

Sygn. akt: KIO 444/20

KIO 708/20

WYROK

z dnia 29 maja 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Osiecka
Marzena Ordysińska
Katarzyna Odrzywolska**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2020 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 2 marca 2020 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu,**
- B. w dniu 2 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

- A. wykonawcy **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 444/20 i KIO 708/20 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 444/20 i KIO 708/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala oba odwołania.**
2. Kosztami postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 444/20 obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu** na rzecz zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.
3. Kosztami postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 708/20 obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu** na rzecz zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

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:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 444/20

KIO 708/20

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizację robót budowlanych w formule "Projektuj i Buduj" dla zadania pn. LOT A - Prace na linii kolejowej 131 na odcinku Chorzów Batory (km 5,900) - Nakło Śląskie (km 29,000) w ramach projektu POLiŚ 5.1-14 pn. "Prace na linii kolejowej C-E 65 na odc. Chorzów Batory - Tarnowskie Góry - Karsznice - Inowrocław - Bydgoszcz - Maksymilianowo"* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1843), dalej „ustawa Pzp” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 3 lipca 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 126-309325. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I. Zarzuty i żądania odwołania – odwołanie o sygn. KIO 444/20

Odwołujący Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, dalej „Odwołujący” wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ich błędną wykładnię i przyjęcie, że Odwołujący nie był uprawniony do powoływania się na doświadczenie zdobyte przez Odwołującego w toku realizacji inwestycji „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej E-30/C-E 30 Kraków - Medyka - granica państwa na odcinku Tarnów - Dębica w km 80,200 -111,500 w ramach projektu POLiŚ 5.1-7 „Modernizacja linii kolejowej E-30/C-E 30, odcinek Kraków - Rzeszów, etap III" - FAZA II; Przetarg 2.1", dalej „Zamówienie E-30", dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 8.6.1 lit. a), c) i d) IDW i w konsekwencji błędne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełniania tych warunków udziału w postępowaniu, pomimo tego, że Odwołujący był uprawniony do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt. 8.6.1. lit. a), c) i d) IDW poprzez doświadczenie zdobyte w toku realizacji inwestycji Zamówienie E-30;

2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i w konsekwencji niezasadne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie pkt 8.6.1. lit. a), c) i d) IDW, podczas gdy Odwołujący wskazując na zdobyte doświadczenie w toku realizacji inwestycji Zamówienie E-30 wykazał spełnianie tychże warunków, zatem nie było podstawy prawnej do wzywania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w tym trybie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie pkt 8.6.1. lit. a), c) i d) IDW;
2. dokonania czynności ponownego badania i oceny oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający powołując się na wyrok KIO 16/20 kwestionuje przede wszystkim możliwość powoływania się przez Odwołującego na doświadczenie zdobyte w realizacji inwestycji Zamówienie E-30. Aby ocenić zdobyte przez Odwołującego w toku realizacji Zamówienia E-30 doświadczenie, Odwołujący wskazał pokrótce na przebieg jego realizacji.

W dniu 28 grudnia 2010 r. Zamawiający podpisał z konsorcjum wykonawców FEROCO S.A., Torpol S.A., Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu Sp. z o.o. oraz Odwołującym Umowę nr 90/132/374/00/11010186/10/1/1 na realizację Zamówienia E-30. Zakres prac objętych Zamówieniem E-30 obejmował w szczególności prace objęte pkt 8.6.1. lit a), c) i d) IDW. Umowa realizowana była przez konsorcjum składające się z czterech podmiotów: FEROCO S.A. z siedzibą w Poznaniu, TORPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o. o. z siedzibą w Zawierciu. Jak wynika z dokumentacji obrazującej przebieg realizacji Zamówienia E-30, kontrakt od początku wykonywany był faktycznie przez dwa podmioty: FEROCO S.A. oraz Odwołującego. Pozostali dwaj wykonawcy pozostawali bierni w zakresie rzeczywistej i bieżącej realizacji prac. Po stronie konsorcjantów biernych sytuacja nie uległa zmianie aż do zakończenia inwestycji. Inaczej wyglądała natomiast rola i zaangażowanie w wykonanie umowy w przypadku konsorcjantów aktywnych. Odwołujący był jedynym wykonawcą, który pozostawał zaangażowany w realizację inwestycji stanowiącej przedmiot Zamówienia E-30 od początku (zawarcia umowy), aż do jej zakończenia (wydania Świadectwa Przejęcia). Odwołujący od samego początku realizacji aktywnie uczestniczyła w procesie zarządzania tą inwestycją i jej organizacją. Aktywność

Odwołującego rozpoczęła się już na etapie projektowania i trwała nieprzerwanie przez kolejne lata realizacji.

W toku kolejnych lat zmieniała się sytuacja drugiego z podmiotów faktycznie zaangażowanych w realizację Inwestycji E-30, tj. spółki FEROCO S.A. W 2014 r. wykonawca ten napotkał na trudności finansowe, które ostatecznie doprowadziły spółkę do upadłości. Konsekwencją zaistniałej sytuacji było to, że począwszy od 2014 r. Odwołujący już jako lider Konsorcjum realizował Zamówienie E-30. Od tego czasu aktywność spółki FEROCO S.A. malała. Sytuacja finansowa tego podmiotu nie pozwalała nawet na obsłużenie bieżących zakupów materiałów. Z upływem czasu spółka Odwołującego przejmowała wszystkie obowiązki i zadania FEROCO S.A., w tym również przejmowała podwykonawców. W 2016 r. doszło do ostatecznego, formalnego, wyłączenia spółki FEROCO S.A. z konsorcjum.

Z samego faktu pozostawiania stroną umowy nie powstaje dla Odwołującego uprawnienie do posługiwania się doświadczeniem związanym z wykonaniem jej przedmiotu i Odwołujący nigdy nie negował, że w okresie grudzień 2010 r. - 2014 r., spośród dwóch faktycznie zaangażowanych w E-30 wykonawców, to FEROCO S.A. pełniła wiodącą funkcję. Jednak już w tym okresie Odwołujący zaangażowany był w proces decyzyjny, wykonawczy i nadzorczy dotyczący realizacji robót stanowiących przedmiot Zamówienia E-30 (w odróżnieniu od dwóch pozostałych konsorcjantów). Przebieg pierwszych lat realizacji Zamówienia E-30 pozwala na sformułowanie wniosku, iż inwestycja ta, jakkolwiek z formalnego punktu widzenia, pozostawała wspólnym przedsięwzięciem czterech konsorcjantów, tak, oceniając faktyczny jej przebieg, owa wspólność w odniesieniu do realizacji robót łączyła jedynie FEROCO S.A. oraz Odwołującego. To zaś pozwala Odwołującemu na powoływanie się na zdobyte doświadczenie w zakresie całości realizowanych prac przez FEROCO S.A. i Odwołującego z niżej wskazanych powodów.

Po pierwsze wynika to z niepodzielności świadczenia takiego jak roboty budowlane. Owa niepodzielność świadczenia znajdowała odzwierciedlenie w braku odseparowania od siebie zakresu, który od początku realizowany miał być przez FEROCO S.A. od zakresu przypisanego spółce Odwołującego. Naturalną konsekwencją powiązania przedmiotowego wskazanych zakresów było zaangażowanie Odwołującego we wszystko, co związane jest z szeroko rozumianą zarządczą i decyzyjną sferą realizacji Zamówienia E-30.

Po drugie jest to następstwem charakteru świadczenia będącego przedmiotem umowy o roboty budowlane z punktu widzenia podziału umów na umowy starannego działania i umowy rezultatu. Umowa o roboty budowlane ponad wszelką wątpliwość należy do tej ostatniej kategorii, co oznacza, iż interes społeczno - gospodarczy wierzyciela (w tym przypadku - inwestora) zostaje zaspokojony dopiero w momencie osiągnięcia celu

wskazanego mu przez treść zobowiązania i w konsekwencji odpowiada za brak rezultatu swego postępowania. Doświadczenie z realizacji robót budowlanych nie płynie zatem z czasowego zaangażowania w realizację robót, lecz jest ono związane z faktycznym zaangażowaniem w realizację robót, aż do czasu ich odbioru przez wierzyciela. Skoro więc Odwołujący był jedynym podmiotem faktycznie realizującym roboty będące przedmiotem Kontraktu E-30 od jego początku, aż do końca to trudno w takim przypadku uznać, iż nie nabył omawianego doświadczenia.

Za szczególnie istotne Odwołujący uznaje zdarzenia mające miejsce w 2014 r. Wtedy to spółka FEROCO S.A. popadła w istotne kłopoty finansowe, co wywarło wpływ na dalszą realizację Zamówienia E-30. Wówczas Odwołujący objął funkcję lidera konsorcjum, a stan realizacji inwestycji był następujący: w lipcu 2014 r. (moment zmiany lidera konsorcjum) zaangażowanie finansowe inwestycji E-30 wynosiło 38% (co wynika z Przejściowego Świadectwa Płatności z dnia 10.07.2014 r.); do lipca 2014 r. wydanych zostało 16 spośród 45 pozwoleń na budowę, a więc prace odpowiadające pozostałym 29 pozwoleniom nie mogły być wykonywane wcześniej (natomiast nie oznacza to jednocześnie, że wszystkie prace odpowiadające pozwoleniom wydanym przed lipcem 2014 r. musiały być zakończone).

Jak wynika z zestawienia opracowanego przez Odwołującego nawet przyjmując, że Odwołujący rozpoczął nabywanie doświadczenia w lipcu 2014 r., uznać należy, że uzyskał doświadczenie znacznie większe od wymaganego w postępowaniu przez Zamawiającego. Możliwość przypisania sobie doświadczenia z tytułu realizacji Zamówienia E-30 nie wynika tylko, lub w decydującej mierze, z objęcia funkcji lidera konsorcjum. Zdarzenie to było odzwierciedleniem sytuacji, jaka nastąpiła w ramach konsorcjum. Jednakże doświadczenie nabyte przez Odwołującego nie wynika z aneksu do umowy konsorcjum, lecz jest konsekwencją faktycznego zaangażowania Odwołującego w realizację inwestycji (przez cały okres jej realizacji).

Odwołujący przedstawił fragmenty Dzienników Budowy dla Zamówienia E-30, które obejmują m. in. szlak Wola Rzędzińska - Czarna Tarnowska, szlak Tarnów Wola - Rzędzińska oraz szlak Grabiny - Dębica. Z dokumentów tych wynika, że za wykonanie robót torowych i odwodnienia odpowiedzialni byli wykonawcy: FEROCO S.A. oraz Odwołujący (oraz jeden z podwykonawców). Na uwagę zasługuje, że szlak Wola Rzędzińska - Czarna Tarnowska samodzielnie pozwoliłby na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, obejmował bowiem łącznie ok. 24 km nawierzchni torowej, natomiast warunek udziału wskazywał na minimum 20 km. Prace w ramach tego szlaku rozpoczęły się już po objęciu funkcji lidera przez Odwołującego. Jako kierownicy robót torowych wskazani są Panowie: T. Ś., M. S., którzy tę funkcję pełnili z ramienia Odwołującego. Również z innych Dzienników Budowy

(prowadzonych dla innych zakresów prac torowych) wynika wprost, że Odwołujący wykonywał roboty torowe.

Kolejnym dowodem obrazującym zaangażowanie Odwołującego w wykonanie robót torowych jest Protokół odbioru częściowego dla branży torowej, pod którym widnieje podpis kierownika robót torowych ze strony Odwołującego (Pan T. Ś.). Załączony Protokół odnosi się również do przywoływanego przez Odwołującego szlaku Wola Rzędzińska - Czarna Tarnowska.

Dodatkowo Odwołujący załączył notatki ze spotkań związanych z realizacją robót torowych oraz korespondencję związaną z samą realizacją robót torowych (m. in. związaną z zamknięciami torowymi). Wynika z nich w jego opinii, że przedstawiciele Odwołującego aktywnie uczestniczyli w ustaleniach odnoszących się do zakresu torowego i w pracach z tym zakresem związanych. Powyższe dowodzi również, że treść Umowy Wykonawczej, nie oddaje faktycznego przebiegu realizacji Zamówienia E-30. W rzeczywistości bowiem, w okresie po lipcu 2014 r., a przed upadłością spółki FEROCO S.A., mieliśmy do czynienia ze wspólną realizacją robót torowych przez FEROCO S.A. oraz Odwołującego.

Wspólny proces realizacji inwestycji ulegał coraz dalszym odchyleniom, znajdującym potwierdzenie w postępującym marginalizowaniu roli FEROCO S.A. przy wzrastającym znaczeniu drugiego wykonawcy, tj. Odwołującego. Widać to chociażby na przykładzie aneksu nr 3 do Umowy Wykonawczej zawartego dnia 18 września 2015 r. Z dokumentu tego wynika, że wspólne wykonywanie robót torowych przestało być w zasadzie możliwe. Pomimo tego, że w tamtym momencie FEROCO S.A. nie wycofało się jeszcze z konsorcjum, Odwołujący przejął musiał określony zakres robót (wskazany w §2) w wykonawstwo samodzielne, w którym zaangażowanie FEROCO S.A. było równe zeru.

Na dalszym etapie realizacji inwestycji E-30 (październik 2016 r.) spółka FEROCO S.A. definitywnie wycofała się z jakiegokolwiek zaangażowania w realizację Zamówienia E-30. Odwołujący i FEROCO podpisały ostatecznie Porozumienie do Umowy Wykonawczej na mocy którego Odwołujący przejął od FEROCO wszystkie pozostałe roboty do wykonania. Nie oznacza to jednak, że dopiero od tego momentu Odwołujący rozpoczął nabywanie doświadczenia. Z punktu widzenia możliwości przypisania sobie doświadczenia skutkowało to tym, że od tego momentu to tylko Odwołujący nabywał doświadczenie (a do tego momentu nabywane ono było przez Odwołującego oraz FEROCO S.A.). Potwierdzeniem powyższego jest treść protokołów końcowych dla branży torowej oraz trakcyjnej. Z ich treści wynika jednoznacznie, że jedynym wykonawcą stawającym do odbiorów był Odwołujący.

Odwołujący w ramach Zamówienia E-30 wykonywał szereg istotnych czynności związanych z realizacją robót w zakresie pkt. 8.6.1. lit a), c) i d) IDW, w szczególności: brał

czynny udział w realizacji i koordynacji prac projektowych w tym zakresie; realizował ściśle powiązane z budową nawierzchni torowej i trakcji roboty polegające na budowie obiektów inżynierskich, na których te roboty miały być realizowane; od przejścia w 2014 r. funkcji lidera konsorcjum, Odwołujący przejął obowiązek koordynacji wszystkich tych prac, czynił uzgodnienia w tym zakresie z Zamawiającym oraz dostarczał w szczególności na potrzeby realizowania robót przez FEROCO niezbędne materiały budowlane do wykonania robót torowych i trakcyjnych; od chwili, gdy FEROCO wycofało się z realizacji robót w 2016 r., Odwołujący samodzielnie zakończył wykonanie pozostałych robót torowych i trakcyjnych oraz był jedynym podmiotem, który dokonywał z Zamawiającym odbiorów całości zrealizowanych robót budowlanych, w tym w zakresie wynikającym z pkt 8.6.1. lit a), c) i d) IDW.

Co za tym idzie, o ile Odwołujący nie zaprzecza, że samodzielnie, ani w przeważającej mierze nie wykonał podczas realizacji Zamówienia E-30 zakresu prac w zakresie wskazanym w pkt 8.6.1. lit a), c) i d) IDW, to z pewnością faktycznie i konkretnie w sposób bezpośredni brał udział - w zasadniczej mierze - w realizacji tego zakresu prac. Innymi słowy, zakres udziału Odwołującego w realizacji Zamówienia E-30 w odniesieniu do zakresu, o którym mowa w pkt 8.6.1. lit a), c) i d) IDW był na tyle istotny, że pozwolił Odwołującemu na zdobycie doświadczenia w realizacji tego rodzaju prac w takim stopniu, że może wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący w przypadku Zamówienia Rail Baltica także powoływał się na doświadczenie zdobyte w trakcie realizacji Zamówienia E-30, jednak ostatecznie wskutek wyroku 16/20 Zamawiający wezwał go na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie warunków określonych w pkt. 8.6.1 lit. a) [nawierzchnia torowa] oraz lit. b) [trakcja] IDW. Zamawiający w Zamówieniu Rail Baltica nie wzywał Odwołującego do uzupełniania dokumentów w zakresie wskazanym w pkt. 8.6.1 lit. c) i d) IDW. Już z tego powodu, zastosowanie przez Zamawiającego wyroku 16/20 w niniejszym postępowaniu ani nie ma wytłumaczenia, ani uzasadnienia merytorycznego w kontekście rzekomej chęci zastosowania się przez Zamawiającego do treści wyroku 16/20.

Pomimo niejednoznaczności wyroku 16/20 i złożonego przez samego Zamawiającego wniosku o jego wykładnię, Zamawiający nie czekając na stanowisko Izby postanowił zastosować wprost wyrok 16/20 do niniejszego postępowania. Tymczasem, wyrok 16/20 nie daje podstawy do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie wskazanym w pkt 8.6.1 lit. c) i d) IDW w Zamówieniu Rail Baltica, a dodatkowo nie ma mocy wiążącej w niniejszym postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający winien był uznać, że wykładnia zasady równego traktowania wykonawcy wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie

uznaniu, że Odwołujący może powoływać się na doświadczenie zdobyte w trakcie realizacji Zamówienia E-30 w całości prac zrealizowanych podczas tej inwestycji. W konsekwencji, Zamawiający winien był także uznać, że nie zachodzi podstawa do stwierdzenia, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 8.6.1 lit a), c) i d) IDW i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem konieczności uprzedniego wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełniania dokumentów w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę, że Zamawiający w świetle art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp nie miał podstaw do przyjęcia, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 8.6.1 lit a), c) i d) IDW, nie było także i podstaw prawnych do wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Skoro Odwołujący złożył Zamawiającemu wszystkie wymagane IDW dokumenty i wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, to brak było podstaw prawnych do wystosowanego przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentów, a takiej podstawy nie kreował w szczególności wyrok 16/20.

II. Zarzuty i żądania odwołania – odwołanie o sygn. KIO 708/20

Odwołujący Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, dalej „Odwołujący” wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez ich błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie i błędne przyjęcie, że Odwołujący nie był uprawniony do powoływania się na doświadczenie zdobyte przez Odwołującego w toku realizacji Zamówienia E-30 oraz w toku realizacji E-75 dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. 8.6.1 lit. a), c) i d) IDW i błędne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełniania tych warunków udziału w postępowaniu, pomimo tego, że Odwołujący był uprawniony do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt. 8.6.1. lit. a), c) i d) IDW poprzez doświadczenie zdobyte w toku realizacji inwestycji Zamówienie E-30 i Zamówienie E-75 oraz w konsekwencji wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp pomimo tego, że Odwołujący powołując się na doświadczenie zdobyte w toku tak Zamówienia E-30, jak i Zamówienia E-75, wykazał spełnianie tych warunków udziału w postępowaniu;

2. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp w zw. z art. 57 ust. 4 lit h) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo tego, że Odwołujący w stosunku do doświadczenia p. E. R. I. zgłoszonego na stanowisko Głównego Projektanta na potrzeby

wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w pkt 8.6.2 lit. a) pkt 6 IDW: i) w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria i nie zataił tych informacji oraz ii) w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

3. art. 24 ust. 9 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 57 ust. 6 i art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, pomimo tego, że nawet w przypadku gdy Zamawiający uznał, iż Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie tych przepisów ustawy, to uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu Odwołującego, Zamawiający winien był uznać za wystarczające dowody przedstawione przez Odwołującego z pismem z dnia 27.02.2020 r. i uznać, że Odwołujący skutecznie dokonał samooczyszczenia i nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
2. dokonania powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego oraz wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odnosząc się do argumentacji związanej z Zamówieniem E-30 Odwołujący powiełił swoje stanowisko prezentowane w odwołaniu o sygn. akt KIO 444/20. Podnosił, że nasilenie udziału Odwołującego w organizowaniu, zarządzaniu, ale przede wszystkim realnym wykonywaniu prac i robót na Zamówieniu E-30 było tak znaczne - bez udziału Odwołującego prace na Zamówieniu E-30 nigdy nie byłyby wykonane i bez tego udziału nie było możliwe wykonanie prac objętych Zamówieniem E-30 - że niewątpliwie Odwołujący jest uprawniony do powoływania się na doświadczenie zdobyte na Zamówieniu E-30 w zakresie wszystkich prac i robót wchodzących w zakres tego przedsięwzięcia.

W zakresie udziału Odwołującego w realizacji Zamówienia E-75 wskazywał, że bez wykonania prac przez Odwołującego, inwestycja ta nigdy nie zostałaby zrealizowana oraz podnosił, że zakres udziału Odwołującego w realizacji tej inwestycji był także znaczący i niezbędny do należytego wykonania tejże inwestycji.

Zamawiający winien był uznać, że wykładnia zasady równego traktowania wykonawcy wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie uznaniu, że Odwołujący może powoływać się na doświadczenie zdobyte w trakcie realizacji Zamówienia E-30 i Zamówienia E-75 w całości prac zrealizowanych podczas tych inwestycji. W konsekwencji, Zamawiający

winien był także uznać, że nie zachodzi podstawa do stwierdzenia, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. 8.6.1 lit a), c) i d) IDW i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Odnosząc się do doświadczenia Głównego projektanta, Odwołujący podnosił, że istotnie, i informację tę Odwołujący wskazał w złożonych przez siebie wyjaśnieniach, stacja Villada nie posiada 3 krawędzi peronowych, jednakże na wskazanej inwestycji p. I. w charakterze głównego projektanta opracował wielobranżową Dokumentację projektową budowlaną i wykonawczą dla wymaganych w IDW branżach dla stacji Palanquinos, która posiada 3 krawędzie peronowe, a zatem p. .w ramach wskazanej w Wykazie osób inwestycji posiada wymagane doświadczenie i Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli Zamawiający posiadając informację prawdziwą o zakresie danej inwestycji wskazanej jako doświadczenie personelu wykonawcy (tj. o stacji Palanquinos) nie podjąłby decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, to podanie informacji nieprawdziwych (tj. o stacji Villada) nie może być postrzegane, jako podanie informacji wprowadzającej zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. W tym stanie rzeczy, doświadczenie p. I. wskazane w pierwotnym Wykazie osób i wyjaśnione w wyjaśnieniach Odwołującego spełnia wymagania IDW. Zatem Odwołujący już pierwotnie spełniał warunki udziału w postępowaniu i Zamawiający nie był wprowadzony w błąd w takim stopniu, który uzasadniałby wykluczenie Odwołującego z Postępowania.

Jeżeli chodzi zaś o wskazanie w udzielonych przez Odwołującego wyjaśnieniach, iż p. I. brał udział w charakterze głównego projektanta w opracowaniu dokumentacji projektowej dla stacji Villada (stacja techniczna), to z nieznanym Odwołującemu względów Zamawiający uznał, iż informacja ta jest nieprawdziwa. W wyjaśnieniach takiej informacji nie zawarto. Tymczasem, jak wyjaśniał Odwołujący, stacja Villada tyle tylko, że nie posiada 3 krawędzi peronowych (tu Odwołujący wskutek omyłki wskazał w Wykazie osób na stację Villada zamiast stację Palanquinos), ale p. I. brał udział w opracowaniu dokumentacji projektowej dla tej stacji technicznej. Stacja ta nie leży na Odcinkach wskazanych przez Odwołującego, dla których p. I. brał udział w charakterze głównego projektanta w opracowaniu wielobranżowej Dokumentacji projektowej Budowlanej i Wykonawczej dla branż: torowej, kubaturowej, mostowej, urządzeń srk. kolejowej sieci trakcyjnej, ale p. I. brał udział w opracowaniu dla tej stacji technicznej dokumentacji projektowej - z tym, że w mniejszym niż wymagania IDW zakresie. Nie oznacza to jednak, że p. I. w ogóle nie brał udziału w zaprojektowaniu tej stacji, o co się pytał Zamawiający. Informacja zawarta w wyjaśnieniach Odwołującego była zatem jak najbardziej prawdziwa. W tym zakresie więc podstawa faktyczna przyjęcia przez Zamawiającego tezy, iż tą informacją został on wprowadzony w błąd przez Odwołującego jest więc nieprawdziwa i przez Zamawiającego nieudowodniona. To zaś na Zamawiającym

spoczywa ciężar wykazania ziszczenia się wszystkich przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Jak wyjaśnił także Odwołujący, w zakresie inwestycji "Korytarz północno - północno zachodni. Odcinek Venta de Banos - Pafencia - Leon" p. I. nie opracował w charakterze głównego projektanta wielobranżowej Dokumentacji projektowej w wymaganych w IDW 5 branżach dla całości tej linii kolejowej, ale wyłącznie dla trzech szlaków: "Onzonilla (PK340+877) - N601 (PK318+695), Rio Cea (PK287-561) - Bercianos de Real Camino (PK298+063), Grijota (PK233+877) - Becerril de Campos (PK247+29T). Informacji tych ani Zamawiający, ani konkurenci Odwołującego nigdy nie kwestionowali. Zatem informacja prawdziwa dotycząca doświadczenia p. I. zdobytego na omawianej inwestycji nie wprowadzała Zamawiającego w błąd w zakresie, w jakim doświadczenie to spełniało wymagania IDW. Otrzymując informację prawdziwą Zamawiający podjąłby taką samą decyzję tj. iż Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Mimo zawnioskowania przez Odwołującego do Zamawiającego o udostępnienie Odwołującemu pisma ADIF w celu odniesienia się do jego treści, Zamawiający odmówił. Nie sposób nie zauważyć niekonsekwencji Zamawiającego, który najpierw w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wzywa Odwołującego pismem z dnia 21.02.2020 r. do ustosunkowania się do zarzutów PORR. S.A., a obecnie nie udostępnia Odwołującemu pisma ADIF w celu utrudnienia obrony. Nadto, jak wynika z argumentacji Zamawiającego, treść pisma tylko nie potwierdza, że p. I. brał udział w opracowaniu wielobranżowej Dokumentacji projektowej budowlanej i wykonawczej także w branży srk - zapewne wskutek odpowiedniego sformułowania pytania przez PORR S.A. - ale nie wskazuje, że tak nie było. Tymczasem p. I. w ramach opracowania wielobranżowej Dokumentacji projektowej budowlanej i wykonawczej dla wskazanych 3 szlaków ww. inwestycji, brał udział w jej opracowaniu także w branży srk. Zamawiający w celu wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp nie może tymczasem polegać na swoich spekulacjach, ale musi wykazać i udowodnić nieprawdziwość informacji i okoliczność, iż wprowadziła go ona w błąd. To na Zamawiającym spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie, któremu nie sprostał i nie wykazał w informacji o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania, iż Odwołujący podał w tym zakresie informacje wprowadzające w błąd.

Zamawiający bazując na pewnych niepopartych dowodami przypuszczeniach stwierdził, że p. I. nie posiada wymaganego w pkt. 8.6.2 lit. a pkt 6 IDW doświadczenia, które zostało zdobyte na omawianej inwestycji, a zatem że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Twierdzenie to jest nieprawdziwe, co już wyjaśnił Odwołujący powyżej, bowiem p. I. na omawianej inwestycji zdobył wymagane w IDW doświadczenie. Wszelkie zaś nieścisłości zawarte w Wykazie doświadczenia p. I. nie miały

istotnego wpływu na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego, bowiem posiadane przez p. I. w ramach omawianej inwestycji doświadczenie spełnia w rzeczywistości wymagania IDW. Stąd, wskazać należy, że podane przez Odwołującego nieścisłe informacje, nie mogły być zakwalifikowane, jako poważne wprowadzenie w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp w zw. z art. 57 dyrektywy 2014/24/UE, w szczególności biorąc pod uwagę zasadę proporcjonalności. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego nie ziszczyły się określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp przesłanki wykluczenia Odwołującego z postępowania, a z pewnością Zamawiający nie wykazał ich spełnienia, i w konsekwencji wykluczenie Odwołującego z postępowania na tej podstawie prawnej było nieuzasadnione.

Odwołujący wskazywał, że wraz z wyjaśnieniami z dnia 27.02.2020 r. złożył obszerne wyjaśnienia w zakresie występujących w złożonym przez niego Wykazie osób omyłek dotyczących doświadczenia p. I. na wskazanej inwestycji. Wyjaśnił charakter omyłek oraz wskazał, w jaki sposób należy doprecyzować doświadczenie p. I. zdobyte na omawianej inwestycji. Nadto, Odwołujący dokonał samooczyszczenia w trybie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp wyjaśniając jak doszło do omyłki oraz jakie podjął środki w celu zapobiegania występowaniu takich nieprawidłowości w przyszłości. W tym w szczególności wskazał na wdrożenie procedur weryfikacji kandydatów na personel wykonawcy oraz wskazał na konsekwencje pracownicze wyciągnięte wobec osoby, która dopuściła się popełnienia omyłki w Wykazie osób (otrzymane pouczenie dla p. M. S.).

Odwołujący nie zgadzał się także z Zamawiającym, iż Odwołujący nie dokonał wyczerpującego wyjaśnienia stanu faktycznego związanego z powstałymi nieprawidłowościami. Do wyjaśnień Odwołującego zostało dołączone oświadczenie p. M. S. o tym, iż to wskutek jej działań doszło do podania nieprecyzyjnych danych dot. doświadczenia p. I., i że otrzymała ze strony Odwołującego pouczenie w związku z tymi nieprawidłowościami. Odwołujący wskazał więc z imienia i nazwiska osobę odpowiedzialną za powstałe nieprawidłowości. Trudno zrozumieć znaczenie jakie miałyby dla Zamawiającego podanie informacji, z którymi pracownikami - wymienionymi z imienia i nazwiska - p. S. rozmawiała ze strony IDOM i czy byli to pracownicy hiszpańskiej spółki IDOM, czy polskiego oddziału IDOM. Bez względu bowiem na to, czy rozmowy p. S. prowadziła z osobami pracującymi w Hiszpanii, czy w Polsce, niewątpliwie przyczyną dla której powstały nieprawidłowości była okoliczność zaniechania bezpośredniego kontaktu przez p. S. z osobą p. I. . Tylko bowiem bezpośredni kontakt wyeliminowałby ryzyko podania nieprecyzyjnych informacji o jego doświadczeniu. Jednocześnie, nawet w przypadku bezpośredniego kontaktu p. S. z p. I., p. S. winna była zweryfikować pozyskane informacje także w ogólnodostępnych bazach danych www, tak jak zrobił to konkurent PORR S.A. Daty w których p. S. kontaktowała się z pracownikami IDOM

nie stanowią okoliczności, które wyjaśniałyby w jakikolwiek sposób intencje p. S. . Nie sposób też twierdzić, że Odwołujący intencjonalnie wprowadzałby w błąd Zamawiającego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy faktyczne i dokładnie opisane doświadczenie p. I. potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Nawet w przypadku, gdy określona osoba udostępniana jest wykonawcy przez podmiot trzeci, to i tak, najbardziej istotne jest skonfrontowanie informacji o doświadczeniu danego kandydata z tym kandydatem bezpośrednio oraz następcza weryfikacja tych informacji także w innych źródłach. Bez względu na to, z jakiego źródła pochodzi kandydat, jego doświadczenie winno być weryfikowane w kilku niezależnych źródłach, a przede wszystkim w drodze bezpośredniego z nim kontaktu. Właśnie brak dochowania takich zasad skutkowało wystąpieniem nieprawidłowości w tym przypadku. Stąd też zarzut Zamawiającego, iż wdrożony u Odwołującego Regulamin nie reguluje relacji na linii Wykonawca - podmiot trzeci jest nieuzasadnione. To właśnie poleganie wyłącznie na zapewnieniach podmiotu trzeciego doprowadziło Odwołującego do podania nieprecyzyjnych danych - gdyby wówczas Odwołujący stosował wdrożony regulamin, takich nieprawidłowości z pewnością by nie było. Wdrożone przez Odwołującego środki zaradcze są więc adekwatne do stwierdzonych nieprawidłowości i zapewniają zapobieganie im w przyszłości.

Trudno też oczekiwać wyciągnięcia przez Odwołującego odpowiedzialności zbiorowej działu ofertowania Odwołującego, jeżeli zawiniła tylko jedna osoba. Pozostałe osoby pracujące w dziale ofertowania Odwołującego wzięły udział w szkoleniu i podpisały stosowne oświadczenie w tym zakresie. Odwołujący nie tylko więc przeszkolił osobę, która dopuściła się podania nieprecyzyjnych danych, ale także inne osoby z działu ofertowania, by zapobiegać podobnym sytuacjom w przyszłości.

Dodatkowo, trudno sobie wyobrazić, aby Odwołujący w zależności od tego, w jakim kraju przebywa lub jest obywatelem dany kandydat, dokonywał analizy prawa karnego danego kraju i pouczał tego kandydata o odpowiedzialności karnej obowiązującej w tym państwie za podawanie nieprawdziwych informacji, szczególnie, w przypadku, gdy podanie nieprawdziwych informacji wywiera skutek w postępowaniu o udzielenie zamówienia toczącego się w Polsce. Skutkiem wdrożenia opracowanego przez Odwołującego Regulaminu ma być weryfikacja podawanych danych o doświadczeniu określonego kandydata w kilku niezależnych źródłach, co winno doprowadzić do tego, że ewentualne nieprawidłowości w opisie tych informacji zostaną zidentyfikowane przez Odwołującego przed podaniem ich zamawiającemu.

III. Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie KIO 444/20

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. W pierwszej kolejności wskazał, że nie kwestionuje w żaden sposób możliwości powoływania się przez wykonawcę na doświadczenie w realizacji zamówienia wspólnie z innymi podmiotami, o ile dany wykonawca faktycznie wykonał zakres prac, na który się powołuje. Dalej, wskazywał, że w treści wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów nie dokonuje samodzielnie wykładni przepisów prawa krajowego czy unijnego, ale opiera się na literalnym brzmieniu dyrektyw płynących z wydawanych w tym zakresie orzeczeń i wytycznych. Podstawą wezwania jest dyspozycja płynąca z sentencji oraz uzasadnienia wyroku w sprawie KIO 16/20 w postępowaniu Rail Baltica wydanego na kanwie analogicznego brzmienia warunku udziału w postępowaniu oraz tej samej referencyjnej roboty budowlanej.

Odnosząc się do argumentacji, że umowa o roboty budowlane jest umową rezultatu to Zamawiający wskazywał, że w piśmiennictwie taka kwalifikacja budzi wiele wątpliwości. Trudno także uznać, iż charakter świadczenia z umowy o roboty budowlane determinuje fakt zdobycia przez wykonawcę wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia. W przypadku stwierdzenia, iż charakter świadczenia z umowy o roboty budowlane przesądza o konieczności uznawania doświadczenia wykonawcy, jakiegokolwiek prowadzone badania i oceny poczynione przez Zamawiającego byłyby pozbawione podstaw, z uwagi na fakt, iż w istocie każde tego typu doświadczenie wykonawcy musiałoby skutkować automatycznym stwierdzeniem okoliczności spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Podkreślenia wymaga fakt, iż warunkiem określonym przez Zamawiającego i wymaganym dla potrzeb spełnienia warunków udziału w postępowaniu było wykonanie przedmiotowych robót. Pojęcie „wykonania” powinno być interpretowane zgodnie z jego językowym znaczeniem wskazującym na fakt rzeczywistego działania w związku z faktycznym zaangażowaniem w realizację prac budowlanych, a nie prac polegających na formalnym koordynowaniu procesu inwestycyjnego. Tym samym, zatem zasadne staje się stwierdzenie, iż przywoływane w treści odwołania argumenty wskazujące jedynie na zaangażowanie i uczestnictwo w procesach związanych z prowadzeniem prac, poddaje w wątpliwość okoliczność nabycia doświadczenia przez Odwołującego.

Niezrozumiała dla Zamawiającego staje się również argumentacja Wykonawcy zmierzająca do podważenia treści Umowy Wykonawczej oraz stwierdzenie, iż nie oddaje ona faktycznego przebiegu realizacji Zamówienia E-30. Jeżeli bowiem, to nie Umowa Wykonawcza określa zakres realizowanych prac, a co za tym idzie fakt zdobywania przez Odwołującego doświadczenia, to wątpliwym staje się wskazywanie na odmienne podstawy zdobywania przez wykonawcę Intercor wymaganego doświadczenia. Ponadto podnieść należy, iż z posiadanych przez Zamawiającego informacji wynika, iż to właśnie spółka Ferroco S.A. realizowała prace,

które zostały przez Odwołującego wskazane jako podstawa legitymizująca spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W analizowanym kontekście za wystarczające uznać należy bowiem stwierdzenie, że istotą jest możliwość ograniczenia nieuzasadnionego powoływania się na doświadczenie nabywane w konsorcjum jedynie w sposób teoretyczny, zmierzający do wykazywania posiadania doświadczenia jedynie na potrzeby postępowania przetargowego. Co więcej, Zamawiający podkreśla, iż przywoływane stanowiska sądów oraz KIO w znacznej części referują problematykę „czynnego udziału w zarządzaniu sprawami konsorcjum”, a argumentacja Odwołującego zmierza w kierunku wykazania okoliczności wskazujących na tego rodzaju stopień zaangażowania Odwołującego w sprawy konsorcjum.

Odwołujący w sposób dorozumiany potwierdza zatem słuszność powzięcia przez Zamawiającego uzasadnionych wątpliwości, co do faktu spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli bowiem Odwołujący nie wykazuje wprost spełnienia warunków udziału w postępowaniu, lecz zmierza do przekonania Zamawiającego o słuszności poglądu zakładającego możliwość zakwalifikowania „czynnego udziału w zarządzaniu sprawami konsorcjum” jako okoliczności pozwalającej na legitymowanie się określonym w SIWZ doświadczeniem, to wątpliwości Zamawiającego wyrażone poprzez fakt skierowania wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stają się uzasadnione.

Dodatkowo wskazać należy, że Odwołujący przedstawia zupełnie odmienne wnioski niż wynikają z literalnego odczytania wyroku 16/20. Prezentowana przez niego argumentacja podkreśla, że „wymienianie się doświadczeniami niezbędnymi do wykonywania całej inwestycji oraz obserwowanie jak działają inni oraz czerpanie wiedzy i nabywanie nowych umiejętności dzięki tej współpracy” jest w zupełności wystarczające do uznania faktu spełniania wymogu doświadczenia wykonywaniu robót budowlanych. Rozbieżność pomiędzy wykonywaniem robót budowlanych, a nadzorowaniem ich wykonywania, administrowaniem, dowodzeniem oraz czerpaniem wiedzy z wymiany doświadczeń nie powala uznać, iż ww. pojęcia są wobec siebie tożsame.

Wykonawca Budimex Spółka Akcyjna złożył na posiedzeniu w dniu 25 maja 2020 r. pismo procesowe w sprawie KIO 444/20, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismo procesowe w dniu 25 maja 2020 r. złożyła także spółka PORR Spółka Akcyjna, również wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

IV. Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie KIO 708/20

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i podtrzymał dotychczasowe stanowisko (wyrażone m.in. w odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 444/20) o niemożliwości przypisania Odwołującemu doświadczenia w realizacji Zamówienia E-30 w zakresie wskazywanym w Wykazie robót.

W przypadku Zamówienia E-75 ocena zaangażowania Odwołującego, zdaniem Zamawiającego, jest o tyle utrudniona, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie okoliczności, z których wywodzi skutki prawne, poza umową konsorcjum (którą zamierza przedstawić na rozprawie i w której posiadaniu jest Zamawiający). Odwołujący pozostaje związany podstawą faktyczną odwołania, a podnoszenie już na samej rozprawie nowych twierdzeń oraz przytaczanie nowych okoliczności będzie stało w sprzeczności z art. 192 ust. 7 Pzp. Zamawiający wniósł zatem o pominięcie wszystkich niewskazanych w odwołaniu faktów i okoliczności jako spóźnionych, prowadzących jedynie do niezasadnego przedłużenia postępowania odwoławczego.

Zamawiający nie kwestionuje możliwości powoływania się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, o ile dany wykonawca faktycznie realizował zakres prac na które się powołuje. W przypadku zarówno Zamówienia E-30 jak i E-75 z posiadanych przez Zamawiającego dokumentów nie wynika jakoby Odwołujący wykonywał roboty w zakresie w jakim powołuje się w Wykazie robót.

Zamawiający podtrzymał w całości wyrażone w uzasadnieniu wykluczenia stanowisko, że działanie Odwołującego nakierowane było na wytworzenie u Zamawiającego mylnego wyobrażenia o doświadczeniu osoby wskazanej na stanowisko Głównego Projektanta. Przyjęcie argumentacji Odwołującego uniemożliwiłoby skuteczne skorzystanie z przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, gdyż każdorazowo wykonawca miałby możliwość zastąpienia niezgodnych z rzeczywistością danych informacjami prawdziwymi. Bez znaczenia tutaj również pozostaje fakt, że wskazane w ramach samouzupelnienia Wykazu osób doświadczenie p. I. dotyczy tej samej inwestycji, ani fakt, że p. I. rzekomo realizował prace projektowe dla pierwotnie wskazywanej inwestycji, ale „w mniejszym zakresie”.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących rzekomego oparcia uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania na przypuszczeniach i nieudowodnionych okolicznościach Zamawiający wskazywał, że żaden przepis prawa nie nakłada na Zamawiającego obowiązku udawadniania i ciężar dowodu - wręcz przeciwnie z art. 6 k.c. ciężar dowodu spoczywa na podmiocie, który wywodzi określone skutki prawne, a więc w tym przypadku na Odwołującym, który był zobowiązany przedstawić wraz z odwołaniem dowody na poparcie formułowanych tez.

Zamawiający podtrzymał także swoje stanowisko o niemożliwości uznania dokonanego przez Odwołującego samooczyszczenia jako skutecznego, Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego w sposób szczegółowy nakreślił okoliczności stanowiące podstawę podjętej decyzji.

W ocenie Zamawiającego podjęte działania mają charakter spóźniony i nieadekwatny do zaistniałych w sprawie okoliczności - o czym świadczy fakt, że Odwołujący przedstawiając uzupełniony z własnej inicjatywy bez wezwania Wykaz osób również, ponownie wskazał informacje nieprawdziwe - Odwołujący oświadczył, że p. E. R. I. nabył doświadczenie w wykonaniu wielobranżowej dokumentacji projektowej w zakres której wchodziło opracowanie w charakterze głównego opracowanie projektu dla infrastruktury kolejowej obejmującą „m.in. stację kolejową na zelektryfikowanej, dwutorowej linii kolejowej w miejscowości Palanquinos (PK 326,895), która zawiera 2 tory główne zasadnicze oraz 3 krawędzie peronowe” przy czym jak - bez większych przeszkód - Zamawiający ustalił, że stacja ta posiada jedynie 2 krawędzie peronowe co potwierdził podmiot na rzecz którego była realizowana inwestycja - ADIF. Podobnie również w zakresie wykonania dokumentacji w branży srk, w tym zakresie Odwołujący pomimo wdrożenia działań naprawczych również przedstawił dane niezgodne z rzeczywistym stanem faktycznym.

W okolicznościach niniejszej sprawy Izba winna dokonać oceny samooczyszczenia Odwołującego nie w świetle działań o charakterze formalno - prawnym, w tym oceniać przedstawione w samooczyszczeniu argumenty oraz analizować przedstawione dowody mające potwierdzać wdrożenie działań naprawczych, ale opierać rozstrzygnięcie na faktach - wprowadzone działania nie przyniosły efektów, na które wskazuje przepis art. 24 ust. 8., gdyż Odwołujący ponownie przedstawił informacje nieprawdziwe.

Wykonawca PORR Spółka Akcyjna złożył na posiedzeniu w dniu 25 maja 2020 r. pismo procesowe w sprawie KIO 708/20, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje: oba odwołania zasługują na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, pytań i odpowiedzi udzielanych przez Zamawiającego w trybie art. 38 ustawy Pzp, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez

Odwołującego, wezwań i wyjaśnień składanych przez Odwołującego, informacji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniach, odpowiedzi Zamawiającego na odwołania, pismach procesowych złożonych przez Przystępującego Budimex S.A. oraz Przystępującego PORR S.A., dowodach przedłożonych do ww. pism, a także dowodach przedstawionych przez Odwołującego na rozprawie, jak również oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 25 maja 2020 r., a także dokumentację z postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 16/20.

Izba pominęła argumentację wykonawcy PORR S.A. dotyczącą inwestycji w Chile oraz kwestii, czy inwestycja stanowi szlak, czy też nie, gdyż obie kwestie nie były podstawą do wykluczenia Odwołującego, a w konsekwencji zarzuty odwołań nie dotyczyły tejże tematyki. Skład orzekający nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o skierowanie pytań prejudycjalnych dotyczących wykładni przepisów prawa unijnego, uznając go za nieprzydatny do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, dokonanie wykładni nie jest w niniejszej sprawie niezbędne, a przepisy ustawy są jasne.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizację robót budowlanych w formule Projektuj i Buduj dla zadania pn. LOT- A Prace na linii kolejowej 131 na odcinku Chorzów Batory (km 5, 900) — Nakło Śląskie (km 29,000) w ramach projektu POIiŚ 51-14 pn. „Prace na linii kolejowej C-E 65 na odc. Chorzów Batory - Tarnowskie Góry - Karsznice - Inowrocław - Bydgoszcz - Maksymilianowo*. Zamawiający jednocześnie prowadzi również postępowanie pn. *Wykonanie robót budowlanych na odcinku Czyżew - Białystok od km 107,260 do km 178,500 w ramach projektu „Prace na linii E75 na odcinku Czyżew Białystok” (numer referencyjny: 9090/1RZR1/07339/01931/19/P)* (dalej: Rail Baltica). W ramach obu postępowań Zamawiający wymagał od wykonawców legitymowania się doświadczeniem w podobnym zakresie.

W ramach postępowania Rail Baltica Konsorcjum Intercor na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1 lit. a —g SIWZ-IDW powołało się na doświadczenie zdobyte przez lidera konsorcjum - Intercor (Odwołującego w niniejszym postępowaniu) w ramach Zamówienia E-30. Zamawiający w toku badania i oceny oferty Konsorcjum Intercor powziął wiedzę, że Zamówienie E-30 było realizowane przez konsorcjum. W świetle powyższego, Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień jaki był faktyczny udział Intercor w realizacji inwestycji. W wyjaśnieniach zostało wskazane, że Intercor brał czynny udział w realizacji zamówienia sprawując rolę lidera wykonawców.

Zamawiający uznał ww. wyjaśnienia za wystarczające, a w konsekwencji w dniu 23 grudnia 2019 r. dokonał wyboru oferty Konsorcjum Intercor jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu Rail Baltica. Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została zaskarżona przez pozostałych wykonawców ubiegających się o zamówienie, a odwołania skutkowały wydaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku z dnia 31 stycznia 2020 r. sygn. akt KIO 16/20, KIO 10/20. Izba uwzględniła odwołanie w sprawie KIO 16/20 w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz nakazała wezwać Konsorcjum Intercor do uzupełnienia Wykazu robót potwierdzającego spełnianie warunku, o którym mowa w pkt 8.6.1 IDW dla postępowania Rail Baltica.

Izba ustaliła, że w niniejszym postępowaniu zgodnie z pkt 8.6.1. lit. a), c) i d) IDW Zamawiający określił następujące szczegółowe warunki udziału w postępowaniu:

8.6.1. W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3 IDW Wykonawcy wykażą, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali:

a) co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane, każda wykonana w ramach odrębnej umowy, przy czym każda robota budowlana obejmowała swoim zakresem co najmniej Budowę lub Przebudowę nawierzchni torowej na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, gdzie suma długości Budowanych lub Przebudowywanych tonów szlakowych i torów głównych zasadniczych wynosiła co najmniej 20 (dwadzieścia) km, przy czym co najmniej 10 (dziesięć) km robót wykonywanych było przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich;

c) Budowa lub Przebudowa co najmniej 20 (dwudziestu) rozjazdów kolejowych wykonana w ramach jednej umowy;

d) Budowa lub Przebudowa co najmniej 1 (jednej) stacji kolejowej, przy czym Budowa lub Przebudowa obejmowała co najmniej 2 (dwa) tory główne zasadnicze i co najmniej 1 (jeden) tor główny dodatkowy wraz z nawierzchnią, podtorzem i odwodnieniem oraz co najmniej 2 (dwa) perony obejmujące co najmniej 3 (trzy) krawędzie peronowe;

Izba ustaliła, iż zgodnie z pkt 8.2.3 lit. a) IDW Zamawiający wymagał dysponowania m.in. osobą posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych, a także doświadczenie:

W ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert opracował w charakterze głównego projektanta co najmniej 2 (dwa) opracowania wielobranżowej Dokumentacji projektowej w zakresie Budowy lub Przebudowy infrastruktury kolejowej.

Każda ww. Dokumentacja projektowa w zakresie Budowy lub Przebudowy infrastruktury kolejowej obejmowała co najmniej:

- *Projekt budowlany i Projekt wykonawczy w minimum 5 (pięciu) branżach; torowej, kubaturowej, mostowej, urządzeń srk, kolejowych sieci trakcyjnych oraz*
- *Budowę lub Przebudowę łącznie co najmniej 2 (dwóch) szlaków o długości co najmniej 10 (dziesięć) km każdy na zelektryfikowanej dwutorowej linii kolejowej oraz*
- *Budowę lub Przebudowę 1 (jednej) stacji kolejowej położonej na zelektryfikowanej, dwutorowej linii kolejowej posiadającej przynajmniej 2 (dwa) tory główne zasadnicze i 3 (trzy) krawędzie peronowe.*

W oparciu o ww. Dokumentacje projektowe uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę.

Do upływu terminu składania ofert, oferty złożyli następujący wykonawcy: Odwołujący; Torpol Spółka Akcyjna; PORR Spółka Akcyjna oraz Budimex Spółka Akcyjna.

W dniu 16 października 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców, że po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, za ofertę najwyższej ocenioną uznano ofertę Odwołującego.

W dniu 30 października 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący pismem z dnia 8 listopada 2019 r. przedstawił Zamawiającemu wymagane dokumenty, w tym Wykaz robót budowlanych oraz Wykaz osób na potrzeby wykazania których to warunków Odwołujący powołał się na doświadczenie zdobyte w toku realizacji Zamówienia E-30 realizowanego wspólnie w konsorcjum z FEROCO S.A., Torpol S.A. oraz Zakładem Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu Sp. z o.o. oraz wskazując na dysponowanie osobą p. E. R. I., udostępnionego Odwołującemu w trybie art. 22a ust. 1 ustawy Pzp przez IDOM Consulting, Engineering & Architecture S.A.U.

W dniu 28 stycznia 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W dniu 7 lutego 2020 r. na czynność wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej odwołanie wniósł PORR S.A. oraz Budimex S.A., kwestionując możliwość wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 8.6.1. IDW przez Odwołującego z powołaniem się na doświadczenie zdobyte w trakcie realizacji Zamówienia E-30.

W dniu 14 lutego 2020 r. Zamawiający unieważnił wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, wskazując na konieczność wyjaśnienia wszelkich okoliczności i uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (w ślad za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 16/20). W konsekwencji unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykonawcy PORR S.A. i Budimex S.A. cofnęli wniesione odwołania, a Izba umorzyła oba postępowania odwoławcze postanowieniami z dnia 18.02.2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 246/20 i KIO 249/20.

W dniu 21 lutego 2020 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt. 8.6.1. lit. a), c) i d) IDW wskazując, że w jego ocenie Odwołujący nie może dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt. 8.6.1 lit. a), c) i d) IDW powoływać się na doświadczenie zdobyte przez Odwołującego w toku realizacji Zamówienia E-30, co zdaniem Zamawiającego zostało potwierdzone w wyroku Izby z dnia 31.01.2020 r. w sprawie o sygn. akt. KIO 16/20, a wynika z tego, iż Zamówienie E-30 Odwołujący realizował w konsorcjum i prace objęte w pkt 8.6.1. lit. a), c) i d) IDW nie były wykonane przez Odwołującego, a innego członka konsorcjum tj. Feroco S.A. w upadłości likwidacyjnej.

Ponadto, Zamawiający zadał w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp następujące pytania w zakresie doświadczenia wskazanej przez Odwołującego osoby na stanowisko Głównego projektanta:

Na potwierdzenie spełnienia warunków, o których mowa w pkt 8.6.2. ppkt 6. IDW w stosunku do osoby przewidzianej na stanowisko Głównego projektanta, Wykonawca wskazał w Wykazie osób (plik .Załącznik nr 9 do IDW personel IDOM.pdf zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa), że osoba ta posiada następujące doświadczenie.

W poz. 1

Opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej w zakresie budowy infrastruktury kolejowej na projekcie pn. „Korytarz północno-północno zachodni Odcinek Venta de Banos - Palencia -Leon.

Dokumentacja projektowa obejmowała projekt budowlany i wykonawczy w 5 branżach: torowej, kubaturowej, mostowej, urządzeń srk, kolejowych sieci trakcyjnych oraz budowę dwóch szlaków o długości co najmniej 10 km, każdy na zelektryfikowanej dwutorowej linii kolejowej:

*Nazwa szlaku Palencia - Villada, od PK 230+627 do PK 276+537, łącznie 46 km.
Nazwa szlaku Villada-Leon, PK 276+537 do PK 338+245, łącznie 61 km.*

Ponadto obejmowała budowę jednej stacji kolejowej położonej na zelektryfikowanej, dwutorowej linii kolejowej posiadającej 2 tory główne zasadnicze i 3 krawędzie peronowe - Stacja Villada PK 276+537

W oparciu o ww. dokumentacje projektowe uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę.

W poz. 2

Opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej w zakresie przebudowy Infrastruktury kolejowej dla projektu integralnej modernizacji infrastruktury kolejowej, odcinek Santiago - Rancagua (Chile).

Dokumentacja projektowa obejmowała projekt budowlany i wykonawczy w 5 branżach: torowej, kubaturowej, mostowej, urządzeń srk, kolejowych sieci trakcyjnych oraz przebudowę dwóch szlaków o długości co najmniej 10 km, każdy na zelektryfikowanej dwutorowej linii kolejowej:

Nazwa szlaku Santiago - San Bernardo, długość wraz z podaniem kilometrażu przebudowy wg linii;

15,900km od PK 0+000 do PK 15+900

Nazwa szlaku San Bernardo - Buin Zoo, długość wraz z podaniem kilometrażu przebudowy wg linii: 13,800 od PK 15+900 do PK 29+700 Stacja- Alameda położona na zelektryfikowanej, dwutorowej linii kolejowej, posiadająca 4 tory główne zasadnicze i 5 krawędzie peronowe.

W oparciu o ww. dokumentacje projektowe uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę.

W związku z zarzutami zawartymi w odwołaniu PORR S.A. z dnia 07.02.2020 r, że doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Głównego projektanta nie spełnia wymogów Zamawiającego, z uwagi na konieczność wyjaśnienia powyższych okoliczności, wzywam do złożenia wyjaśnień poprzez odniesienie się do zarzutów odwołania, tj.

a) Wyjaśnienie czy osoba wskazana na stanowisko Głównego projektanta wykonała projekt budowlany i projekt wykonawczy dla branży srk w ramach inwestycji pn.: Korytarz północno-północno zachodni. Odcinek Venta de Ba nos - Palencia - Leon?

b) Wyjaśnienie czy Stacja Villada PK276+537 została zaprojektowana przez osobę wskazaną na stanowisko Głównego projektanta?

c) *Wyjaśnienie czy Stacja Villada PK276+537 jest stacją postojowo-techniczną (a nie pasażerską) na której nie ma żadnych peronów, a tym samym stacja nie posiada 3 krawędzi peronowych?*

d) *Wyjaśnienie czy spółka IDOM wykonała dokumentację projektową dla całych szlaków Palencia - Villada i Wlada - Leon czy wyłącznie na części tych szlaków (wybranych sekcjach) tj.: Onzonilla - Palanquinos, Rio Cea - Bercianos del Real Camino oraz Grijota - Becerril de Campos, tym samym czy osoba wskazana w ofercie (opracowująca ww dokumentację z ramienia firmy IDOM) opracowała dokumentację wyłącznie na części tych szlaków?*

e) *Wyjaśnienie czy Buin Zoo jest stacją w rozumieniu instrukcji IR-1 tj.. pociągi mogą rozpocząć i kończyć jazdy, krzyżować się i wyprzedzać, zmieniać skład lub kierunek jazdy i w związku z tym może być początkiem lub końcem szlaku San Bemardo - Buin Zoo?*

Odwołujący uzupełnił dokument w terminie zakreślonym przez Zamawiającego w wezwaniu. Wykonawca w pozycji 9 uzupełnionego w dniu 27.02.2020 r. Wykazu robót budowlanych wskazał doświadczenie w przebudowie stacji Tłuszcz na inwestycji „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla Modernizacji linii kolejowej E-75 Rail Baltica Warszawa — Białystok — granica z Litwą, etap I, odcinek Warszawa Rembertów — Zielonka — Tłuszcz (Sadowne)” (dalej „Zamówienie E 75”). Na potwierdzenie należytego wykonania robót złożył Świadcstwo Przejęcia Robót z dnia 27.04.2018 r. Zarówno z uzupełnionego Wykazu robót jak również z dokumentu referencyjnego wynikało, że inwestycja nie była realizowana samodzielnie przez spółkę Intercor.

Równocześnie Odwołujący udzielił odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytania w zakresie doświadczenia Głównego projektanta wskazując, że:

a) *osoba wskazana przez Intercor na stanowisko Głównego projektanta opracowała w charakterze głównego projektanta opracowanie wielobranżowej Dokumentacji projektowej w zakresie Budowy lub Przebudowy infrastruktury kolejowej obejmującą m in. Projekt budowlany i Projekt wykonawczy w branży urządzeń srk dla inwestycji „Korytarz północno- północno zachodni. Odcinek Venta de Banos - Palencia - Leon” Odcinek Onzonilla (PK340+877)- N601 (PK318+695), Rio Cea (PK287+561)- Bercianos del Real Camino (PK298+063), Grijota (PK233+877) - Becerril de Campos (PK247+297).*

b) *osoba wskazana przez Intercor na stanowisko Głównego projektanta opracowała w charakterze głównego projektanta opracowanie wielobranżowej Dokumentacji projektowej w zakresie Budowy lub Przebudowy infrastruktury kolejowej obejmującą m in. Stację Villada PK276+537;*

c) Wykonawca wskazuje, że w Wykazie doświadczenia Głównego projektanta omyłkowo wskazano, że stacja Viliada posiada 3 krawędzie peronowe, podczas, gdy winno być wskazane, że w ramach zdobytego doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Głównego projektanta wchodziło opracowanie w charakterze głównego projektanta opracowania wielobranżowej Dokumentacji projektowej w zakresie Budowy lub Przebudowy infrastruktury kolejowej obejmującą m in. stacje kolejowa na zelektryfikowanej, dwutorowej linii kolejowej w miejscowości Palanauinos (PK 326.8951. która zawiera 2 tory główne zasadnicze oraz 3 krawędzie peronowe. Na szlaku Onzonilla (PK340+877) - N601 (PK318+695) w ramach inwestycji Opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej w zakresie budowy infrastruktury kolejowej na projekcie pn.: „Korytarz północno- północno zachodni. Odcinek Venta de Banos - Palencia - Leon "zaprojektowano bowiem stację kolejową w miejscowości Palanauinos (PK 326,895), na zelektryfikowanej, dwutorowej linii kolejowej, która zawiera 2 tory główne zasadnicze oraz 3 krawędzie peronowe. Na dowód czego załączamy mapkę stacji wraz z zaznaczonymi krawędziami peronowymi.

W załączeniu Intercor przekłada Wykaz osób w zakresie spełnienia warunków udziału, o których mowa w pkt 8.6.2 a) poz. 6 Główny projektant IDW poprawiony w zakresie opisu doświadczenia Głównego projektanta, które pierwotnie zostało wskazane w sposób nieprecyzyjny;

d) Wykonawca wskazuje, że w Wykazie doświadczenia Głównego projektanta omyłkowo wskazano, że jego doświadczenie obejmowało opracowania w charakterze głównego projektanta całości linii kolejowej na odcinku Venta de Banos - Palencia - Leon podczas, gdy w ramach inwestycji Opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej w zakresie budowy infrastruktury kolejowej na projekcie pn.: „Korytarz północno-północno zachodni. Odcinek Venta de Banos - Palencia - Leon” osoba wskazana na Głównego projektanta opracowała opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej dla trzech szlaków:

o Onzonilla (PK340+877)- N601 (PK318+695)

o Rio Cea (PK287+561)- Bercianos de! Real Camino (PK298+063)

o Grijota (PK233+877) - Becerril de Campos (PK247+297)

dla każdego z nich został wykonany projekt budowlany oraz projekt wykonawczy w pięciu branżach tj.: torowej, kubaturowej, mostowej, urządzeń srk, kolejowych sieci trakcyjnych. Każdy z nich obejmował minimum 10 km na zelektryfikowanej dwutorowej linii kolejowej. Stacja posiadająca dwa tory głównej zasadnicze i 3 krawędzie peronowe znajduje się na szlaku Onzonilla (PK340+8771 - N601 (PK318+6951 w miejscowości Palanauinos fPK+326.895). W załączeniu przesyłamy mapę szlaków.

W załączeniu Intercor przekłada Wykaz osób w zakresie spełnienia warunków udziału, o których mowa w pkt 8.6.2 a) poz. 6 Główny projektant IDW poprawiony w zakresie opisu doświadczenia Głównego projektanta, które pierwotnie zostało wskazane w sposób nieprecyzyjny; (...)

W załączeniu Intercor przekłada Wykaz osób w zakresie spełnienia warunków udziału, o których mowa w pkt 8.6.2 a) poz. 6 Główny projektant IDW poprawiony w zakresie opisu doświadczenia Głównego projektanta, które pierwotnie zostało wskazane w sposób nieprecyzyjny.

Równocześnie Odwołujący dokonał samooczyszczenia wyjaśniając, że błędne dane w Wykazie osób były wynikiem braku zweryfikowania przez pracowników przekazanego doświadczenia Głównego Projektanta przez IDOM. Wskazał, że wdrożył działania na przyszłość, które mają zapewnić rzetelność wykonawcy oraz zapobieganie występowaniu podobnych nieprawidłowości w przyszłości. Przygotował Instrukcję postępowania przy weryfikacji informacji przekazywanych przez personel. Zapoznał Dział Ofert z treścią Instrukcji i wynikających z niej nowych obowiązków oraz odebrał oświadczenia od pracowników o zapoznaniu się z Instrukcją i zobowiązaniu się do jej przestrzegania. Wreszcie pouczył osobę, która przygotowywała informacje o doświadczeniu Głównego Projektanta o tym, że informacje te nie zostały w wystarczający sposób zweryfikowane i w konsekwencji działania pracownika, Zamawiający mógł zostać wprowadzony w błąd w zakresie doświadczenia tej osoby.

W dniu 2 marca 2020 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności oceny spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu oraz wezwania go w tym zakresie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (sygn. akt KIO 444/20).

W dniu 24 marca 2020 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Pzp, wskazując w szczególności, że *w wyniku ponownej oceny Wykazu robót budowlanych stwierdził, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 8.6.1. a) (brak 1 (jednej) roboty budowlanej), c) i d) IDW. Wobec powyższego, Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp zwrócił się do Wykonawcy z wezwaniem do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających m.in. spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.1. d). Wykonawca w pozycji 9 uzupełnionego w dniu 27.02.2020 r. Wykazu robót budowlanych wykazał doświadczenie w przebudowie stacji Tłuszcz. Zamawiający uznał, że wskazana w pozycji 9 Wykazu robót robota budowlana polegająca na przebudowie stacji Tłuszcz nie spełnia warunki udziału w postępowaniu, z uwagi na fakt, że zakres prac wykonywanych w ramach inwestycji przez Intercor i rola tego wykonawcy w ramach Konsorcjum realizującego Inwestycję na E 75 nie pozwala na posłużenie się tym doświadczeniem.*

Dalej, w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień Wykonawca stwierdził, że omyłkowo wskazał w Wykazie niewłaściwe doświadczenie Głównego projektanta (w tym przyznał, że stacja Villada w km 276+537 nie spełnia wymagań SIWZ, jak również, że ww. osoba nie jest autorem całej dokumentacji projektowej, a jedynie fragmentów wyspecyfikowanych w wyjaśnieniach). Wykonawca nie złożył żadnych dowodów potwierdzających doświadczenie Głównego projektanta. Zamawiający wskazał, że stacja Villada w km 276+537 nie jest położona na ww. odcinkach. Ponadto, Zamawiający otrzymał pismo Wykonawcy PORR S.A., do którego zostało dołączone Oświadczenie zarządcy infrastruktury kolejowej w Hiszpanii (ADIF) datowane na dzień 07.02.2020 r., które w swojej treści nie potwierdza, że ww. osoba brała udział w opracowaniu projektu budowlanego oraz wykonawczego w branży urządzeń srk dla Inwestycji wskazanej w poz. 1 Wykazu osób.

Informacje wskazane w Wykazie osób zawierały informacje nieprawdziwe, co zostało przyznane przez samego Wykonawcę, a także zostało potwierdzone dokumentami otrzymanymi przez PORR S.A. Przedstawienie nieprawdziwych informacji miało wpływ na wynik postępowania — badanie i ocena Wykazu osób w oparciu o przedstawione dane skutkowało wyborem w dniu 28.01.2020 r. oferty Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający uznał również, że Wykonawca nie dokonał w sposób skuteczny procedury samoocyszczenia. Rozpoczęta i wdrożona procedura przez Wykonawcę samoocyszczenia była wynikiem wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie kwestii, które stanowiły przedmiot zarzutów odwołania PORR S.A.

Analiza wyjaśnień w zakresie samoocyszczenia Wykonawcy nie pozwala odszukać jakichkolwiek informacji umożliwiających dokonanie oceny stanu faktycznego oraz zidentyfikowanie przyczyn powstałej sytuacji. Wykonawca jako źródło podania w Wykazie osób nieprawdziwych informacji identyfikuje „niewystarczające” przeprowadzenia wywiadu, rozmowy z pracownikami IDOM odnośnie doświadczenia osoby Głównego projektanta. Tym niemniej jednak Wykonawca nie wskazuje kiedy przedmiotowe rozmowy miały miejsce, jaki był ich temat czy też z jakimi osobami wywiad był przeprowadzany (czy bezpośrednio z pracownikami hiszpańskiego oddziału IDOM, czy też polskimi przedstawicielami tejże firmy). Złożone wyjaśnienia w tym zakresie nie wskazują żadnych informacji, które uprawdopodobniałyby, że faktycznie doszło do „omyłki” spowodowanej błędem mających źródło w czynniku ludzkim, a nie było to celowe działanie nakierunkowane na określony cel — w tym przypadku wzbudzenie u Zamawiającego mylnego wyobrażenia, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że firma PORR S.A. na podstawie danych zawartych na stronach internetowych hiszpańskiego zarządcy infrastruktury bezpośrednio i

bez problemów pozyskała szczegółowy materiał dowodowy podważający prawdziwość danych zawartych w Wykazie osób w stosunku do osoby dedykowanej na stanowisko Głównego Projektanta.

Złożone dokumenty mające potwierdzać wykonanie samooczyszczenia obejmują wyłącznie kwestie związane z weryfikacją „Kandydata”, natomiast poza kilkoma zdaniem o charakterze ogólnym nie odnoszą się do zasad weryfikacji informacji otrzymywanych od kontrahentów / podmiotów trzecich.

Oświadczenie o otrzymaniu pouczenia zostało podpisane wyłącznie przez jedną osobę biorącą udział w szkoleniu, które odbyło się w dniu 24 lutego 2020 r. w zakresie mechanizmów weryfikacji danych dotyczących doświadczenia personelu Wykonawcy. W ocenie Zamawiającego powyższa okoliczność rodzi uzasadnione wątpliwości co możliwości przyjęcia, że procedura self-cleaning miała charakter pełny, kompleksowy i skuteczny.

Zamawiający stoi również na stanowisku, że pouczenie „Kandydata” o odpowiedzialności karnej może okazać się niewystarczające w przypadku osób stale zamieszkujących za granicą lub nie będących obywatelami RP, którzy na gruncie prawa międzynarodowego nie podlegają, poza wyjątkami, jurysdykcji prawa polskiego. Wykonawca nie wykazał w jaki sposób będzie egzekwował obowiązek wykazywania rzetelnych danych w takich sytuacjach (tj. analogicznie jak w analizowanym stanie faktycznym, gdzie na stanowisko Głównego Projektanta został wskazany obywatel Hiszpanii).

W świetle powyższych okoliczności, w ocenie Zamawiającego brak jest podstaw do uznania, że Wykonawca w sposób skuteczny dokonał procedury samooczyszczenia w myśl przepisów art. 24 ust. 8 Ustawy. Zamawiający uznaje, że Wykonawca podlega wykluczeniu na gruncie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Ustawy.

Nadto, Izba ustaliła poniższy stan faktyczny w zakresie realizacji Zamówienia E-30

W dniu 25 czerwca 2010 r. zawarta została umowa konsorcjum pomiędzy Przedsiębiorstwem Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o., Feroco S.A., Torpol Sp. z o.o. oraz Zakładem Robót Komunikacyjnych DOM w Poznaniu Sp. z o.o. Liderem Konsorcjum została firma Feroco S.A. W umowie potwierdzono solidarną odpowiedzialność członków konsorcjum za terminowe i należyte wykonanie kontraktu w przypadku jego uzyskania. W umowie nie uregulowano szczegółowego podziału robót w przypadku uzyskania zamówienia.

Dnia 28 grudnia 2010 r. ww. Konsorcjum zawarło z PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna umowę nr 90/132/374/00/11010186/10/1/1 na „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej Kraków - Medyka - granica państwa na odcinku Tarnów - Dębica w km 80,200 1 1 1,500 w ramach Projektu Modernizacja linii kolejowej E30/C-E30, odcinek Kraków - Rzeszów, etap III. Przetarg 2.1

W dniu 4 maja 2011 r. pomiędzy Intercor a Feroco została zawarta umowa wykonawcza nr 23/05/2011/2.1. Zgodnie z § 1 ust. 1 tej umowy Partner (Intercor) przyjął do wykonania prace przedprojektowe i projektowe na obiekty inżynieryjne, wykonanie obiektów inżynieryjnych i ekranów akustycznych i ponosi odpowiedzialność przed Liderem (Feroco) i pozostałymi członkami konsorcjum za zakres prac wynikający z załączonego do umowy rozbięcia ceny ofertowej.

W dniu 27 maja 2014 r. zawarty został aneks nr 2 do umowy konsorcjum z dnia 25 czerwca 2010 r., w którym partnerzy Konsorcjum ustanowili Liderem Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. Do obowiązków Intercor należało podpisywanie w imieniu konsorcjum aneksów do umowy obejmującej E-30, zaciąganie w imieniu konsorcjum zobowiązań niezbędnych do realizacji kontraktu E-30 (w tym zawieranie umów obejmujących zamówienia dodatkowe i uzupełniające), reprezentowania konsorcjum w ramach współpracy z zamawiającym i jego personelem oraz przyjmowanie poleceń i instrukcji kierowanych przez zamawiającego lub inżyniera, koordynowanie wykonania kontraktu, w tym robót Partnerów.

W dniu 4 sierpnia 2014 r., (w związku ze zmianą Lidera Konsorcjum jaka miała miejsce od dnia 11 lipca 2014 r. i przejęciem tej funkcji przez Intercor, co wskazano w preambule) Intercor i Feroco rozwiązały ww. umowę wykonawczą i zawarły nową umowę wykonawczą nr OI/MG/Tarnów-Dębica/2014.

Zgodnie z §1 ust. 1 umowy Feroco przyjmuje do wykonania roboty wymienione w załączniku nr 1, sporządzenie Dokumentacji Projektowej, Powykonawczej, uzyskanie decyzji administracyjnych i ponosi odpowiedzialność przed Liderem i pozostałymi członkami Konsorcjum za zakres robót przydzielonych Feroco stosownie do postanowień załącznika nr 2.

Zgodnie z §2 ust. 5 Feroco jest odpowiedzialne za przygotowanie całościowej Dokumentacji Projektowej, uzyskanie decyzji administracyjnych i przygotowanie Dokumentacji Powykonawczej dla całego zakresu kontraktu.

Zgodnie z §5 ust. 1 Feroco zobowiązało się do: wypełnienia wszystkich warunków zawartych w umowie, a w szczególności w Kontrakcie Głównym oraz Umowie Konsorcjum; wykonania robót przyznaných zgodnie z uzgodnionym zakresem robót w zgodzie z wymaganiami określonymi w §1 umowy; sporządzania dokumentacji projektowej niezbędnej do realizacji robót, zgodnie z kontraktem głównym; uzyskania decyzji administracyjnych; zorganizowania i utrzymania na swój koszt zaplecza budowy na potrzeby wykonania przedmiotu umowy; usuwania wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze i w okresie obowiązywania odpowiedzialności z tytułu gwarancji i rękojmi wynikających z kontraktu głównego; usuwania powstałych z przyczyn leżących po stronie Feroco awarii i, szkód;

zgłaszania do odbioru robót zanikających i ulegających zakryciu oraz sporządzanie niezbędnych dokumentów odbiorowych na zasadach określonych w Kontrakcie Głównym; ponoszenia kosztów czasowego zamknięcia torów, jeżeli zamknięcia torów zostały zgłoszone Zamawiającemu przez Feroco; sporządzania protokołów z odzysku materiałów celem przekazania ich służbom kolejowym; uzyskania akceptacji materiałów służących do realizacji Robót przez Inżyniera Kontraktu, z zastrzeżeniem zapisu ust. 4 poniżej; sporządzenia i przekazania Intercor operatu kolaudacyjnego dla robót wykonywanych przez Feroco oraz dokumentacji powykonawczej w zakresie projektowym dla całości Kontraktu zgodnie z wymaganiami Kontraktu Głównego; dokonania ubezpieczenia OC, w zakresie prowadzonej działalności oraz pracowników i środków sprzętowo- transportowych wykorzystywanych przy realizacji Umowy; zapewnienia obsługi geodezyjnej Robót w zakresie wyniesienia w teren współrzędnych punktów realizowanych obiektów wraz z punktami wysokościowymi; bieżącej obsługi geotechnicznej Robót i materiałów poprzez laboratorium/podwykonawcę zatwierdzonego przez Inżyniera Kontraktu; usuwania wszelkiego rodzaju kolizji sieciami naziemnymi i podziemnymi niezbędnych do zrealizowania Kontraktu Głównego w tym kolidujących z robotami Intercor. W przypadku, gdy zaistnieje możliwość tymczasowego zabezpieczenia lub przesunięcia sieci kablowej bez jej przebudowy, Intercor wykonana te prace na swój koszt; uporządkowania placu budowy po zakończeniu Robót; nadzorowania i dozoru Robót i urządzeń; utrzymania i naprawy dróg dojazdowych do miejsca wykonywania Robót i odtworzenia stanu pierwotnego po wykonaniu Robót, a w przypadku pogorszenia miejsca wykonywania Robót w związku z prowadzonymi przez Feroco Robotami w stosunku do stanu pierwotnego do uzgodnienia z podmiotem uprawnionym do tego terenu, warunków (odszkodowania) na jakich podmiot ten nie będzie wnosił żadnych roszczeń względem stron Umowy; przestrzegania postanowień ustawy z dnia 27.04.2001- Prawo ochrony środowiska oraz ustawy z dnia 27.04.20010 odpadach; umożliwienia przeprowadzenia przez Intercor w siedzibie Feroco lub na budowie audytu w zakresie spełnienia wymagań wynikających z systemu zapewnienia jakości i ochrony środowiska.

Zgodnie z §5 ust. 2 umowy wykonawczej Feroco m.in. ponosi odpowiedzialność za jakość Robót realizowanych siłami własnymi, a także Robót zleconych swoim podwykonawcom. Wszyscy Podwykonawcy winni być zgłoszeni na piśmie i uzyskać akceptację Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego (pkt 2.1); ponosi - w stosunkach wewnętrznych - wyłączną odpowiedzialność za jakość i prawidłowość realizacji przyjętych przez siebie Robót na zasadach określonych w szczególności w Kontrakcie Głównym, SIWZ oraz załącznikach do tych dokumentów (pkt 2.2); wyznacza kierowników robót na powierzony zakres Robót z uprawnieniami określonymi w SIWZ (pkt. 2.3).

Zgodnie z §5 ust. 4 Intercor zobowiązało się do: prezentowania Feroco przed Zamawiającym lub innymi osobami prawnymi i fizycznymi negocjującymi z Konsorcjum; prowadzenia korespondencji z Zamawiającym. Cała korespondencja dotycząca realizowanych przez Partnerów Konsorcjum Robót i dostaw będzie niezwłocznie kopiowana i przekazywana do Feroco. Wszystkie pisma i dokumenty dotyczące istotnych spraw członków Konsorcjum będą z nimi konsultowane przed ich wysłaniem; zapewnienia pełnej koordynacji Robót; przekazania terenu budowy wraz z pozwoleniem na budowę. Przekazanie nastąpi przez Zamawiającego w obecności Intercor i Feroco; terminowej zapłaty Wynagrodzenia na warunkach określonych w §2 niniejszej Umowy; do wydłużenia polisy ubezpieczeniowej CAR, zgodnie z wydłużonym Czasem na Ukończenie Kontraktu Głównego. Kosztami opłaconej składki Intercor obciąży Feroco proporcjonalnie do wartości zakresu Robót Feroco.

W §5 ust. 5 Feroco oświadczyło, iż w dniu 25 lipca 2014 r. złożyło wniosek o ogłoszenie upadłości z możliwością zawarcia układu, który jest rozpoznawany przez sąd.

W §6 ust. 1 Strony postanowiły, że roboty torowe (inżynierskie) na szlaku Tarnów-Dębica (opisane szczegółowo w Załączniku nr 4 do Umowy) będą wykonywane z materiałów powierzonych przez Intercor według wykazu stanowiącego Załącznik nr 5 do Umowy („Materiały”). Zgodnie z ust. 2 dostawa materiałów następować będzie wyłącznie w zakresie, ilości i od dostawcy wskazanego przez Feroco w Zamówieniu zgodnie z Wzorem Zamówienia stanowiącym załącznik nr 7 do niniejszej Umowy. Partner Feroco każdorazowo składać będzie zamówienia materiałowe zgodnie ze Wzorem Zamówienia do Lidera Intercor, wskazując ilości oraz uzgodnioną cenę, wysłane na numer faksu/adres e-mail wskazane w §11 Umowy, ze skutkiem doręczenia (...). W sytuacji niemożliwości dokonania zakupów, przez Intercor, Feroco zobowiązane jest wskazać alternatywnego dostawcę. Dopuszcza się również możliwość wskazania dostawcy przez Intercor. Jeżeli Feroco odmówi akceptacji ceny wynegocjowanej przez Intercor, Feroco bierze na siebie pełną odpowiedzialność z konsekwencji wynikających z tytułu braku realizacji dostaw. Zgodnie z ust. 6 zdanie pierwsze za koordynację dostaw materiałów odpowiedzialne będzie Feroco.

W §7 ust. 1 Intercor oświadczył, iż dysponuje odpowiednimi maszynami i sprzętem niezbędnymi do realizacji robót objętych Kontraktem Głównym. W przypadku gdy Feroco nie dysponuje maszynami i sprzętem niezbędnymi do realizacji całości lub części Robót objętych niniejszą Umową, a także prac pomocniczych do wykonania tych Robót, Intercor - za odrębnym wynagrodzeniem i na warunkach wskazanych w ust. 2 i 3 poniżej - wynajmie takie maszyny i sprzęt Partnerowi. Zgodnie z ust. 2 zdanie pierwsze najem maszyn i sprzętu następować będzie na podstawie zapotrzebowania zgłoszonego przez Feroco Intercor.

Jak wynika z załącznika nr 1 (RCO z przydzieleniem zakresów robót poszczególnym partnerom), a także załącznika nr 2 (Szczegółowy zakres robót Partnera) i 3 (RCO wg cen dla Partnera) Feroco odpowiedzialne było za wykonanie prac projektowych i robót budowlano — montażowych (obejmujących m.in. roboty torowe, elektroenergetyczne, sieć trakcyjną, sterowanie ruchem kolejowym, teletechnikę) dla przebudowy szlaku Tarnów — Wola Rzędzińska, Stacji Wola Rzędzińska, szlaku Wola Rzędzińska — Czarna Tarnowska, p.odg. Czarna Tarnowska, szlaku Czarna Tarnowska — Grabiny, stacji Grabiny, szlaku Grabiny — Dębica, stacji Dębica. Z załącznika nr 1 wynika ponadto, że zakresem prac Intercor objęta była budowa obiektów inżynierskich (modernizacja i likwidacja mostów wiaduktów, budowa nowych przepustów, przejść pod torami, kładek dla pieszych, etc.) oraz budowa ekranów akustycznych.

Zmiana Lidera Konsorcjum wprowadzona została również do umowy z Zamawiającym w drodze aneksu nr 3 z dnia 27 sierpnia 2014 r.

W dniu 18 września 2015 r. Intercor i Feroco zawarły aneks nr 3 do Umowy Wykonawczej nr 01/MG/Tarnów-Dębica/2014, wskazujący na zlecenie przez Feroco Intercor zakresu robót torowych dla odcinka 2.1-18 od km 90+900 do km 98+400 (7500 mb), obejmujący zgodnie z §1 ust. 1 wyłącznie następujące czynności: wykonanie subwarstwy gr. 23 cm z tłuczni dostarczonego przez Feroco; budowa toru z szyn dostarczonych przez Feroco; balastowanie, podbicie i oprofilowanie toru na subwarstwie tłuczniowej; wykonanie zgrzein szynowych; jednorazowe podbicie stabilizacyjne. Zgodnie z ust. 3 pozostałe roboty torowe na przedmiotowym odcinku wymagane postanowieniami Kontraktu pozostają w zakresie Partnera.

W dniu 13 października 2016 r. Intercor i Feroco zawarły porozumienie do Umowy Wykonawczej nr 01/MG/Tarnów-Dębica/2014, w którym uregulowały wzajemne prawa i obowiązki wynikające z umowy konsorcjum z uwagi na fakt, iż Feroco nie dysponowało już dostatecznymi środkami finansowymi oraz zasobami osobowymi pozwalającymi na wykonanie robót pozostałych po stronie Feroco do realizacji w ramach Kontraktu Głównego.

Zgodnie z §1 pkt 1 .1 ww. porozumienia Intercor przejmuje od Feroco do wykonania roboty budowlane, pozostające w ramach Kontraktu Głównego, Umowy Konsorcjum, Umowy Wykonawczej 2, zmienionej następnie Aneksem numer 1, Aneksem numer 2 oraz Aneksem nr 3, uzupełnionej Porozumieniem Wykonawczym, do wykonania, których szczegółowy wykaz stanowi Załącznik numer 1 do Porozumienia („Roboty”).

Zgodnie z pkt 1.3 Intercor przyjmuje odpowiedzialność za całość Robót na Kontrakcie, leżących po stronie Feroco wynikających z Umowy Konsorcjum i Kontraktu Głównego. W §1 ust. 2 wskazano, iż celem wyeliminowania wszelkich wątpliwości, procentowy udział Feroco

oraz Intercor w realizacji Zamówienia oraz całości Robót począwszy od dnia podpisania niniejszego Porozumienia wynosić będzie dla Intercor - 100,00 % (sto procent) a dla Feroco - 0,00 % (zero procent).

Załącznik nr 1 do porozumienia zawierał opis robót według kontraktu zgodnie z Umową Wykonawczą nr 01/MG/Tarnów-Dębica oraz Aneksami nr 1 i 3 do ww. Umowy. Załącznik ten wskazywał m.in. procent zaawansowania robót od początku kontraktu ogółem (94,18%) oraz w odniesieniu do poszczególnych prac, a także pozostały do wykonania przez Intercor zakres robót. Procent zaawansowania robót wynosił w odniesieniu do prac wykonanych przez Feroco dot. przebudowy szlaku Tarnów — Wola Rzędzińska 93,24% (sieć trakcyjna 100%), Stacji Wola Rzędzińska 94,71% (sieć trakcyjna 100%), szlaku Wola Rzędzińska - Czarna Tarnowska 94,83% (sieć trakcyjna 100%), p.odg. Czarna Tarnowska 92,82% (sieć trakcyjna • 100%), szlaku Czarna Tarnowska - Grabiny 90,07% (sieć trakcyjna 100%), stacji Grabiny 83,06% (sieć trakcyjna 100%), szlaku Grabiny — Dębica 90,96% (sieć trakcyjna 100%), stacji Dębica (sieć trakcyjna 94,47%).

Dnia 26 stycznia 2018 r. wystawione zostało Świadczenie Przejęcia.

Nadto, Izba ustaliła poniższy stan faktyczny w zakresie realizacji Zamówienia E-75

W dniu 13 grudnia 2012 r. została zawarta umowa konsorcjum w związku z decyzją o wspólnym ubieganiu się o udzielenie Zamówienia E-75 przez następujących wykonawców: Torpol S.A., Odwołujący oraz Polimex Mostostal S.A. Zgodnie z §7 ust. 2 tejże umowy strony ustaliły następujące wstępne procentowe udziały Partnerów Konsorcjum wraz z podziałem zakresu: TORPOL – 82,98%; INTERCOR 17,02%, w tym całość robót ujętych w następujących Rozdziałach RCO: Obiekty inżynierskie, Roboty drogowe na przejazdach oraz w tym: 25% zakresu przedmiotowego Rozdziału Ekrany akustyczne, czynności wymienione w pozycjach 1 do 4 Rozbicia Ceny ofertowej niezbędne do wykonania Rozdziału RCO: Obiekty inżynierskie i Roboty drogowe na przejazdach w zakresie obiektów inżynierskich.

W dniu 30 września 2014 r. TORPOL S.A. zawarł umowę z podwykonawcą I. M. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „TORIM” I. M. na wykonanie robót budowlanych w ramach E-75 w zakresie określonym w §2 tejże umowy, gdzie wskazano że wykonawca zleca, a Podwykonawca zobowiązuje się do wykonania zgodnie z projektem wykonawczym prac torowych obejmujących roboty ziemne, rozbiórkowe, nawierzchniowe dla torów i rozjazdów stacji Tłuszcz zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy.

Zgodnie z wnioskiem Inżyniera projektu z dnia 12 listopada 2014 r. o uzgodnienie umowy z podwykonawcą wraz załącznikami dokumentów inicjatorem powierzenia prac „TORIM” była spółka TORPOL S.A.

W protokole odbioru z dnia 20 marca 2018 nr K/IVA/Peronowa/01/2018 brak jakiegokolwiek wzmianki o udziale Odwołującego w procedurze odbiorowej peronu 2, 3 i 4 na Stacji Tłuszcz, w dokumencie jako podmiot odpowiedzialny za przekazanie robót została wskazana spółka TORPOL S.A.

W protokole odbioru z dnia 9 maja 2018 r. nr K/IVA/Torowa/01/2018 brak jakiegokolwiek wzmianki o udziale Odwołującego w procedurze odbiorowej Stacji Tłuszcz, w dokumencie jako podmiot odpowiedzialny za przekazanie robót została wskazana spółka TORPOL S.A.

Nadto, Izba ustaliła poniższy stan faktyczny w zakresie doświadczenia Głównego Projektanta

W piśmie od ADIF skierowanym do firmy Thales (pismo zostało przekazane Zamawiającemu przez PORR S.A. w dniu 11 marca 2020 r.) wskazano, że *potwierdzam, że firma INECO była odpowiedzialna za sporządzenie projektu budowlanego (przyp. tłumacza: w oryginale „Proyecto Preliminar”), który stał się podstawą do przyznania zamówienia na: "Opracowanie Projektu Wykonawczego (przyp. tłumacza: w oryginale „Proyectos Constructivos”, wykonanie robót, utrzymanie i konserwację urządzeń elektronicznych nastawni, systemu bezpieczeństwa pociągu, Centrum Sterowania Ruchem, Pomocniczych Systemów Detekcji, Infrastruktury Telekomunikacyjnej Stacjonarnej oraz GSM-R, a także Urządzeń Ochrony i Bezpieczeństwa w Korytarzu Północnym/ Północno-Wschodnim Linii Dużych Prędkości na odcinkach Yalladolid - Leon i Venta de Baños - Burgos". Jako autor projektu figuruje pracownik firmy INECO: Pan Andres Sotelo Tasis. Jednocześnie informuję, że konsorcjum któremu przyznane zostało to zamówienie zleciło sporządzenie Projektu Wykonawczego firmie TYPESA.*

Odnosnie udziału Pana E. R. I., z firmy IDOM, w tworzeniu Projektu Budowlanego czy Wykonawczego w czasie realizacji inwestycji, nie mamy wiedzy ani dowodów, żeby jakakolwiek osoba z tej firmy uczestniczyła w którymkolwiek z etapów wykonywania dla ADIF projektu zakresie technik sterowania ruchem kolejowym, sterowania pociągami czy łączności w ramach wyżej wymienionego kontraktu.

W piśmie kierowanym do Zamawiającego z dnia 4 marca 2020 r. ADIF na pytanie: *Czy pan E. R. I., działając w charakterze Głównego Projektanta opracował w ramach inwestycji Korytarz Północno-Północnozachodni, Benta de Bailos - Palencia - Leon odcinek wielobranżowej dokumentacji projektowej dotyczącej Budowy i Remontu infrastruktury kolejowej dla całego szlaku Palencia - Villada (od 230 + 627 do 276 + 537) oraz Villada - Leon (od 276 +537 do 338 + 245) oraz stacji Villada (276 + 537) (dalej: hiszpańska inwestycja)?* udzieliło odpowiedzi:

Pan E. R. I. był Dyrektorem Działu Kolejowego IDOM w trakcie opracowywania przez tą firmę wspomnianych projektów na potrzeby Północnych i Północno-wschodnich Linii Wysokich Prędkości:

Projekty Podstawowy i Szczegółowy infrastruktury odcinków: Grijota - Becerril de Campos, Rfo Cea - Bercianos del Real Camino oraz N-601-Onzonilla. Do zaprojektowanych konstrukcji należały też wiadukt nad rzeką Esla (długości 660 m) i wiadukt Tarneros (długości 581 m). Projekty tych konstrukcji uwzględniały niezbędne systemy i urządzenia do redukcji wibracji i hałasu.

Projekty Podstawowy i Szczegółowy budowy urządzeń napowietrznej linii trakcyjnej i systemów z nią powiązanych dla odcinka Palencia - Leon.

Na pytanie: Jakie opracowania/pliki dołączono do dokumentacji projektowej sporządzonej przez pana E. R. I. i czy obejmowały one minimum pięć następujących zakresów: tor, obiekty kubaturowe, mostowe, wyposażenie kontrolno-sterujące i sygnałowe oraz napowietrzne linie trakcyjne?

Udzielono odpowiedzi: Na prace wykonane w ramach projektu złożyły się: Badania geologiczne i geotechniczne terenu o Prace topograficzne, Zdefiniowanie techniczne prac budowlanych na poziomie podstawowym i szczegółowym, Zdefiniowanie i obliczenie konstrukcji i wiaduktów, Integracja środowiskowa, Projekt i remonty dróg powiązanych z infrastrukturą, Projekty podstawowy i szczegółowy Napowietrznej Linii Trakcyjnej 25 kV (8 km na wiaduktach), Obliczenia i wymiarowanie elektryczne.

W dniu 27 marca 2020 r. ADIF udzielił odpowiedzi na pytania Zamawiającego:

Na pytanie: Czy dokumentacja sporządzona przez IDOM na potrzeby inwestycji zawierała również systemy kontrolno-sterujące oraz systemy sygnalizacji?

Udzielono odpowiedzi:

Na umowę ogłoszono przetarg, wygrany przez joint venture ABI (ALSTOM - BOMBARDIER E INDRA), pod tytułem „Sporządzenie projektów budowlanych, wykonanie prac, naprawy i konserwacja instalacji blokujących, systemy zabezpieczeń pociągów, scentralizowana kontrola ruchem, zewnętrzne systemy detekcji, stała infrastruktura telekomunikacyjna, GSM-R oraz instalacje ochronne i zabezpieczające dla Północno-Północno-zachodniego Korytarza Wysokich Prędkości. Odcinki Valladolid-León i Venta de Baños-Burgos”.

Na umowę składa się sporządzenie projektów budowlanych, wykonanie prac oraz konserwacja urządzeń (A Sporządzenie projektów UTE ABI zleciła firmie konsultingowej Tecnicay Proyectos SA. (TYPESA). Projekty sporządzone przez TYPESA w ramach umowy to:

Projekt budowlany instalacji blokujących, systemów zabezpieczeń pociągów, scentralizowanej kontroli ruchem oraz zewnętrznych systemów detekcji dla północnego korytarza wysokich prędkości. Odcinki Valladolid-León i Venta de Baños-Burgos

Projekt budowlany urządzeń telekomunikacyjnych i instalacji ochronnych i zabezpieczających dla północnego korytarza wysokich prędkości, Odcinki Valladolid-León i Venta de Baños-Burgos.

Projekt budowlany urządzeń telekomunikacyjnych GSM-R w północnym korytarzu wysokich prędkości. Odcinki Valladolid-León i Venta de Baños-Burgos

Projekt budowlany instalacji sygnalizacyjnych dla północnego korytarza wysokich prędkości. Odcinki Valladolid-León i Venta de Baños-Burgos.

Przed przetargiem na umowę przyznaną joint venture ABI firma konsultingowa Ingenierla y Economía del Transporte (INECO) sporządziła „Wstępny Projekt Instalacji Blokujących, Systemów Zabezpieczeń Pociągów, Scentralizowanej Kontroli Ruchem, Zewnętrznych Systemów Detekcji, Urządzeń Telekomunikacyjnych, GSM-R i Instalacji Ochronnych i Zabezpieczających dla Północnej Linii Wysokich Prędkości, odcinki Valladolid-León i Venta de Baños-Burgos”.

Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, opisanych w 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 kwotę określoną 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, kwalifikowany 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 odwołań.

Do postępowań odwoławczych skutecznie przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawca Budimex S.A. oraz wykonawca PORR S.A.

Sygn. akt KIO 444/20

Izba oddaliła odwołanie, bowiem wykazywane Zamówienie E-30 nie potwierdza faktycznego oraz bezpośredniego udziału w przedmiotowych robotach, zatem wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia Wykazu robót w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp było zasadne.

Spór sprowadzał się *de facto* do oceny prawnej w powiązaniu z dokonywaną w odmienny sposób wykładnią licznych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, sądów powszechnych oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej czy i jakim doświadczeniem Odwołujący winien legitymować się w związku z udziałem w realizacji Zamówienia E-30.

Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r. w sprawie C 387/14 wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, realizując określone zamówienie uzyskują faktyczne doświadczenie przy jego realizacji adekwatnie do faktycznie wykonanych przez nich prac w trakcie realizacji kontraktu. Zasadny jest więc faktyczny wkład i konkretne działania, które taki podmiot podejmuje w ramach wykonywania umowy, a nie sama okoliczność, że w ramach utworzonego konsorcjum wykonawca podpisał umowę z innymi członkami konsorcjum na realizację określonego przedsięwzięcia. Trybunał utożsamiał powoływanie się przez pojedynczego wykonawcę na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum z sytuacją powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego. W związku z powyższym powoływanie się na taki potencjał musi być realne i faktyczne. Zatem, wykonawca wykonujący zamówienie publiczne w konsorcjum z innymi wykonawcami nabywa doświadczenie tylko w takim zakresie w jakim faktycznie uczestniczy w realizacji danego typu robót.

Należy również wskazać, iż na gruncie niniejszego postępowania Zamawiający wymagał konkretnego doświadczenia w wykonywaniu robót budowlanych z branży torowej, przy czym nie jakichkolwiek, lecz wykonywanych w ściśle określonym zakresie. Co, istotne warunek dotyczył wykonania robót, czyli rzeczywistego działania w związku z faktycznym zaangażowaniem w realizację prac budowlanych, a nie prac polegających na koordynowaniu procesu inwestycyjnego, administracyjnego, czy dostarczaniu sprzętu, zapewnieniu personelu nadzorującego, dokonywaniu odbiorów, rozliczeń etc. W związku z powyższym nie sposób uznać, że jakiegokolwiek zaangażowanie wykonawcy w realizację zamówienia (niezależnie od zakresu faktycznie wykonanych prac) pozwala na posługiwanie się doświadczeniem całej grupy wykonawców. Być może taka interpretacja byłaby możliwa w przypadku gdyby zamawiający sformułował treść warunku udziału w postępowaniu w sposób, który odnosiłby się szeroko do „realizacji inwestycji” kolejowej i nie precyzowałby konkretnych zakresów robót, które wykonawca musiał wykonać. Jednak taki warunek nie został postawiony w niniejszym postępowaniu. Zamawiający nie oczekiwał wykonawcy, który posiada doświadczenie w prowadzeniu porad, uzyskiwaniu pozwoleń na budowę czy doświadczenia przy zakupie

materiałów, lecz wymagał konkretnego doświadczenia w wykonaniu robót w ściśle określonym zakresie prac.

Rację również należy przyznać Zamawiającemu, że gdyby uznać, że doświadczenie wykonawcy może być zdobyte jedynie poprzez fakt wymiany doświadczeń, prowadzenie rozmów z kontrahentami, obserwowanie działań innych podmiotów to w istocie skutkowało by to uznaniem, iż wykonawca, który przez cały okres działalności jedynie bacznie „przysłuchiwał się” i „obserwował” realizowane inwestycje (brał bierny udział w procesie budowlanym) nabył szerokie doświadczenie w realizacji skomplikowanych kontraktów budowlanych. Izba podziela także stanowisko Zamawiającego, że wykonawca nieuczestniczący w faktycznym wykonywaniu robót budowlanych, pomimo zdobytej wiedzy o charakterze teoretycznym nie jest w stanie sprostać wyzwaniom związanym z podjęciem rzeczywistej realizacji prac budowlanych o skali przedsięwzięcia, charakterze i wartości zamówienia przewidzianej dla zamówienia.

Dodatkowo przedłożone przez Odwołującego, zarówno do odwołania, jak i na rozprawie, dowody nie potwierdzają, aby Odwołujący brał czynny udział w realizacji robót budowlanych objętych warunkiem udziału w postępowaniu. Powyższe potwierdza w szczególności zawarta dnia 4 maja 2011 r. między Intercor a Feroco umowa wykonawcza nr 23/05/2011/2.1. Zgodnie z § 1 ust. 1 tej umowy Partner (Intercor) przyjął do wykonania prace przedprojektowe i projektowe na obiekty inżynieryjne, wykonanie obiektów inżynieryjnych i ekranów akustycznych i ponosi odpowiedzialność przed Liderem (Feroco) i pozostałymi członkami konsorcjum za ściśle określony zakres prac, wynikający z załączonego do umowy rozbięcia ceny ofertowej. Zakres ten niewątpliwie nie obejmuje prac torowych, wymaganych do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Również Umowa Wykonawcza nr 01/MG/ Tarnów — Dębica/2014 z dnia 4 sierpnia 2014 r. wskazuje, że mimo przejęcia przez Odwołującego funkcji lidera konsorcjum realizującego Zamówienie E-30 i zawarcia nowej umowy wykonawczej, zakres wykonywanych przez Odwołującego prac nie został poszerzony o elementy wymagane celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z §5 Umowy Wykonawczej to na Feroco spoczywał obowiązek wypełnienia wszelkich warunków zawartych w kontrakcie głównym zawartym z inwestorem oraz szereg innych obowiązków, które świadczyły o rzeczywistym i faktycznym udziale tego podmiotu w realizacji Zamówienia E-30 (m.in. wyznaczanie kierowników robót, uzyskiwanie decyzji administracyjnych). Odwołującemu powierzono natomiast zakres obowiązków wskazany m.in. w §5 pkt 4 Umowy Wykonawczej, sprowadzający się do m.in. reprezentowania Feroco przed zamawiającym, prowadzenia korespondencji, zapłaty wynagrodzenia. Odwołujący zobowiązał się również do zapewnienia materiałów do robót torowych dla Feroco, przy czym wyłącznie w zakresie, ilości i od dostawcy

wskazanego przez Feroco. Zgodnie z §6 za koordynację dostaw materiałów odpowiedzialne będzie Feroco. W umowie tej nie sposób doszukać się informacji, że lider konsorcjum będzie organizował, zarządzał robotami opisanymi w warunku udziału w postępowaniu, czy też sprawował nad nimi nadzór.

Ponadto zgodnie z notatką do Umowy Wykonawczej nr 01/MG/ Tarnów — Dębica 2014 z dnia 4 sierpnia 2014 r., zakres robót Feroco został pomniejszony wyłącznie o roboty drogowe, co potwierdza, że roboty torowe nadal pozostały po stronie Feroco. Część robót torowych została także w zakresie Feroco zgodnie z zawartym aneksem nr 3 z dnia 18 września 2015 r. do Umowy Wykonawczej nr 01/MG/ Tarnów — Dębica 2014 z dnia 4 sierpnia 2014 r., gdzie Odwołujący przejął niektóre, niedokończone prace w ramach fragmentu robót torowych (wykonał 7,5 km), a pozostałe nadal były w gestii Feroco.

Równocześnie w dniu 13 października 2016 r. zawarto porozumienie do Umowy Wykonawczej nr 01/MG/ Tarnów — Dębica 2014 z dnia 4 sierpnia 2014 r., w którym z uwagi na fakt, że Feroco nie dysponował zasobami do wykonywania umowy, Odwołujący przejął roboty budowlane pozostające do wykonania w ramach Kontraktu Głównego. Załącznik nr 1 do porozumienia zawierał opis robót według kontraktu zgodnie z Umową Wykonawczą nr 01/MG/Tarnów-Dębica oraz Aneksem nr 1 i 3 do ww. Umowy. Załącznik ten wskazywał m.in. procent zaawansowania robót od początku kontraktu ogółem (94,18%) oraz w odniesieniu do poszczególnych prac, a także pozostały do wykonania przez Intercor zakres robót.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że zakres faktycznie wykonywanych osobiście przez niego czynności i działań w ramach realizowanego w konsorcjum zamówienia E-30 odpowiada zakresowi warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego.

Na potwierdzenie powyższego należy wskazać w szczególności, że faktury przedłożone przez Odwołującego potwierdzają jedynie zapewnienie sprzętu, bez obsługi. Zlecenia zamówień materiałów przedłożone przez Odwołującego dotyczą jedynie formalnego zamawiania materiałów, co potwierdza umowa wykonawcza z 4 sierpnia 2014 r. Zaś notatki ze spotkań, przedłożone przez Odwołującego, dotyczą krótkiego okresu czasu i potwierdzają jedynie spotkania z Zamawiającym. Udział osób ze strony Odwołującego może świadczyć co najwyżej o nabyciu doświadczenia przez te osoby. Równocześnie same notatki ze spotkań, wyciągi z dzienników budów, protokoły odbiorów, co do zasady wskazują jedynie na uczestnictwo w danych czynnościach określonych osób nadzorujących inwestycję (kierowników budowy, kierowników robót) i zaangażowanie w organizację robót, a nie na faktyczne ich wykonywanie. Dodatkowo protokoły odbioru końcowego, czy też eksploatacyjnego, nie mogą być dowodem na potwierdzenie nabycia doświadczenia, wynikają z pełnionej przez Odwołującego funkcji lidera konsorcjum, a także są wynikiem okoliczności,

że względem Feroco ogłoszona została upadłość likwidacyjna. Nadto, korespondencja przedłożona przez Odwołującego nie potwierdza nawet zarządzania przez niego projektem czy aktualizowania harmonogramu, a oświadczenia osób, stanowiące dowód nr 1 i 2 przedłożony przez Odwołującego, nie precyzują na czym faktycznie wspólne zarządzanie inwestycją i zaangażowanie polegało. Natomiast wydanie pozwoleń na budowę po objęciu przez Odwołującego funkcji Lidera Konsorcjum pozostaje bez znaczenia, gdyż zgodnie z umową wykonawczą nr 01/MG/Tarnów-Dębica/2014 zobowiązanie do uzyskania decyzji administracyjnych należało i tak do Feroco.

Izba podzieliła również argumentację Zamawiającego w zakresie podzielności robót wchodzących w skład Inwestycji E-30, na co wskazuje również sama umowa wykonawcza zawarta między Odwołującym a Feroco, a twierdzenia, że nie oddaje ona faktycznego przebiegu realizacji zamówienia E-30 są niezrozumiałe i gołosłowne, bowiem z zebranego materiału dowodowego wynika, iż to Feroco zrealizował prace uprawniające do wykazania się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu. Jak słusznie zauważył Zamawiający, realizowana inwestycja polega na modernizacji infrastruktury kolejowej w podziale na odcinki oraz etapy, przy czym każdy z nich stanowi przedmiot odrębnych prób, odbiorów oraz rozliczeń pomiędzy stronami m.in. na podstawie protokołów odbiorów częściowych czy też odbiorów eksploatacyjnych. Świadczenie niepodzielne to takie świadczenie, z którego nie jest możliwym wydzielenie odrębnych części składowych z całości, a zatem do takiego nie można zaliczyć Zamówienia E-30. Skoro dane zakresy robót mogą być wykonywane i odbierane częściowo, to także doświadczenie w realizacji danego zakresu prac jest nabywane przez podmiot, który faktycznie dany zakres robót wykonał. Równocześnie nie sposób uznać, że charakter świadczenia z umowy o roboty budowlane determinuje fakt zdobycia przez wykonawcę wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia.

W związku z powyższym Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czy też art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, skoro Odwołujący nie był uprawniony do powoływania się na doświadczenie zdobyte w toku realizacji Zamówienia E-30.

Sygn. akt KIO 708/20

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie ma możliwości powoływania się na doświadczenie zdobyte w ramach realizacji Zamówienia E-30 oraz Zamówienia E-75 w zakresie wskazanego warunku udziału w postępowaniu.

Odnosnie zamówienia E-30 Izba podtrzymuje stanowisko prezentowane w wyroku KIO o sygn. 444/20.

W odniesieniu zaś do zamówienia E-75 Izba wskazuje, że zakres prac wykonywanych przez Odwołującego obejmował wyłącznie wykonanie Obiektów inżynierskich i robót drogowych na przejazdach. Za pozostały zakres prac odpowiedzialna była spółka Torpol (zgodnie z postanowieniami umowy konsorcjum z dnia 13 grudnia 2012 r.). Stosownie zaś do umowy z 30 września 2014 r. zawartej między Torpol a podwykonawcą I. M. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „TORIM” I. M., prace związane z budową nawierzchni torowej rozjazdów oraz roboty budowlane na stacji Tłuszcz zostały zlecone podwykonawcy „TORIM”. Zatem, nie istniał jakkolwiek stosunek prawny między „TORIM” a Odwołującym. Tym bardziej, że roboty torowe na stacji Tłuszcz wykonał podwykonawca działający na zlecenie tylko jednego członka konsorcjum, tj. Torpol.

Ponadto, jak wynika z przedłożonej dokumentacji, zgodnie z wnioskiem inżyniera projektu z dnia 12 listopada 2014 r. inicjatorem powierzenia prac „TORIM” był Torpol. Na uwagę zasługuje również fakt, iż Odwołujący nie uczestniczył nawet w procedurze odbiorowej, brak również dowodów potwierdzających udział Odwołującego w procesie decyzyjnym czy koordynacyjnym, na który tak chętnie powołuje się w sprawie KIO 444/20. Dodatkowo Odwołujący wskazał na rozprawie, że nie wykonywał referencyjnej stacji.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż Zamawiający prawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w zakresie doświadczenia.

W odniesieniu do zarzutu bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp z postępowania Izba oddaliła powyższy zarzut.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

16) 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;

17) 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.

W tym miejscu warto przypomnieć, że pojęcie „wprowadzenia w błąd”, które pojawia się zarówno w przesłance wykluczenia określonej w pkt 16, jak i pkt 17, art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, jest pojęciem szerszym niż przedstawienie nieprawdziwych informacji. Obejmuje sytuacje, w których wykonawca wprost przedstawia informacje niezgodne ze stanem

faktycznym, a także te, w których wprowadzenie w błąd polega na stworzeniu złudzenia, że jakaś okoliczność (np. uzasadniająca wykluczenie) nie zaistniała.

Należy również podkreślić, że należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Ponadto, zgodnie z art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego 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.

Z uwagi też na wzrost znaczenia oświadczeń własnych wykonawców na skutek implementacji dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE należy stosować wyższy miernik oceny związany z rzetelnością prezentowanych przez nich danych, w szczególności przy weryfikacji prawdziwości informacji przedkładanych w toku postępowania. Niewątpliwie wskazanie innego zakresu doświadczenia względem pierwotnie złożonego wykazu oraz, następnie złożenie oświadczenia przez Odwołującego, że przedstawione w wykazie informacje były niezgodne z rzeczywistym stanem faktycznym, nie sposób zaliczyć do kategorii nieistotnej omyłki.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego należy zauważyć, że w wyniku złożenia przez Odwołującego informacji w wykazie Zamawiający na podstawie informacji tam zawartej dokonał pierwotnie pozytywnej weryfikacji spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego dla Głównego projektanta. Informacje te miały więc niewątpliwie istotny wpływ na decyzje Zamawiającego, bowiem wynik weryfikacji dokumentów podmiotowych wykonawcy skutkujący jego wyborem jako oferty najkorzystniejszej stanowi istotną z punktu widzenia prowadzonego postępowania decyzję.

Jak słusznie zauważył Zamawiający dopiero na skutek złożonego przez PORR S.A. odwołania, a następnie przedłożonych przez PORR S.A. informacji i dowodów, Zamawiający powziął wątpliwości co do tego czy p. I. faktycznie brał udział w realizacji wykonania dokumentacji w ramach inwestycji na rzecz ADIF w wykazywanym zakresie oraz dokonał reasumpcji wcześniejszych czynności podjętych względem oferty Odwołującego. Dopiero informacja uzyskana od innego wykonawcy stanowiła podstawę do weryfikacji pierwotnej

oceny oferty. Gdyby nie działania innego oferenta w postępowaniu Zamawiający pozostawałby w błędnym przekonaniu o doświadczeniu osoby wskazanej na stanowisko Głównego projektanta i w związku z tym dokonałby wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego z Odwołującym.

Na uwagę zasługuje także fakt, iż informacje wskazane w Wykazie osób zostały potwierdzone dokumentami nie tylko otrzymanymi przez PORR S.A., lecz również przekazanymi bezpośrednio Zamawiającemu od podmiotu, na rzecz którego było wykonywane zamówienie. Z informacji uzyskanych od ADIF wynika, że projekt branży srk dla projektu hiszpańskiej inwestycji był wykonywany w ramach odrębnej umowy, której stroną była spółka ABI, która powierzyła wykonanie projektu wykonawczemu firmie TYPESA. Zakres prac projektowych powierzonych firmie IDOM Consulting, Engineering & Architecture nie obejmował branży srk, a więc p. I. nie mógł nabyć doświadczenia we wskazywanym zakresie. Brak jest informacji jakoby p. I. brał udział w realizacji projektu srk z ramienia innej firmy. Nawet jeśli przyjąć, iż brał udział w pracach projektowych w ww. zakresie to Odwołujący winien wskazać jako podmiot na rzecz którego były wykonywane prace odpowiednio konsorcjum spółkę ABI lub firmę TYPESA, a nie IDOM.

Warto zaznaczyć, że sam Odwołujący w swoich wyjaśnieniach i odwołaniu stosuje różną siatkę pojęciową, posługuje się naprzemiennie sformułowaniem omyłki, następnie wskazaniem nieprecyzyjnym, a jeszcze innym razem informacjami pierwotnie obciążonymi nieścisłościami. Niemniej, jak słusznie zauważył Zamawiający, przepisy ustawy Pzp nie określają gradacji informacji dającej Zamawiającemu możliwość arbitralnej oceny „stopnia nieprawdziwości” przedstawianych przez wykonawców informacji. Postępowanie w sprawie zamówienia publicznego jest postępowaniem prowadzonym w formie pisemnej, a Zamawiający dokonuje oceny zdolności podmiotowej wykonawcy na podstawie złożonych oświadczeń oraz dokumentów, które wykonawcy winni zweryfikować i przedłożyć je zgodnie z prawdą. Przedkładane informacje winny być rzetelne i znajdujące odzwierciedlenie w faktach. Bez znaczenia więc pozostaje to, iż informacje wprowadzające w błąd dotyczyły zasobu (osoby) udostępnionej przez podmiot trzeci. Niezależnie od formy korzystania z zasobów (czy to zasób własny czy użyczony) wykonawca jest zobligowany do dochowania należytej staranności w weryfikacji czy podawane przez niego informacje są zgodne ze stanem rzeczywistym lub czy nie wprowadzają Zamawiającego w błąd. Rację należy przyznać wykonawcy PORR S.A., że w przypadku korzystania z zasobów podmiotu użyczającego potencjał staranność Odwołującego powinna być wyższa, skoro opiera się na informacjach podanych przez podmiot trzeci.

Równocześnie Izba podziela pogląd, zgodnie z którym zastępowanie informacji nieprawdziwych prawdziwymi jest niedopuszczalne. W sytuacji stwierdzenia przez

Zamawiającego wprowadzenia w błąd przy przedstawieniu informacji, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, obowiązkiem Zamawiającego było wykluczenie Odwołującego z postępowania. Jeśli wykonawca jest winny wprowadzenia w błąd Zamawiającego poprzez podanie nieprawdziwych danych w złożonym wykazie, nie można jednocześnie twierdzić, że zawarte tam dane zawierają błędy i wzywać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Zamiarem wykonawcy składającego takie oświadczenie jest bowiem chęć potwierdzenia, że spełnił on warunki udziału w postępowaniu, co w takim przypadku dokonywane jest na podstawie tychże nieprawdziwych informacji (vide: wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2018, sygn. akt KIO 531/18). Zresztą w niniejszym stanie faktycznym, jak wynika z zebranego materiału dowodowego, informacja nieprawdziwa została zastąpiona również informacją nieprawdziwą.

Odwołujący sam przyznał w złożonych wyjaśnieniach że stacja Villada nie posiada trzech krawędzi peronowych, lecz Główny Projektant opracował również dokumentację dla stacji Palanquinos, która posiada trzy krawędzie peronowe. Niemniej z zebranego materiału dowodowego wynika, iż stacja Palanquinos posiada dwie krawędzie peronowe, co potwierdza korespondencja z 27 marca 2020 r., gdzie na pytanie Zamawiającego *czy stacja Palanquinos położona na kilometrze 326,895 posiada przynajmniej dwa tory przejezdne (tory główne) i trzy krawędzie peronowe?* ADIF udzielił następującej odpowiedzi: *Stacja Palanquinos posiada dwa tory główne, dwie krawędzie peronowe i jedną kładkę nadziemną (Odcinek jest dwutorowy i zelektryfikowany).*

Liczbę krawędzi potwierdzają również załączone do pisma procesowego wykonawcy PORR S.A. zdjęcia lotnicze stacji Palanquinos. Również sam list referencyjny z kwietnia 2020 r., przedłożony przez Odwołującego, referuje jedynie do możliwości dostępu do trzech krawędzi peronów. Natomiast warunek udziału w postępowaniu dotyczył budowy lub przebudowy jednej stacji kolejowej położonej na zelektryfikowanej dwutorowej linii kolejowej posiadającej przynajmniej dwa tory główne zasadnicze i trzy krawędzie peronowe. Zamawiający nie określił warunku dotyczącego jedynie dostępu do trzech krawędzi, jak to zostało ujęte w liście referencyjnym z kwietnia 2020 r.

Uwzględniając przywołane wyżej okoliczności stanu faktycznego skład orzekający przyjął, że Odwołujący przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające go w błąd nie tylko na etapie składania wykazu osób, lecz również przy procedurze wyjaśniającej. Izba uznała, że *ad casum* Odwołujący działał w warunkach rażącego niedbalstwa.

Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach po raz kolejny zdecydował się, opisując doświadczenie zawodowe Głównego projektanta, powołać się na zamówienie, które nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Powinien był ustalić w sposób niebudzący

wątpliwości kwestię osoby, która je wykonała, skoro już raz sam przyznał, iż pierwotna stacja nie spełnia wymogu Zamawiającego.

Izba uznała przy tym za irrelewantne zawarte w dowodach przedłożonych na rozprawie (list referencyjny z kwietnia 2020 r.) stwierdzenie o możliwości dostępu do trzech krawędzi peronów. Treść warunku nie pozostawia wątpliwości, że legitymowanie się doświadczeniem przez Głównego projektanta budowy lub przebudowy jednej stacji kolejowej dotyczy stacji posiadającej przynajmniej dwa tory główne zasadnicze i trzy krawędzie peronowe, nie zaś, jak przekonywał Odwołujący, możliwość dostępu do trzech krawędzi peronów.

Powyższe prowadzi do wniosku, że Odwołujący prawdziwości doświadczenia Głównego projektanta nie zweryfikował, pomimo że został uprzednio wezwany do złożenia wyjaśnień, a konkurencyjny oferent na podstawie danych zawartych na stronach internetowych bezpośrednio i bez problemów pozyskał informacje podważające prawdziwość danych zawartych w wykazie osób.

Reasumując, biorąc pod uwagę fakt, że informacje zawarte w wykazie osób dotyczyły kwestii spełniania warunków udziału w postępowaniu, a dodatkowo zostały przedstawione Zamawiającemu w wyniku rażącego niedbalstwa, Odwołujący podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Zachowanie Odwołującego wyczerpywało także podstawę wykluczenia z postępowania opisaną w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Jeśli realizowało ono znamiona rażącego niedbalstwa, to wnioskując z większego na mniejsze (*a maiori ad minus*) zachowanie jego było również niedbałe. W konsekwencji Izba wskazuje, jak powyżej, że, gdyby Zamawiający samodzielnie nie zweryfikował prawdziwości informacji zawartych w wykazie osób złożonym przez Odwołującego, to doszłoby do wyboru jego oferty i udzielenia mu zamówienia. Zatem przedłożone przez Odwołującego informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd mogły mieć istotny wpływ na jego decyzje w toczącym się postępowaniu.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zarzut odwołania dotyczący bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie uwzględniła również zarzutu naruszenia art. 24 ust. 9 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8. Stosownie do art. 24 ust. 8 ustawy Pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania

jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu.

Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania uznał, że Odwołujący nie dokonał skutecznie samooczyszczenia, które nastąpiło nie z własnej inicjatywy Odwołującego, ale wskutek pytań zadanych Odwołującemu przez Zamawiającego, dodatkowo wskazał, że Odwołujący nie dokonał wyczerpującego wyjaśnienia stanu faktycznego, a podjęte przez niego środki zaradcze nie są wystarczające do zapobiegania nieprawidłowościom w przyszłości.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego i wskazuje, że dopuszczalność zastosowania procedury samooczyszczenia w przypadku przekazania informacji wprowadzających w błąd ma szczególny charakter i jej przeprowadzenie jest możliwe wyłącznie gdy wykonawca zastosuje taką procedurę niezwłocznie, zanim zamawiający poweźmie wiedzę o tym, że przekazane informacje mają charakter informacji wprowadzających w błąd. Natomiast bezspornym jest fakt, że Zamawiający powziął wiedzę o przekazaniu informacji wprowadzających w błąd na skutek wniesienia przez wykonawcę PORR S.A. odwołania w dniu 7 lutego 2020 r. Zarówno Zamawiający, jak i wykonawca PORR S.A. podnosili, że Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie podjął żadnych działań zmierzających do dokonania procedury samooczyszczenia, a próbę podjął dopiero w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 21 lutego 2020 r., w którym zostały zawarte pytania dotyczące okoliczności związanych z doświadczeniem Głównego Projektanta.

Przyznanie przez wykonawcę faktu wprowadzenia Zamawiającego w błąd musi być dokonane niezwłocznie, po uzyskaniu takiej wiedzy. Zwlekanie z tą czynnością przez wykonawcę do momentu, gdy Zamawiający zażąda wyjaśnień dotyczących danej osoby, wyłącza możliwość uznania, że wykonawca z własnej inicjatywy przyznał, że informacje przekazane zamawiającemu są nieprawdziwe. Nieuzasadnione oczekiwanie przez wykonawcę z zawiadomieniem Zamawiającego o nieprawdziwości złożonych informacji przeczy skuteczności *self cleaning*, a tym samym przeczy rzetelności wykonawcy (vide wyrok KIO z dnia 5 września 2018 r., sygn. akt KIO 1405/18, 1407/18 i 1419/18).

Co więcej, Odwołujący w wyjaśnieniach z 27 lutego 2020 r. ponownie wprowadził Zamawiającego w błąd wskazując stację kolejową Palanquinos, która nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia (nie posiada trzech krawędzi peronowych). Zatem, nie sposób uznać, że wymienione przez Odwołującego działania przyniosły efekty, skoro przedstawiono ponownie informacje nieprawdziwe. Zresztą jak już wspomiano wyżej, Zamawiający powinien dowiedzieć się o ww. okolicznościach bezpośrednio od wykonawcy, a nie od podmiotu trzeciego, zanim Zamawiający poweźmie wiadomość o nieprawdziwej informacji. Skoro zaś działania wyszczególnione przez Odwołującego: przeprowadzenie szkolenia pracownikom działu zamówień oraz pouczenie pracowników o konsekwencjach związanych z przedstawieniem nieprawdziwych informacji w przetargu publicznym nie przyniosły oczekiwanego rezultatu, potwierdza to, że wprowadzone środki są nieskuteczne. Wobec przekazanych przez ADIF informacji nie sposób uznać, że Odwołujący takowe weryfikacje przeprowadza skutecznie. Jak słusznie zauważył Zamawiający skierowanie do ADIF informacji pozwoliłoby Odwołującemu na wejście w posiadanie danych w tożsamym zakresie jakie pozyskał Zamawiający i np. wskazanie w Wykazie osób innego pracownika na stanowisko Głównego Projektanta.

Nie sposób również uznać, że procedura samooczyszczenia Odwołującego była wyczerpująca. Dla przeprowadzenia skutecznego samooczyszczenia przepisy ustawy Pzp wymagają złożenia dowodów, nie zaś jedynie wyjaśnień. Podobne stanowisko zostało wyrażone w doktrynie: *Co istotne, zgodnie z komentowanym przepisem, konieczne jest przedstawienie dowodów, że podjęte przez wykonawcę środki są wystarczające do stwierdzenia rzetelności wykonawcy. Zamawiający nie będzie mógł zatem uwzględnić nawet obszernych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, jeśli nie będą poparte dowodami. Wykonawca powinien bowiem przedstawić dowody na potwierdzenie, że przedsięwziął stosowne środki. Ponieważ uznanie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, pomimo że zaistniała ku temu przesłanka, stanowi wyjątek od reguły, przepisy w zakresie self-cleaning należy interpretować wąsko. Zamawiający powinien zaniechać wykluczenia dopiero wówczas, kiedy wykonawca rzeczywiście udowodnił swoją rzetelność przez wskazanie środków, o których mowa w ust. 8* (J. Jarnicka, Komentarz do art. 24 ZamPublU pod red. M. Jaworskiej, 2018 r., Legalis). Wymaga podkreślenia, że przedłożone dowody rzeczywiście nie regulują kwestii związanej z weryfikacją informacji otrzymywanych od podmiotów trzecich. Skoro jak sam przyznał Odwołujący weryfikacja danych powinna odbywać się bezpośrednio u kandydata oraz w innych źródłach to jednak w pierwszej kolejności winno dojść do komunikacji na linii wykonawca – podmiot trzeci jako pewien punkt początkowy procedury weryfikacyjnej kandydata.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....

.....