

WYROK
z dnia 17 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2021r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; ARCADIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. - Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski, ul. Joannitów 13, 50-525 Wrocław

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia Konsorcjum: SYSTRA S.A.; S. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Biuro Projektowo - Konsultingowe BPK Mosty s.c. S. B.; oraz J. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firma Biuro Projektowo - Konsultingowe BPK Mosty s.c. J. B. zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 1118 zł 87 gr (słownie: tysiąc sto osiemnaście złotych osiemdziesiąt siedem groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Sygn. akt KIO 953/21

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

Przewodniczący :

UZASADNIENIE

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji – Region Śląski z siedzibą w Sosnowcu prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego 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” dla zadania pn. LOT B - Prace na linii kolejowej 131 na odcinku Nakło Śląskie (km 29,000) Kalina (km 66,800) oraz zaprojektowanie podstacji trakcyjnych i infrastruktury kolejowej na linii kolejowej nr 131 i 144”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 154-378050 w dniu 11 sierpnia 2020r.

W dniu 25 marca 2021r. – Odwołujący, którym są wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj.: Multiconsult Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Arcadis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Transprojekt Gdański sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej również: „Konsorcjum”) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 15 marca 2021r. polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Odwołujący powyższej czynności zarzucił naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ich zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji uznanie jego oferty za odrzuconą, pomimo iż Konsorcjum wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym w zakresie dysponowania osobą zdolną do wykonania zamówienia - Projektantem Koordynatorem branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym i osoba ta posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie,

2) z ostrożności art. 26 ust. 3 lub ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rodzaju blokady zaprojektowanej przez Pana P. B. dla szlaku Bierzwnik -Słonice (E1) w ramach dokumentacji projektowej wskazanej na pozycji 2 w załączniku nr 7 do [DW.

Odwołujący w oparciu o tak sformułowane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej był ściśle związany z określonym przez Zamawiającego kryterium oceny ofert. Zgodnie z pkt 8.6.2. ppkt 3 SIWZ (wg zmiany SIWZ z dnia 2 września 2020 r.) „Zamawiający ustala następujące szczegółowe warunki udziału w Postępowaniu: w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3. IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem:

Projektant Koordynator branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym - 1 osoba:

Uprawnienia	Uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym.
Kwalifikacje/ Doświadczenie	W okresie ostatnich dziesięciu [10] latach przed upływem terminu składania ofert opracował w charakterze projektanta branży sterowania ruchem kolejowym co najmniej dwie dokumentacje projektowe, każda obejmująca projekt budowlany dla budowy lub przebudowy zelektryfikowanej dwutorowej linii kolejowej w zakresie urządzeń zabezpieczenia i sterowania ruchem: łącznie co najmniej dwóch [2] szlaków wyposażonych w samoczynną blokadę liniową każdy i jedną [1] stację kolejową, obejmującą przynajmniej dwa tory główne zasadnicze, trzy krawędzie peronowe i min. 30 zwrotnic, wyposażoną w komputerowe systemy urządzeń stacyjnych srk (sterowania ruchem kolejowym), w oparciu o które to dokumentacje projektowe uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę. ”

Jednocześnie zgodnie z pkt 19.7. SIWZ (wg zmiany SIWZ z dnia 2 września 2020 r.) jedno z kryteriów oceny ofert stanowiło dodatkowe doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, w tym Projektanta Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym. Pkt 19.7.2. SIWZ stanowi:

„Parametry oceny: (...)

Projektant Koordynator branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym - W okresie ostatnich dziesięciu [10] latach przed upływem terminu składania ofert opracował w charakterze projektanta branży sterowania ruchem kolejowym dokumentację projektową obejmującą projekt budowlany dla budowy lub przebudowy zelektryfikowanej dwutorowej linii kolejowej w zakresie urządzeń zabezpieczenia i sterowania ruchem, w oparciu o którą to dokumentację projektową uzyskano ostateczne decyzje o zatwierdzeniu dokumentacji projektowej lub decyzje o pozwoleniu na budowę wydane przez właściwy organ administracyjny.

Przedmiotem projektowania winny być:

- dwa [2] szlaki wyposażone w samoczynną blokadę liniową każdy
- jedna [1] stacja kolejowa, posiadająca przynajmniej dwa tory główne zasadnicze i trzy krawędzie peronowe i min. 50 zwrotnic, wyposażona w komputerowe systemy urządzeń stacyjnych srk (sterowania ruchem kolejowym) włączone do Lokalnego Centrum Sterowania (LCS)."

Odwołujący kolejno wskazał, że w toku postępowania złożył załącznik nr 7 do IDW - Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, gdzie na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.2. ppkt 3 SIWZ wskazał Pana P. B. i 2 zrealizowane przez niego zadania, w tym:

„Zadanie 2

01.2018- 12.2019 - Opracował w charakterze projektanta w swojej branży dokumentację projektową obejmującą projekt budowlany: „Wykonanie dokumentacji projektowej i uzyskanie decyzji administracyjnych dla linii kolejowej E 59 na odcinku Poznań Główny - Szczecin Dąbie dla projektu: „Prace na linii kolejowej E59 na odcinku Poznań Główny - Szczecin Dąbie” część 3 odcinek Dobiegniew - Szczecin Dąbie, tj. od km 105,820 do km 197,540” Dokumentacja obejmuje w swym zakresie: Stację posiadającą co najmniej 2 tory główne zasadnicze, 3 krawędzie peronowe i co najmniej 30 zwrotnic:

- Stacja Szczecin Dąbie „SDA” i „SDB” - 51 zwrotnic Projektowane szlaki:
- Bierzwnik - Słonice,
- Reptowo - Szczecin Dąbie,

Stacja wyposażona w komputerowe systemy urządzeń stacyjnych. Każdy szlak wyposażony w komputerową samoczynną blokadę liniową po dwóch torach. Dla projektów uzyskano ostateczne pozwolenia na budowę przed terminem składania ofert”.

Ponadto Odwołujący wyjaśnił, że wraz z ofertą złożył załącznik nr 9 do SIWZ - Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert - „Doświadczeniu osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”, gdzie w lit. c) Projektant Koordynator branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym wskazał Pana P. B. i 3 zrealizowane przez niego zadania, w tym:

„2. Opracował w charakterze projektanta w swojej branży dokumentację projektową obejmującą projekt budowlany: „Wykonanie dokumentacji projektowej i uzyskanie decyzji administracyjnych dla linii kolejowej E 59 na odcinku Poznań Główny - Szczecin Dąbie dla projektu: „Prace na linii kolejowej E59 na odcinku Poznań Główny - Szczecin Dąbie” - część 3 odcinek Dobiegniew - Szczecin Dąbie, tj. od km 105,820 do km 197,540”. Okres trwania usługi: 01.2018 - 12.2019

Dokumentacja obejmuje w swym zakresie:

Stację posiadającą co najmniej 2 tory główne zasadnicze, 3 krawędzie peronowe oraz co najmniej 50 zwrotnic:

- _Stacja Stargard Szczeciński - 104 zwrotnice.

Projektowane szlaki:

- _Kolin - Stargard Szczeciński
- _Stargard Szczeciński - Reptowo.

Stacja wyposażona będzie w komputerowe systemy urządzeń stacyjnych włączone do Lokalnego Centrum Sterowania (LCS). Każdy szlak wyposażony będzie w komputerową samoczynną blokadę liniową po dwóch torach. Dla projektów uzyskano ostateczne pozwolenia na budowę przed terminem składania ofert. ”

Kolejno Odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach z dnia 4 marca 2021 r. (złożonych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 26 lutego 2020 r.) wyjaśnił, że wymienione powyżej zadania stanowią odrębne dokumentacje projektowe. Zamawiający nie uznał jednak przedmiotowych wyjaśnień i potraktował wskazane powyżej projekty jako tą samą dokumentację projektową. Zamawiający w Zawiadomieniu z dnia 15 marca 2021 r. o wykluczeniu wykonawcy z postępowania oraz uznaniu jego ofert za odrzuconą wskazał; że „Wykonawca w załączniku nr 7 do IDW wskazując szlak Reptowo - Szczecin Dąbie wskazał tą samą dokumentację projektową co w załączniku nr 9 do IDW za którą otrzymał punkty w kryterium doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Zgodnie z pkt 19.7.2 IDW Znaczenie kryterium (...) Zamawiający wskazał, że „nie dopuszcza wskazania tych samych opracowań, które zostaną wskazane w zał. Nr 7 do IDW.”. Tak więc Zadanie nr 2 nie może potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu.”.

Wykazywane zadanie zostało więc zaliczone przez Zamawiającego na poczet kryterium oceny ofert zamiast na poczet spełniania warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji Zamawiający przyznał Odwołującemu dodatkowe punkty jednocześnie wykluczając go z udziału w postępowaniu, co według Odwołującego należy uznać za nieracjonalne i pozbawione podstaw. Zamawiający podczas badania oferty Odwołującego, po otrzymaniu od Odwołującego załącznika nr 7 do IDW i stwierdzeniu, że Zadanie 2 wskazane w tym wykazie pokrywa się z Zadaniem 2 wskazanym w załączniku nr 9 do IDW, powinien uznać, że Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu i dokonać zmiany punktacji w zakresie przedmiotowego kryterium oceny ofert poprzez odjęcie Odwołującemu dwóch punktów za powtarzające się w załączniku nr 7 i 9 do IDW doświadczenia Pana P. B. . Skoro wykonawca wykazał, że dysponuje osobą posiadającą wymagane doświadczenie, to nie sposób uznać, że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu. Zadania wskazywane w załączniku nr 9 do IDW wskazywane były na potwierdzenie dodatkowego, wykraczającego ponad warunek udziału w postępowaniu doświadczenia Projektanta. Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, że wskazane powyżej zadanie należy zaliczyć na poczet kryterium oceny ofert, a nie na poczet spełniania warunku udziału w postępowaniu i zamiast odjąć

Odwołującemu punkty, wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

W ocenie Odwołującego, nawet gdyby uznać, że zadanie 2 wskazane w załączniku nr 7 do IDW i zadanie 2 wskazane w załączniku 9 do IDW stanowią tą samą dokumentację projektową, to Zamawiający powinien zaliczyć to zadanie na poczet wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, a nie na poczet kryterium oceny ofert. Zgodnie z pkt 19.7.2. SIWZ „Zamawiający nie dopuszcza wskazania tych samych opracowań, które zostaną wskazane w zał. Nr 7 do IDW.” Co więcej w dalszej części pkt 19.7.2. SIWZ Zamawiający wskazał: „Zamawiający przyzna 2 podpunkty za każdą wykazaną dodatkową dokumentację projektową o w/w parametrach ponad doświadczenie wykazane w ramach wymaganego warunku udziału w postępowaniu. (...)”, Zamawiający jasno wskazał więc, że przyzna punkty za każdą wykazaną dodatkową dokumentację projektową ponad doświadczenie wykazane w ramach warunku udziału w postępowaniu, co oznacza, że najpierw będzie oceniał doświadczenie na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a następnie dodatkowo wykazane doświadczenie będzie punktowane. Z powyższego wynika więc, że Zamawiający powinien zaliczać wskazywane przez Odwołującego zadanie na poczet wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, a nie na poczet kryteriów oceny ofert.

Również według Odwołującego, treść załącznika nr 9 do IDW potwierdza, że załącznik nr 9 jest drugorzędny wobec załącznika nr 7 do IDW, a doświadczenie wskazywane w załączniku nr 9 do IDW jest doświadczeniem wskazywanym ponad to co wynika z załącznika nr 7 do IDW. Zamawiający w treści załącznika nr 9 do IDW wskazał, że „Oświadczamy, że osoby wskazane poniżej są tożsame z osobami wskazanymi w załączniku nr 7, będą uczestniczyć przy realizacji zamówienia, posiadają oprócz doświadczenia wskazanego w załączniku nr 7 na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu odpowiednie doświadczenie zgodne z wymaganiami określonymi w pkt 19.7.2. IDW.”. Z powyższego wynika, że bazą jest doświadczenie wskazane w załączniku nr 7 do IDW - na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, zaś załącznik nr 9 do IDW zawiera doświadczenie dodatkowe, wykraczające poza to wskazane w załączniku nr 7 do IDW.

Odwołujący podkreślił, że celem wykonawców, którzy składają ofertę w postępowaniu nie jest uzyskanie jak największej liczby punktów kosztem wykluczenia z udziału w postępowaniu. Takie stanowisko należałoby uznać za nieracjonalne, wręcz absurdalne. Istotą jest bowiem byt oferty i wykonawcy w postępowaniu, a nie naliczenie dodatkowych punktów. W sytuacji, gdy oferta pozostaje w postępowaniu (wykonawca nie zostaje wykluczony, a oferta odrzucona), w świetle tego, że Zamawiający nie zakończył procesu badania i oceny ofert, wykonawca ten w dalszym ciągu ma szansę na uzyskanie

zamówienia. W przypadku zaś gdy Zamawiający przyznaje wykonawcy dodatkowe punkty jednocześnie wykluczając go z postępowania za niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, przyznane dodatkowe punkty mają znaczenie jedynie iluzoryczne bowiem w jakikolwiek sposób nie wpływają na pozycję wykonawcy w postępowaniu (gdyż de facto wykonawca ten nie bierze już udziału w postępowaniu). Fakt, że Zamawiający zgodnie z pkt 19.1 SIWZ przewidział skorzystanie z art. 24aa ust. 1 Pzp i zastosowanie procedury odwróconej - badanie i ocenę ofert, a następnie spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia, nie ma w przedmiotowym stanie faktycznym jakiegokolwiek znaczenia. Zamawiający po złożeniu przez Odwołującego załącznika nr 7 do IDW i uznaniu po złożonych wyjaśnieniach, że doświadczenie Pana P. B. wskazane w tym załączniku częściowo pokrywa się z doświadczeniem wskazanym w załączniku nr 9 do IDW, powinien odjąć Odwołującemu punkty za to doświadczenie, które zostały mu przyznane w ramach kryterium oceny ofert. Zamawiający nie był uprawniony do stwierdzenia, że przedmiotowe doświadczenie nie może zostać potraktowane jako potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu z uwagi na to, że za zadanie to zostały już przyznane punkty w ramach kryterium oceny ofert. W przypadku stwierdzenia błędu (w tym błędu w obliczeniu punktów), Zamawiający może bowiem na każdym etapie postępowania z własnej inicjatywy podjąć właściwe kroki zmierzające do jego skorygowania. Zamawiający jest nie tylko uprawniony, ale i zobowiązany do naprawienia błędów popełnionych w trakcie postępowania, na każdym jego etapie.

Odwołujący wyjaśnił też, że w Zawiadomieniu z dnia 15 marca 2021 r. o wykluczeniu wykonawcy z postępowania oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą Zamawiający wskazał, że podany w załączniku nr 7 do IDW dla Zadania 2 szlak Bierzwnik - Słonice (LOT E1) wyposażony jest w półsamoczną blokadę, natomiast zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał samoczynnej blokady liniowej. Z powyższego Zamawiający wywiódł, że szlak ten nie spełnia wymagań. Jednak, Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 8.6.2. ppkt 3 SIWZ (wg zmiany SIWZ z dnia 2 września 2020 r.) Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował Projektantem Koordynatorem branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, który posiada następujące doświadczenie: W okresie ostatnich dziesięciu [10] lat przed upływem terminu składania ofert opracował w charakterze projektanta branży sterowania ruchem kolejowym co najmniej dwie dokumentacje projektowe, każda obejmująca projekt budowlany dla budowy lub przebudowy zelektryfikowanej dwutorowej linii kolejowej w zakresie urządzeń zabezpieczenia i sterowania ruchem: łącznie co najmniej dwóch [2] szlaków wyposażonych w samoczną blokadę liniową każdy i jedną [1] stację kolejową, obejmującą przynajmniej dwa tory główne zasadnicze, trzy krawędzie peronowe i min. 30 zwrotnic, wyposażoną w komputerowe

systemy urządzeń stacyjnych srk (sterowania ruchem kolejowym), w oparciu o które to dokumentacje projektowe uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę.”.

Zamawiający wskazał, że szlak ten wyposażony jest w blokadę półsamoczynną, a nie samoczynną. Istotne jest jednak, że zgodnie z przytoczonym powyżej warunkiem udziału w postępowaniu jego istotą było wykonanie dokumentacji projektowej linii kolejowej z min. 2 szlakami wyposażonymi w samoczynną blokadę liniową, a nie faktyczne zrealizowanie inwestycji w tym zakresie.

Zgodnie z pkt 5.3.2. Projektu budowlanego dla przedmiotowej inwestycji - str. 13 Projektu (Projekt w załączeniu) w zakresie szlaku Bierzwnik-Słonice „przewiduje się zabudowę samoczynnej, komputerowej, trzystawnej, dwukierunkowej blokady liniowej z licznikowym systemem kontroli nie zajętości torów. Przewiduje się budowę 7 odstępów sbł.” Na podstawie przedmiotowego projektu budowlanego Wojewoda Zachodniopomorski wydał w dniu 14 maja 2019 r. decyzję nr 73/2019 o udzieleniu pozwolenia na budowę. Decyzja ta została dołączona do wyjaśnień Odwołującego z dnia 4 marca 2021 r. Przed wydaniem przedmiotowej decyzji pozwolenie na budowę nie zostało zmodyfikowane - projekt budowlany w wersji zatwierdzonej przedmiotową decyzją zawierał informację o zaprojektowaniu samoczynnej blokady liniowej.

Odwołujący podkreślił, że z literalnego brzmienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu nie wynika, że Zamawiający wymagał, aby na podstawie wskazywanej w załączniku nr 7 do IDW dokumentacji projektowej zrealizowana została inwestycja przedmiotowa linia kolejowa została wybudowana i spełniania wskazane w warunku udziału w postępowaniu parametry. Istotą warunku było jedynie sporządzenia stosownej dokumentacji projektowej, w oparciu o którą uzyskano ostateczną decyzję o pozwoleniu na budowę. Wobec tego przedmiotowe doświadczenie Pana P. B. spełnia warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący dodał, że z punktu widzenia projektowania nie ma możliwości, aby tak długi szlak wyposażony był w blokadę półsamoczynną jako rozwiązanie docelowe. Blokada półsamoczynna może być stosowana wyłącznie na etapie budowy linii kolejowej jako rozwiązanie przejściowe (stosowane przez kilka tygodni lub miesięcy). Przed zbudowaniem i uruchomieniem samoczynnej blokady liniowej wprowadza się półsamoczynną blokadę dwukierunkową, aby można prowadzić ruch po torze czynnym przy zamknięciu drugiego z nich. Jest to jednak rozwiązanie tymczasowe, wykorzystywane jedynie na etapie budowy.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 Pzp, gdyż odwołanie dotyczy czynności naliczenia punktów za kryterium doświadczenia, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby o sygn. akt KIO 2937/20 z dnia 8 grudnia 2020r. Ewentualnie z ostrożności procesowej wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wyjaśnił, że kwestia sposobu naliczenia punktów za kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, w tym Projektanta Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym pkt. 19.7.2. SIWZ była już przedmiotem oceny KIO w wyroku KIO 2937/20 z dnia 8 grudnia 2020r. w zakresie 1.5 uzasadnienia wyroku (strona 4), gdzie przedmiotem zarzutu było zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ze względu na podanie przez nich informacji wprowadzających w błąd w zakresie doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji Projektanta Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym. Przedmiotowe odwołanie konkurencji Odwołującego zostało w przedmiotowym zakresie oddalone, a zatem Zamawiający był obowiązany naliczyć punkty dodatkowe za doświadczenie Projektanta Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym i nie może ich teraz dowolnie odejmować tytułem przesunięcia tego doświadczenia na spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący wykazując się tym samym doświadczeniem na etapie weryfikacji warunków udziału w postępowaniu, pomimo jednoznacznego zapisu pkt 19.7.2. SIWZ, stanowiącego iż „Zamawiający nie dopuszcza wskazania tych samych opracowań, które zostaną wykazane w zał. nr 7 do IDW”, de facto przyznał bądź, że wprowadził w błąd nie tylko Zamawiającego, ale i KIO wydające orzeczenie w sprawie wyrokiem KIO 2937/20 i nakazujące oddalić zarzut w przytoczonym powyżej zakresie bądź, że nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Podkreślił, że załącznik nr 7 służył weryfikacji przyznanych punktów udziału w postępowaniu, a odrębny załącznik nr 9 weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazał, że wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. w zw. z art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp stanowi konsekwencję wcześniejszego uznania przez KIO wyrokiem zasadności i prawidłowości naliczenia punktów za spełnienie kryterium doświadczenia Projektanta P. B. za ten sam projekt. Skoro zgodnie z wyrokiem zostały naliczone punkty za doświadczenie, to nie ma możliwości zminusowania ich i uznania, że Odwołujący spełnił tym doświadczeniem warunek udziału w postępowaniu.

Zamawiający stwierdził także, że Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania, ze względu na fakt, iż po przeprowadzonej aukcji Konsorcjum zajmuje trzecie miejsce w rankingu, którą to okoliczność Odwołujący sam przyznaje, a nie można upatrywać swojego interesu prawnego w potencjalnym, ewentualnym odrzuceniu lub wykluczeniu Wykonawców, czy też ich wycofaniu się z postępowania, skoro nie istnieją po temu nawet zarysy zarzutów, jakie mogą być skierowane do konkurentów.

Zamawiający wskazał też, że brak jest podstaw do uznania, że fakt zaliczenia punktów na poczet kryterium oceny ofert może w przyszłości skutkować zaliczeniem tego samego doświadczenia na poczet spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powyższe wynika z faktu, że postępowanie jest prowadzone w oparciu o procedurę odwróconą i z przeprowadzeniem aukcji, co narzuca określony sposób jego procedowania, a powyższe było wiadomym Odwołującemu z treści SIWZ. Podkreślenia wymaga fakt, iż zgodnie z art. 91b ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający zapraszając do udziału w aukcji elektronicznej ma obowiązek poinformować wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu o pozycji złożonych przez nich ofert i otrzymanej punktacji. Wykonawcy na tej podstawie podejmują decyzję o postąpieniach kalkulując cenę oraz zdobyte punkty za doświadczenie oraz swoją pozycję w rankingu. Ma to istotny wpływ na przebieg aukcji, która się już przecież odbyła.

Reasumując Zamawiający naliczył punkty za kryterium doświadczenia w oparciu o orzeczenie KIO, poinformował wykonawców o ich pozycji w rankingu przed aukcją, Wykonawcy w oparciu o tę wiedzę skalkulowali swoje ostateczne oferty, po czym wykonawca wbrew wcześniejszemu stanowisku, wykazał się tym samym doświadczeniem przy realizacji tej samej umowy na etapie spełniania warunków i to pomimo jednoznacznie sformułowanego w SIWZ zakazu. W takiej sytuacji Zamawiający jedyne co mógł zrobić, to wykluczyć Konsorcjum z postępowania ze względu na niespełnienie warunków w postępowaniu, ponieważ nie miał możliwości cofnięcia się do momentu ustalania rankingu Wykonawców przed aukcją.

Odnosząc się do zarzutu drugiego odnośnie blokady samoczynnej wskazuję, iż nie ma to znaczenia dla wykluczenia wykonawcy, ponieważ kwestia rodzaju blokady, dotyczy powielonej dokumentacji projektowej jako kryterium i jako warunek.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 12 maja 2021 r. również wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r.,

dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”). Do rozpoznania odwołania zastosowanie natomiast znajdowały przepisy Pzp obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1-3 ustawy nPzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp i skierowała sprawę na rozprawę. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego co do konieczności odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 nPzp, zgodnie z którym odwołanie podlega odrzuceniu jeżeli dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. W niniejszym postępowaniu przedmiotem odwołania objęta jest czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, czynność ta natomiast nie została wykonana przez Zamawiającego w wyniku wykonania wyroku Izby lub sądu. Ponadto, skład orzekający uznał – odnosząc się do stanowiska Przystępującego - że odwołanie zostało wniesione w terminie, w związku z czym nie podlegało również odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 nPzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, z odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny i został przedstawiony w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Izba ustaliła dodatkowo:

W informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający podał, że: „Wykonawca dnia 19.02.2021r, przedstawił na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykaz osób skierowanych do

realizacji zamówienia stanowiący załącznik nr 7 do IDW. W przedstawionym wykazie osób na stanowisko Projektanta koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym została wskazana osoba Pana P. B. (...).

Zamawiający w dniu 26.02.2021 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia przedmiotowego wykazu m.in. w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej Projektanta koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, gdyż wskazane wyżej Zadanie nr 2 nie może potwierdzać spełnienia warunków udziału w postępowaniu ponieważ zgodnie z kryteriami i sposobem oceny ofert wykonawca otrzymał za nie punkty w kryterium doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia.

(...) wskazać, że Wykonawca w wykazie osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert (załącznik nr 9 do IDW) wskazał doświadczenie w ramach LOTU F i G1 dla którego pozyskano jedną Decyzję zatwierdzającą projekt budowlany i pozwolenie na budowę tj. Decyzja nr 82/2019 z dnia 28.05.2019 gr. wydana przez Wojewodę Zachodniopomorskiego, natomiast doświadczenie wykazane w załączniku nr 7 do IDW dotyczy opracowań projektowych ujętych w LOTACH E1, G1 i G2 dla których pozyskano trzy decyzje zatwierdzające projekt budowlany i pozwolenie na budowę, w tym również Decyzję nr 82/2019 z dnia 28.05.2019r. wydaną przez Wojewodę Zachodniopomorskiego.

Z powyższego wynika, że Wykonawca w załączniku nr 7 do IDW wskazując szlak Reptowo — Szczecin Dąbie tą samą dokumentację projektową co w załączniku nr 9 do IDW za którą otrzymał punkty w kryterium doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia.

Zgodnie z pkt 19.7.2. IDW Znaczenie kryterium(...) Zamawiający wskazał, że „nie dopuszcza wskazania tych samych opracowań, które zostaną wykazane w zał. Nr 7 do IDW.”

Tak więc Zadanie nr 2 nie może potwierdzać spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Dodatkowo należy wskazać, że podany w Załączniku nr 7 do IDW dla Zadania 2 Szlak Bierzwnik — Słonice (LOT E1) wyposażony jest w półsamoczynną blokadę, natomiast zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu szlaki winne być wyposażone w samoczynną blokadę liniową. Tak więc podany szlak nie spełnia wymagań Zamawiającego.

Tym samym doświadczenie wykazane dla Pana P. B. nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą, która opracowała w charakterze projektanta branży sterowanie ruchem kolejowym co najmniej dwie dokumentacje projektowe, każda obejmująca projekt budowlany dla budowy lub przebudowy zelektryfikowanej dwutorowej linii kolejowej w zakresie urządzeń zabezpieczenia i sterowania ruchem łącznie co najmniej dwóch [2] szlaków wyposażonych w samoczynną blokadę liniową każdy i jedną [1] stację kolejową, obejmującą przynajmniej dwa tory główne zasadnicze, trzy krawędzie peronowe i min. 30 zwrotnic, wyposażoną w komputerowe

systemy urządzeń stacyjnych srk (sterowania ruchem kolejowym), w oparciu o które to dokumentacje projektowe uzyskano ostateczne decyzje o pozwoleniu na budowę, a więc Wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy.”.

Izba zważyła:

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania, wskazać należy, że Zamawiający w punkcie 19.1 SIWZ wskazał, że skorzysta w postępowaniu z procedury przewidzianej w art. 24aa Pzp, tj. że najpierw dokona oceny ofert a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu. Ponieważ – jak wyżej wskazano - w niniejszym postępowaniu Zamawiający zastosował "procedurę odwróconą", o której mowa w art. 24aa ust. 1 Pzp to najpierw dokonywał oceny ofert, a następnie badał, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Po ustaleniu rankingu ofert, Zamawiający wyłącznie w stosunku do oferty wykonawcy która została oceniona jako najkorzystniejsza badał następnie spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia.

Uwzględniając stan faktyczny niniejszej sprawy, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp dokonując wykluczenia Odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Podkreślić należy, że Odwołujący miał pełną wiedzę, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie dopuścił możliwości posłużenia się przez wykonawców, tj. wskazania tych samych opracowań w załączniku nr 9 do IDW, które zostaną przez niego wykazane w załączniku nr 7 do IDW. Skoro więc Odwołujący zamierzał posłużyć się doświadczeniem p. P. B. w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to uwzględniając powyższe postanowienia SIWZ, brak było możliwości powołania się na doświadczenie ww. osoby w celu zdobycia punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert. W sytuacji natomiast wskazania tego doświadczenia w załączniku nr 9 do IDW w celu uzyskania punktów w kryterium pozacenowym Odwołujący wykorzystał już to doświadczenie i nie mógł on tym samym posłużyć się nim w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie mógł też – mając na uwadze przede wszystkim – zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, odmiennie potraktować Odwołującego i w sytuacji stwierdzenia, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku w postępowaniu, zaliczyć doświadczenie wskazane w załączniku nr 9 do IDW na doświadczenie wskazane w załączniku do IDW. Nie może być bowiem zaakceptowane stanowisko Odwołującego, że dodatkowe doświadczenie punktowane w ramach kryterium może stać się w toku

postępowania doświadczeniem potwierdzającym spełnianie warunku, z tego powodu, że nie wykazał on „doświadczenia podstawowego”. Podkreślić ponownie należy, że wykonawcy jako profesjonalści, na których ciąży obowiązek należytej staranności samodzielnie decydują o brzmieniu i treści składanych dokumentów, tak aby móc konkurować z ofertami innych wykonawców.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że załącznik nr 7 do IDW ma charakter pierwszorzędny w stosunku do załącznika nr 9 do IDW. Powyższe w żaden sposób nie wynika z SIWZ, gdzie Zamawiający sformułował jedynie postanowienie dotyczące braku możliwości posłużenia się tym samym doświadczeniem w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w celu uzyskania punktów w kryterium pozacenowym. Co więcej dla Odwołującego jasne było, że to właśnie załącznik nr 9 do IDW będzie badany i oceniany przez Zamawiającego w pierwszej kolejności, a więc doświadczenie wskazane w tym załączniku zostanie przez Zamawiającego potraktowane jako dodatkowe i na tej podstawie punktowane.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, że celem wykonawcy składającego ofertę jest uzyskanie zamówienia, a nie uzyskanie jak największej liczby punktów kosztem wykluczenia to przypomnieć należy, że to Odwołujący zdecydował, o treści załącznika 7 i 9 do IDW i wszelkie ryzyko z tym związane ponosi tylko ten wykonawca. W ocenie Izby, Odwołujący jako profesjonalista, doskonale zdawał sobie sprawę ze znaczenia postanowień SIWZ oraz konsekwencji braku wykazania tego samego doświadczenia w ramach warunku i kryterium.

W konsekwencji Izba w składzie orzekającym stwierdziła, że w rozpoznawanej sprawie niedopuszczalne jest żądanie Odwołującego aby zmienić, tzn. odjąć mu 2 punkty w kryterium „Doświadczenie osób...” za doświadczenie pana P. B., a następnie doświadczenie to zaliczyć na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dopuszczenie bowiem do takiej sytuacji prowadziłoby bowiem do naruszenia podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. zasady uczciwej konkurencji oraz przejrzystości i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby nie zasługuje na aprobatę stanowisko i tłumaczenia Odwołującego, że podał on to samo opracowanie projektowe w załączniku nr 7 i 9 do IDW, z uwagi na fakt, że w jego opinii stanowiły one odrębne dokumentacje projektowe. Zauważyć należy, że Odwołujący nie zakwestionował oceny ww. dokumentacji projektowej przez Zamawiającego, jak również w toku postępowania odwoławczego nie starał się wykazać na ich odrębności co mogłoby uzasadniać ewentualne podanie jej zarówno w załączniku nr 7 i 9 do IDW.

Powyższe w opinii składu orzekającego potwierdza, że Odwołujący posłużył się doświadczeniem w celu zdobycia większej ilości punktów w ocenie ofert, co dawało mu przewagę w aukcji elektronicznej i w sposobie jej prowadzenia, a następnie „wiedząc”, że

doświadczenie podane zarówno w załączniku 7 i 9 jest tożsame żądać jego zamiany. Takie działanie nie zasługuje na ochronę. Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nakazują Zamawiającemu stosowanie pierwotnie przyjętych przez siebie w SIWZ zasad postępowania.

Izba za zasadny uznała zarzuty dotyczące wykluczenia Odwołującego z postępowania na skutek uznania przez Zamawiającego, że podany w załączniku nr 7 do IDW dla Zadania 2 szlak Bierzwnik – Słonice (LOT E1) wyposażony jest w półsamoczynna blokadę. Podkreślić należy, że zgodnie z warunkiem określonym w punkcie 8.6.2 SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców wykonania dokumentacji projektowej linii kolejowej z min. 2 szlakami wyposażonymi w samoczynna blokadę liniową, a nie faktyczne zrealizowanie inwestycji w tym zakresie. Izba uwzględniając przedłożony przez Odwołującego do odwołania dowód, stwierdziła, że z punktu 5.3.2. Projektu budowlanego wynika, że w zakresie szlaku Bierzwnik-Słonice przewidziano zabudowę samoczynnej, komputerowej blokady liniowej, co było wystarczające na potwierdzenie powyższego warunku.

Pomimo jednak zasadności powyższego zarzutu, zarzut ten został przez Izbę oddalony, bowiem zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Uwzględniając powyższe, stwierdzić należy, że skoro Odwołujący podlegał wykluczeniu w związku z niewykazaniem spełnienia warunku udziału dotyczącego dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: w zakresie projektanta Koordynatora branży zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym, to uwzględnienie zarzutu dotyczącego blokady samoczynnej nie wpłynęłoby na wynik postępowania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp z 2019 r. w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....