, dlatego też Izba stwierdziła, iż zarzut odwołującego jest niezasadny.

W związku z powyższym za niezasadny Izba uznała zarzut opisany, jako ewentualny, dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu pełnej dokumentacji postępowania zawierającej wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z udzielonymi wyjaśnieniami Konsorcjum Rajbud złożonymi po przeprowadzonej aukcji elektronicznej, albowiem zamawiający nie przeprowadził procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty przystępującego po

przeprowadzonej aukcji elektronicznej, a co za tym idzie nie została wytworzona żadna nowa dokumentacja postępowania, która mogłaby zostać udostępniona odwołującemu.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 96 ust 3 ustawy Pzp w zw. § 4 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego („Rozporządzenie”), poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu (w odpowiedzi na złożony wniosek) protokołu postępowania wraz częścią załączników dotyczących oferty Konsorcjum Rajbud, co w konsekwencji prowadzi do utrudnienia odwołującemu zbadania prawidłowości złożonej oferty Konsorcjum Rajbud i czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania, Izba uznała za bezzasadny.

W toku prowadzonej rozprawy ustalone zostało, że zamawiający w dniach 9, 10 i 11 grudnia 2020 roku, przekazywał odwołującemu dokumenty składające się na dokumentację postępowania, które stanowiły *de facto* załączniki do protokołu. Ustalone również zostało, iż zamawiający w dniu 28 grudnia 2020 roku, przekazał odwołującemu protokół postępowania. Jednocześnie zamawiający oświadczył, że protokół postępowania, przekazany odwołującemu w dniu 28 grudnia 2020 roku, nie zawierał żadnych nowych okoliczności, które dawałyby odwołującemu dodatkowe argumenty umożliwiające postawienie nowych zarzutów. Nadto odwołujący nie wykazał, że protokół, który otrzymał w dniu 28 grudnia 2020 roku, takie nowe okoliczności wskazują.

W związku z powyższym, o ile samo przekazanie protokołu postępowania nie nastąpiło niezwłocznie, to sam fakt jego przekazania w dacie późniejszej nie wywoływało negatywnych skutków dla odwołującego, co stanowiło o bezzasadności stawianego zarzutu.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez:

- niezasadne uznanie, że Konsorcjum Rajbud wykazało spełnienie warunku określonego w punkcie 8.6.1. lit d) Instrukcji dla Wykonawców („IDW”),
- zaniechanie wezwania Konsorcjum Rajbud do przedstawienia wyjaśnień w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 8.6.1. lit d) IDW, podczas gdy z przedłożonych przez Konsorcjum Rajbud dokumentów oraz z udzielonych wyjaśnień nie wynika, aby w ramach robót budowlanych wskazanych w pozycji 5 uzupełnionego Wykazu robót, które były realizowane w ramach konsorcjum, PUH Rajbud Sp. z o.o. z siedzibą w Szymbarku faktycznie nabył doświadczenie przy realizacji tej inwestycji uprawniające tę spółkę do powoływania się na doświadczenie w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.1. lit d) IDW,

Izba uznała za bezzasadny.

Wskazać bowiem należy, iż zamawiający w ramach warunku udziału odnoszącego się do zdolności technicznej lub zawodowej określonego w pkt 8.6.1. lit d) IDW wymagał od wykonawców wykazania się, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie wykonali budowę lub przebudowę lub remont co najmniej 2 obiektów typu: most, wiadukt lub estakada o rozpiętości najdłuższego przęsła nie mniejszej niż 10 m.

Konsorcjum Rajbud wskutek wezwania przedłożyło uzupełniony Wykaz robót, z dodatkowo wykonanymi inwestycjami, które miały potwierdzać spełnienie warunku udziału przez Konsorcjum Rajbud. Kluczowe dla oceny spełnienia przez tego wykonawcę warunku okazało się zadanie pn. *„Budowa linii tramwajowej Siedlce — Pomorska Kolej Metropolitalna. Zad. 1.1. Odcinek od Pętli Siedlce do przystanku PKM, w ramach Gdańskiego Projektu Komunikacji miejskiej - etap III B. ” („Siedlce-PKM”).*”.

W ocenie Izby, zamawiający słusznie uznał, że wykonawca nabył doświadczenia przy realizacji tego zadania wspólnie realizując inwestycję w ramach konsorcjum (gdzie liderem konsorcjum był wykonawca: Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A., PUH Rajbud Sp. z o.o. był natomiast partnerem konsorcjum). W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego Konsorcjum Rajbud pismem z dnia 14 października 2020 roku, złożyło wyjaśnienia podkreślając, iż PUH Rajbud Sp. z o.o. wykonywał w ramach badanego zadania faktycznie zakres robót budowlanych wchodzących zarówno w przebudowę istniejącej estakady jak również budowę nowej estakady - wchodzących w zakres zadania. Wykonywał szereg zadań, które można przypisać wykonawcy generalnemu całego zadania. Z załączonej umowy konsorcjum wynika, że PUH Rajbud odpowiada za roboty torowe (z wyłączeniem robót rozbiórkowych, ziemnych, podbudowy tłuczniowej i georusztu oraz odwodnienia torów). W ocenie Izby, przedstawione przez wykonawcę te i pozostałe obszernie wyjaśnienia pozwoliły na uznanie, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony. We wskazanej realizacji mieliśmy do czynienia z przebudową estakady. Zgodnie z art. 3 pkt 7a) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1333 z późn. zm.), który zawiera definicję legalną przebudowy - przez przebudowę należy przez rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego.

Jak słusznie wskazał zamawiający, przy tej realizacji doszło do zmiany parametrów użytkowych obiektu poprzez umiejscowienie na nim układu torowego. PUH Rajbud

odpowiadał przy tej realizacji za roboty torowe, które są nierozdzielnie związane z innymi branżami przy tej realizacji, w szczególności z branżą obiektów inżynierskich. Roboty torowe oddziałują bowiem na elementy konstrukcyjne estakady. Prace torowe wymagają więc ścisłej współpracy z branżą obiektów inżynierskich. Zaprojektowanie układu torowego wymaga chociażby wyliczeń dopuszczalnych nacisków na konstrukcję estakady. Z tego więc względu doświadczenie PUH Rajbud zostało zaliczone przez zamawiającego, gdyż zakres prac obu konsorcjantów wymagał ścisłej współpracy branży torowej i inżynierskiej.

Niezasadne są również twierdzenia odwołującego, iż w związku z tym, że osoby realizujące referencyjną inwestycję ze strony przystępującego zostały wskazane jedynie do robót torowych oznacza, że spółka Rajbud nie była faktycznie zaangażowana w prace mostowe, albowiem fakt nadzorowania jednego z etapów inwestycji, który poprzez swoje działania spowodował zmianę parametrów użytkowych i technicznych istniejącego obiektu budowlanego, wprost wpisuje się w legalną definicję przebudowy z art. 3 pkt 7a ustawy – Prawo budowlane. Tym samym uczestnictwo spółki Rajbud w przebudowę estakady było realne i należało je zakwalifikować, jako udział wykonawcy w realizacji całego zadania.

Mając zatem powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że przystępujący spełnił warunek udziału o którym mowa w pkt 8.6.1. lit d) IDW.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Rajbud do złożenia uzupełnień w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 8.6.2 ppkt 1 IDW, podczas gdy z Wykazu osób wynika, że p. (M.T.) nie spełnia warunku postawionego przed osobą mającą zajmować stanowisko Dyrektora Kontraktu, Izba uznała za bezzasadny.

Za rozstrzygające w tym zakresie uznać należało treść warunku opisanego przez zamawiającego. Zamawiający wymagał, aby osoba skierowana na stanowisko Dyrektora Kontraktu posiadała następujące kwalifikacje i doświadczenie:

- wykształcenie wyższe,
- co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierowniczym związanym z zarządzaniem zadaniami inwestycyjnymi,
- w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert pełnił przez co najmniej 18 miesięcy funkcje kierownicze związane z zarządzaniem zadaniami inwestycyjnymi na dwóch 2 inwestycjach infrastrukturalnych kolejowych, których wartość realizacyjna (kontraktowa) wynosiła minimum 50 mln PLN netto dla każdej inwestycji, przy czym co najmniej jedna z tych inwestycji realizowana była w oparciu o uznany standard realizacji robót budowlanych (np. FIDIC V0B/B, ICC/NEC, CCAG lub inne równoważne).

W ocenie Izby, wykazane przez przystępującego inwestycje, w których uczestniczył p. (M.T.) wskazują na sprawowanie przez niego funkcje kierownicze w zakresie zarządzania zadaniem inwestycyjnym. Zdaniem Izby, jednoczesne sprawowanie funkcji kierownika budowy się z tym nie wyklucza. Jak słusznie podniósł zamawiający, zarówno kierownik budowy, jak i kierownik robót kierują budową/robotami i odpowiadają za realizację zakresu rzeczowo-finansowego, co nierozdzielnie wiąże się z zarządzaniem zadaniem inwestycyjnym. Zamawiający miał wiedzę z realizacji własnych projektów, że p. (M.T.) działał jako przedstawiciel wykonawcy - zastępca Dyrektora Kontraktu (działający na podstawie dalszego pełnomocnictwa od Dyrektora Kontraktu) podpisując dokumenty kontraktowe w ramach kontraktów:

- UMOWA nr 90/119/0003/11/Z/I z dnia 27.05.2011 r. „Na wykonanie robót budowlanych modernizacji linii nr 9 na odcinku od km 184,800 do km 236,920 objętym obszarem Lokalnego Centrum Sterowania z siedzibą w Łławie” w ramach Projektu Nr POIiŚ 7.1-1.3 „Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa-Gdynia -obszar LCS Łława, LCS Malbork”,

- LCS Malbork: UMOWA nr 90/119/0002/11/Z/I z dnia 27.05.2011 r. „Na wykonanie robót budowlanych modernizacji linii nr 9 na odcinku od km 236,920 do km 287,700 objętym obszarem Lokalnego Centrum Sterowania z siedzibą w Malborku” w ramach Projektu Nr POIiŚ 7.1-1.3 „Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa-Gdynia - obszar LCS Łława, LCS Malbork”.

W ocenie Izby, treść rzeczowego warunku nie precyzowała, jakie konkretne stanowiska kierownicze związane z zarządzaniem zadaniami inwestycyjnymi zamawiający uzna za potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Nie można zatem jednoznacznie stwierdzić, że p. (M.T.) pełniąc określone funkcje techniczne w budownictwie, tj. pełniąc funkcję kierownika robót czy kierownika budowy, nie zarządzał na stanowisku kierowniczym danym zadaniem inwestycyjnym. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, że takich funkcji p. (M.T.) nie pełnił. Analogicznie do funkcji zastępcy dyrektora kontraktu, nie można jednoznacznie stwierdzić - odwołujący nie udowodnił - że w zakres wykonywanych czynności nie wchodziły również zadania związane z zarządzaniem inwestycji na stanowisku kierowniczym, tym bardziej, że funkcja zastępcy dyrektora kontraktu, jak najbardziej wpisuje się w funkcję kierowniczą. Dowodem na potwierdzenie okoliczności, że p. (M.T.) pełnił funkcje zgodnie z treścią warunku opisanego przez zamawiającego, są dowody złożone przez zamawiającego na rozprawie, tj. przykładowa korespondencja p. (M.T.), jako zastępcy Dyrektora Kontraktu.

Dlatego też Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego jest bezzasadny.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Rajbud do przedstawienia wyjaśnień w zakresie

spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 8.6.2. ppkt 2 IDW (wymogi w zakresie Kierownika Budowy), podczas gdy z informacji powszechnie dostępnych wynika, że p. (M.J.) nie może pełnić funkcji kierownika budowy, bowiem zobowiązany jest do realizacji zadań na innych inwestycjach, co uniemożliwia mu pełnienie stałej funkcji Kierownika Budowy na zadaniu będącym przedmiotem postępowania, Izba uznała za bezzasadny.

W zakresie przedmiotowego zarzutu wskazać należy, iż we wskazywanych przez odwołującego zadaniach nie zawarto zastrzeżenia, że kierownik budowy ma w nich występować na wyłączność. Nadto, wartym zauważenia jest okoliczność, iż na etapie składania ofert wykonawca nie może być pewien, czy jego oferta zostanie uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą i że zostanie z tym wykonawcą podpisana umowa. Również żadne przepisy ustawy Pzp czy rozporządzeń wydanych na jej podstawie nie ograniczają możliwości wskazywania osób na samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, w tym kierownika budowy, na kilku inwestycjach jednocześnie. To wykonawca, dysponujący określonym potencjałem jest w stanie ustalić, czy wskazywana przez niego osoba podoła obowiązkom nakładanym na niego przez zamawiającego. Jak podał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wszystkie inwestycje wymienione przez odwołującego są zdaniami stosunkowo prostymi. Tym samym nieuprawniony jest wniosek odwołującego, że p. (M.J.) nie będzie mógł prawidłowo wypełniać obowiązków na przedmiotowym zadaniu. Izba stwierdziła jednocześnie, że odwołujący nie udowodnił, że osoba wskazana przez przystępującego faktycznie nie będzie mogła pełnić funkcji kierownika budowy na zadaniu objętym przedmiotem zamówienia.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Rajbud do przedstawienia uzupełnień lub wyjaśnień w zakresie spełnienia warunku udziału określonego w punkcie 8.6.2. lit. h) IDW (dysponowanie pociągiem do układki nawierzchni), podczas gdy podmiot trzeci używający Konsorcjum Rajbud urządzenie techniczne w postaci pociągu do układki nawierzchni nie dysponuje powyższym sprzętem, Izba uznała za bezzasadny.

Zamawiający w ramach warunku udziału w pkt 8.6.2 IDW w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy, wskazał, że wymaga od wykonawcy dysponowania odpowiednimi narzędziami i urządzeniami technicznymi w celu realizacji przedmiotowego zamówienia. Jednym z urządzeń technicznych jest pociąg do układki nawierzchni poruszający się po subwarstwie tłuczni posiadający własny system szyn długich lub równoważny zapewniających w maksymalnym stopniu wykorzystanie maszyn wysokowydajnych.

W celu spełnienia powyższego warunku udziału, Konsorcjum Rajbud przedłożyło zamawiającemu zobowiązanie podmiotu trzeciego (załącznik nr 3 do IDW) - MGW Gleis - und Weichenbau Weichenbau-Gesellschaft mbH & Co. KG z siedzibą w Berlinie („podmiot trzeci”), w którym to podmiot ten zobowiązał się oddać przystępującemu (dokładnie partnerowi konsorcjum Torhamer sp. z o.o. sp. z siedzibą w Gdyni) zasób w postaci wskazanego warunkiem udziału pociągu do układki nawierzchni.

Krajowa Izba Odwoławcza, za zamawiającym wskazuje, że załączone informacje ze strony internetowej podmiotu trzeciego, które są informacjami poglądowymi nie stanowią dowodu na powyższe. W ocenie Izby, zamawiający prawidłowo oparł się, przy ocenie spełnienia warunku, na oświadczeniach wykonawcy i przedłożonym zobowiązaniu podmiotu trzeciego, które są wiarygodne. Odwołujący nie wykazał więc, że przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto zamawiający wskazał, co bardzo istotne w ocenie tego warunku, iż przystępujący przedstawił także drugie zobowiązanie - firmy Strabag na podobny sprzęt (spełniający ww. wymagania). Zobowiązanie to załączono do oferty. W efekcie wymagany był jeden pociąg, a przystępujący przedstawił aż dwa (w dwóch zobowiązaniach), czym definitywnie spełnił warunek udziału w postępowaniu. Tym samym zarzut odwołującego uznać należało za bezzasadny.

W konsekwencji powyższych ustaleń i rozstrzygnięć za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby, zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego (20.000,00 zł) związane z wpisem od odwołania.

Przewodniczący: