

Sygn. akt: KIO 2637/19

WYROK
z dnia 14 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **VOESSING POLSKA Sp. z o.o., ul. Grobla 17 lok. 5, 61-859 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **oddala odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od **TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji, ul. targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych), z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

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 w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Opracowanie dokumentacji projektowych wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla projektu pn. „Prace w ciągu C-E 65 na odcinku Zduńska Wola - Inowrocław - Tczew" - Część 2: LCS Bydgoszcz Główna”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 grudnia 2018r. pod nr 2018/S 238-544829.

Odwołujący wniósł odwołanie od:

1. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Voessing Polska Sp. z o.o. (dalej Voessing), pomimo iż wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania,
2. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Voessing, pomimo iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego oraz wprowadził w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;
3. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Voessing, pomimo iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych - doświadczenie wykonawcy;
4. jako zarzut ewentualny - na wypadek nieuznania zarzutów powyższych - zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechanie wezwania wykonawcy Voessing do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie;
5. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wypełnienia pkt 27 Protokołu Postępowania poprzez podanie kompletnej listy załączników;
6. prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem w/w przepisów Ustawy).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Voessing, pomimo iż wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy przez zaniechanie wykluczenia Voessing z postępowania, pomimo niewykazania spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu;
3. jako zarzut ewentualny - na wypadek nieuznania zarzutów powyższych - naruszenie art. 26 ust. 3 Ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy Voessing do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie;
4. przepisu art. 96 ust. 1 i 3 Ustawy, poprzez zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechanie wypełnienia pkt 27 Protokołu Postępowania poprzez podanie kompletnej listy załączników;
5. art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem ww. przepisów).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. wypełnienia pkt 27 Protokołu Postępowania
4. ponowną ocenę ofert,
5. wykluczenie z postępowania Voessing;
6. wezwania Voessing do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie (w przypadku braku nakazania wykluczenia Voessing z postępowania);
7. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że został poinformowany o wyborze najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego w dniu 17 grudnia 2019r. W dniu 7.11.2019r. Zamawiający na skutek uwzględnienia zarzutów odwołania wniesionych przez Odwołującego (Sygn. akt KIO 2107) przekazał Odwołującemu wykaz zamówień przedstawiony przez Voessing oraz konsorcjum Systra. W dniu 15 listopada 2019r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, a czynność ta stała się przedmiotem odwołania z dnia 25 listopada 2019r. wniesionego przez

Odwołującego (sygn. akt Kio 2369/19). W dniu 2 grudnia 2019r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Wobec unieważnienia czynności wyboru z dnia 15listopada 2019r. Odwołujący - wobec braku substratu zaskarżenia - cofnął odwołanie, gdyż jego podtrzymywanie skutkowałoby oddaleniem z uwagi na treść art. 190 ust. 7 Pzp.

W dniu 17 grudnia 2019r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. W dniu 18 grudnia 2019r. Zamawiający przekazał w ramach wglądu niepodpisany protokół z postępowania wraz z korespondencją z której w sposób jednoznaczny wynika, iż Zamawiający nie dokonał ponownej weryfikacji oferty Voessing w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu KIO 2369/19 - pomimo iż wskazał w piśmie z 2.12.2019r., że takich czynności dokona. W świetle przedmiotowego stanu faktycznego złożenie odwołania stało się konieczne. Odwołujący wskazuje, że przysługuje mu prawo do podnoszenia zarzutów objętych wcześniej odwołaniem KIO 2369/19 - gdyż zarzuty nie były rozpatrywane, a cofnięcie odwołania wynikało jedynie z działań Zamawiającego (unieważnienie czynności) i jego podstawą było odpadnięcie substratu zaskarżenia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp Odwołujący podniósł, że w zakresie usług realizowanych przez Multiconsult (poz. 4 i 5 wykazu) nie załączono dokumentu referencji potwierdzającego należyte wykonanie usługi, a jedynie protokół odbioru Etap 2.3 „Opracowanie projektów budowlanych wraz z kompletem uzgodnień” z dnia 03.07.2018 r., potwierdzający przyjęcie opracowania bez uwag przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski w Sosnowcu. Dokument ten, zdaniem Odwołującego w żaden sposób nie potwierdza, że przedmiotowa usługa została wykonana w sposób należyty - czego wymagał w SIWZ Zamawiający. Załączony protokół potwierdza jedynie, że w dniu 03.07.2019 r. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski w Sosnowcu przyjęło Etap 2.3 przedmiotowej usługi bez uwag. Na podstawie przedmiotowego protokołu nie można jednak stwierdzić, czy etap 2.3, którego odbiór potwierdza CRI w Sosnowcu, został zrealizowany przez firmę Multiconsult Polska Sp. z o.o. w sposób należyty. Jest to bowiem szablonowy dokument potwierdzający czynność Zamawiającego, bez podania szczegółowych informacji na temat przebiegu realizacji usługi, takich jak np. opóźnienia w realizacji zadania, kary umowne. Odwołujący podniósł, że z informacji jakie posiada wynika, że na Multiconsult została nałożona kara umowna w wysokości 14 609,96zł, a kwota ta została potrącona wykonawcy z faktury za wykonanie etapu 2.3. Nałożenie kar umownych świadczy o nienależyтым wykonaniu umowy. Taką wykładnię stosuje również sam Zamawiający - w każdym przypadku naliczenia kar umownych PKPPLK SA uznaje, że doszło do nienależytego wykonania umowy i w związku z tym odmawia wystawienia poświadczenia należytego wykonania usługi. Jako dowód na stosowanie takiej wykładni przez PKP PLK SA Odwołujący przedstawił pismo z dnia 26.08.2019 r., kierowane do firmy TPF Sp. z o.o.,

w którym PKPPLK SA odmawia wystawienia dokumentu referencji właśnie w związku z naliczeniem kar umownych, wynikających z nienależytego wykonania umowy.

Zdaniem Odwołującego działanie takie niewątpliwie stanowiło działanie w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zakresie informacji potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Firma Multiconsult Polska Sp. z o.o. (podmiot udostępniający) oraz firma Voessing doskonale zdawały sobie sprawę, że przedmiotowa usługa została wykonana w sposób nienależyty. a co za tym idzie uzyskanie referencji jest niemożliwe. Mimo to w pełni świadomie złożyła wykaz usług wraz z dokumentem rzekomo potwierdzającym należyte wykonanie usługi wprowadzając tym samym Zamawiającego w błąd w zakresie informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego wykazu osób - dodatkowe wsparcie zespołu projektowego. Dokonując ponownej oceny ofert, w wyniku unieważnienia w dniu 2 grudnia 2019r. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (po odwołaniu wniesionym przez Systra Sygn. akt Kio 2394/19) Zamawiający nie przydzielił punktacji wykonawcy Voessing w ramach projektanta kolejowych obiektów budowlanych dotyczących p. J. Sz., wskazując odpowiednią adnotację w dokonanej ocenie ofert. Zdaniem Odwołującego, ziszczy się przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, które winny skutkować wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że w przypadku nieprawdziwych informacji zaniechanie wykluczenia jest możliwe tylko wtedy, gdy dany wykonawca w trybie art. 24 ust. 8 Pzp złoży samooczystwienie. Samooczystwienie złożyć można skutecznie jedynie w przypadku, gdy dany wykonawca składa je z własnej inicjatywy – jeszcze przed otrzymaniem wezwania do wyjaśnień czy też podniesienia zarzutu. Jednocześnie, zdaniem Odwołującego Voessing nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, przy czym nie można wobec niego zastosować art. 26 ust.3 Pzp, gdyż wykonawca ten podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu. Z ostrożności, gdyby Izba uznała, że Voessing nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp - Odwołujący wskazał, że wobec niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien on zostać wezwaniu do uzupełnienia wykazu usług.

W zakresie naruszenia art. 96 ust. 1 i 3 Pzp polegającego na zaniechaniu wypełnienia pkt 27 protokołu postępowania przez podanie kompletnej listy załączników, Odwołujący wskazał, że przekazany mu protokół w pkt 27, gdzie wskazano tylko na 1 załącznik „Wniosek o powołanie Komisji Przetargowej nr IRZUb...”, nie podaje nr wniosku i nie odnosi się do konkretnego dokumentu. Zdaniem Odwołującego, działanie takie jest celowe i ma utrudnić wykonawcom korzystanie ze środków ochrony prawnej. Gdyby lista załączników była wypełniona prawidłowo, wykonawca miałby wiedzę odnośnie zakresu korespondencji z wykonawcami oraz innych czynności Zamawiającego.

Zamawiający, pismem z dnia 13 stycznia 2019r. wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów celem potwierdzenia należytego wykonania dostaw lub usług wykonawca może składać referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane. Stanowisko Odwołującego jest sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa oraz ugruntowaną w tym zakresie linią orzecniczą KIO, gdzie wskazuje się, że to nie nazwa dokumentu ale jej treść determinuje ocenę czy potwierdza on wykonanie zamówienia w sposób należyty. Dołączony do wykazu usług protokół odbioru zawierał wszystkie informacje niezbędne dla oceny czy Voessing spełnia warunki udziału w postępowaniu, zawierał nazwę wykonawcy, projektu, okres realizacji, a także stwierdzenie, że zamawiający „przyjmuje opracowanie bez uwag”. Informacja, że przekazana dokumentacja została odebrana bez zastrzeżeń potwierdza fakt należytego wykonania zamówienia. Zamawiający wskazał także na dodatkowe dokumenty, które potwierdzają, że dokonana ocena oferty Voessing była prawidłowa. Przedstawił: referencję wydaną na prośbę Multiconsult z dnia 8.11 2019r., w której potwierdzono, że wykonawca wykonał „zgodnie z umową” zakres prac wyszczególniony w dokumencie, protokół z dnia 3.07 oceny ZOPI – pozytywnie oceniający przekazaną przez wykonawcę dokumentację, zawierający stwierdzenie „opracowanie może być przedmiotem formalnego odbioru przez Zamawiającego”, protokół odbioru dokumentacji z dnia 3.07 2018r. dołączony do wykazu usług przez Voessing. Odnośnie kwestii naliczenia kary umownej, Zamawiający podał, że kara nie została naliczona za niedotrzymanie terminu przekazania dokumentacji, ale za nieznaczne uchybienie terminowi przekazania drugiej wersji dokumentacji uzupełnionej zgodnie z prośbą Zamawiającego. Kara dotyczyła kwestii nieistotnej z punktu widzenia należytego wykonania zamówienia. Zamawiający wskazał, że w przypadku Odwołującego odmówił wydania referencji, gdyż naliczenie kary umownej Odwołującemu dotyczyło istotnych i znaczących uchybień w realizacji zamówienia. Przedłożył pismo Zamawiającego informujące o podstawach naliczonych kar umownych oraz protokół odbioru, w którym została wskazana taka informacja.

W zakresie zarzutu dotyczącego doświadczenia p. J. Sz. Zamawiający wniósł o jego nierozpatrywanie, podnosząc, że był on przedmiotem odwołania Systra, którego uczestnikiem był Odwołujący a odwołanie to zostało wycofane. Stwierdził, że przy ponownej ocenie ofert nie przyznał dodatkowej punktacji za doświadczenie p. J. Sz. z uwagi na to, że w zakresie realizacji na linii 353 – zakres prac nie spełnia definicji „budowy, przebudowy” wg prawa budowlanego, a w zakresie prac na liniach kolejowych 408 i 409 Szczecin Główny nie został spełniony warunek „dwutorowości”, LK 408 na odc w km 3,775 – 4,798 jest jednotorowa. Zdaniem Zamawiającego nie ma jednak podstaw do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

W zakresie naruszenia art. 96 ust. 1 i 3 Pzp Zamawiający wskazał, że przekazał wykonawcy uzupełniony protokół z postępowania, zatem zarzut utracił na aktualności.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca Voessing wniósł o oddalenie odwołania, popierając stanowisko Zamawiającego i składając do akt sprawy pisemne stanowisko w sprawie.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz zostało uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego i Przystępującego Voessing o odrzucenie części zarzutów odwołania dotyczących naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp odnoszących się do doświadczenia pana J. Sz. W tym zakresie Izba ustaliła, że zarzuty dotyczące doświadczenia p. J. Sz. były już przedmiotem odwołania złożonego przez wykonawcę Sysstra S.A. Oddział w Polsce (Sygn. akt KIO 2394/19), a Odwołujący zgłosił wówczas przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Odwołanie Sysstra S.A. na skutek unieważnienia w dniu 2 grudnia 2019r. przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 15 listopada 2019r. zostało wycofane, na skutek czego postanowieniem z dnia 6 grudnia 2019r. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze.

Z uwagi na unieważnienie czynności Zamawiającego, Odwołujący nie mając substratu zaskarżenia, zrezygnował z podtrzymywania odwołania. Ponowny wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 17 grudnia 2019r. jest czynnością nową w postępowaniu, która podlega zaskarżeniu.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, Izba ustaliła, że wykonawca Voessing Polska Sp. z o.o. celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu złożył wykaz usług

zawierający w poz. 4 i 5 usługi zrealizowane przez spółkę Multiconsult Polska Sp. z o.o. Na dowód należytego wykonania usług „Etapu 2.3 Opracowanie projektów budowlanych wraz z kompletem uzgodnień” przedstawiony został protokół odbioru z dnia 3 lipca 2018r , w którym Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. - potwierdził sprawdzenie opracowania i stwierdził, że zgodnie z § 7 ust. 8 umowy przyjmuje opracowanie bez uwag.

Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia z dnia 27 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający do wykonawcy w postępowaniu o udzieleniu zamówienia (Dz.U.2016, poz. 1126 ze zm.) dokumentami składanymi celem potwierdzenia, że dostawy i usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane. Katalog dokumentów, potwierdzających należyte wykonanie prac ma charakter otwarty a ustawodawca nie postawił jakichkolwiek wymagań co konkretnych sformułowań, jakie mają być zawarte w ich treści. Istotne jest to, aby składane dokumenty potwierdzały, że dostawy, usługi zostały wykonane należycie, w sposób zgodny z umową, prawidłowy, bez uwag itp.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że załączony protokół z dnia 3 lipca 2018r. nie potwierdza należytego wykonania prac. Złożony przez wykonawcę protokół odbioru zawierał oprócz elementów identyfikujących projekt, nazwy wykonawcy i okresu realizacji także sformułowanie o przyjęciu prac opracowania bez uwag. Oznacza to, zdaniem Izby, że prace zostały odebrane i wykonane należycie tj. zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Okoliczność dotycząca naliczenia kary umownej za nieterminowe przekazanie opracowania Etapu 2.3, której zarówno Zamawiający jaki i Voessing nie zaprzeczyli, nie wyklucza należytego wykonania prac. Samo naliczenie kar umownych nie przesądza o nienależyтым wykonaniu prac a ocena ta musi być dokonywana w konkretnych okolicznościach stanu faktycznego. Oceniając należyte wykonanie prac w sytuacji naliczenia kar umownych, trzeba wziąć pod uwagę okoliczności oraz wagę naruszonych obowiązków umownych. Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego kara umowna została naliczona wykonawcy Multiconsult w wysokości 1% wartości umowy i wyniosła ok. 14 tys. zł., co oznacza, że jest to znikoma wartość w stosunku do wartości umowy. Dodatkowo uchybienie wykonawcy polegające na nieterminowym przekazaniu opracowania po poprawkach Zamawiającego nie miało wpływu na należyte wykonanie opracowania.

Okoliczność należytego wykonania prac potwierdzają dodatkowo referencje wystawione przez Zamawiającego dnia 8.11.2019r oraz 13.11.2019r., w których potwierdzono, że wykonawca zrealizował zadanie zgodnie umową, w terminach wskazanych w treści referencji. Wskazać trzeba, że wystawcą tych referencji jest sam Zamawiający, a zatem - niezależnie do tego, że już sam protokół odbioru z dnia 3.07.2018r. stanowił potwierdzenie należytego wykonania prac - nie było jakichkolwiek podstaw, aby wzywać wykonawcę do ich uzupełnienia w trybie art. 26

ust. 3 Pzp. Zgodnie z art. 26 ust. 6 Pzp wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne.

Nie można zgodzić się także ze stanowiskiem Odwołującego, iż z treści przedstawionych referencji nie wynika należyte wykonanie prac. Mimo, iż nie zawarto sformułowania o treści „prace wykonane należyście”, to jednak potwierdzają one zrealizowanie zadań zgodnie z umową, co jest wystarczającym dowodem na potwierdzenie należytego wykonania prac. Okoliczność, na którą powoływał się Odwołujący, iż w podobnej jak Multiconsult sytuacji, gdzie po realizacji zamówienia wystawiony został wykonawcy protokół odbioru, ale z uwagi na naliczenie kar umownych Zamawiający odmówił Odwołującemu wystawienia referencji, pozostaje bez wpływu na ocenę tego stanu faktycznego dotyczącego realizacji umowy przez Multiconsult i przedłożonych przez niego dokumentów potwierdzających należyte wykonanie prac.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że nie zachodzi przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp obligująca Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Voessing na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji w zakresie doświadczenia p. J. Sz., Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający określił w postępowaniu dwa kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej: Całkowita cena brutto - z wagą 70% i Dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego - z wagą 30%. Zamawiający postanowił, że „w ramach kryterium przyzna punkty za wykazanie się przez Wykonawcę dodatkową osobą (spoza zespołu branżowego) wspierającą kluczowy personel zespołu projektowego. Każda z badanych ofert może otrzymać maksymalnie 30 pkt. w tym kryterium. Zamawiający w ramach kryterium przyzna punkty za wykazanie się przez Wykonawcę dodatkową osobą (spoza zespołu branżowego przedstawionego przez Zamawiającego w OPZ pkt. 6.2.3 tabela nr 2) wspierającą kluczowy personel zespołu projektowego. Jeżeli Wykonawca wykaże się posiadaniem dodatkowych osób - projektantów w Zespołach branżowych takich jak: „Urządzenia sterowania ruchem kolejowym”, „Kolejowe obiekty budowlane” oraz „Mostowy” (po jednym projektancie dla każdej z branż) posiadających uprawnienia i doświadczenie zgodne z wymaganiami opisanymi poniżej w pkt. 1, 2, i 3, to za każdego takiego projektanta, który wykaże się zrealizowaniem w ciągu ostatnich pięciu [5] lat dokumentacji projektowej, zgodnej z wymaganiami podanymi poniżej w pkt. 1, 2, 3, otrzyma 2

punkty za każdą dokumentację projektową wykonaną przez tego projektanta. Za każdego projektanta można otrzymać maksymalnie 10 punktów (jeśli projektant wykaże się opracowaniem 5-ciu dokumentacji projektowych spełniających kryteria). Zamawiający zweryfikuje pierwszych pięć dokumentacji wykazanych dla danego projektanta i spełniających kryteria, pozostałe nie będą podlegały weryfikacji i punktacji. Każda z ofert w ramach kryterium może uzyskać od 0 do 30 punktów.”

Wykonawca wykazał doświadczenie p. J. Sz. w poz. 4 i 5 wykazu usług:

- prac na linii 353 na odc. Jabłonowo Pomorskie - Iława - Olsztyn - Korsze -część A
- prace na liniach kolejowych 408 i 409 Szczecin Główny - granice państwa (Tantów).

Zamawiający, dokonując ponownej oceny ofert, nie przyznał wykonawcy Voessing dodatkowych punktów za wyżej wskazane realizacje, podając, że w przypadku 1 pracy - zakres prac nie spełnia definicji budowy lub przebudowy wg prawa budowlanego, zaś w zakresie pracy 2 - linia LK 408 na odc. w km 3,775÷ 4,789 jest jednotorowa oraz LK 409 jest jednotorowa, a więc nie został spełniony warunek w zakresie dwutorowości przebudowywanego odcinka linii.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przewiduje wykluczenie wykonawcy, 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.

Jak wynika z przebiegu rozprawy i stanowiska Przystępującego Voessing zawartego w piśmie procesowym, w którym podejmuje on polemikę z prawidłowością oceny doświadczenia p. J. Sz., brak przyznania punktacji był wynikiem odmiennego rozumienia pojęć określonych w kryterium oceny ofert oraz wykazanego doświadczenia projektanta. Z treści pisma i stanowiska Przystępującego wynika, że zarówno składając ofertę jak i teraz jest on przekonany co do tego, że doświadczenie p. J. Sz. odpowiada wymaganiom określonym w kryterium. W przekonaniu Przystępującego prace na linii 353 spełniają wymagania zawarte w definicji przebudowa w rozumieniu art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego, ponieważ w wyniku ich wykonania doszło do zmiany wielu parametrów technicznych i użytkowych obiektu budowlanego polegających m.in. na zwiększeniu prędkości pociągu. W zakresie prac na linii 408 i 409, Przystępujący wskazywał, że Zamawiający w sposób nie dość wnikliwy

zweryfikował na jakich odcinkach były prowadzone prace oraz pominął kwestię długości przebudowywanej nawierzchni dla poszczególnych torów. Abstrahując od kwestii zasadności nieprzyznania punktacji wykonawcy Voessing za doświadczenie p. J. Sz., która nie była objęta przedmiotem tego odwołania, należy zwrócić uwagę, że skoro kwestie te są między stronami sporne to nie można uznać, że wykonawca wykazując doświadczenie p. J. Sz. działał w sposób lekkomyślny czy niedbały celem wprowadzenia Zamawiającego w błąd i uzyskania dodatkowej punktacji w kryterium oceny ofert. Podkreślić też należy, że Odwołujący, na którym spoczywa ciężar dowodu, nie wykazał, że wykonawca Voessing dopuścił się wprowadzenia Zamawiającego w błąd na skutek celowego działania, niedbalstwa czy lekkomyślności. Sam brak przyznania punktacji za doświadczenie p. J. Sz. nie oznacza, że działaniu wykonawcy można przypisać wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Ponadto, w sytuacji gdy to sam Zamawiający jest odbiorcą dokumentacji projektowej – tak jak to ma miejsce w przypadku doświadczenia p. J. Sz. - nie możemy mieć do czynienia z informacjami, mogącymi wprowadzić Zamawiającego w błąd. Zamawiający miał i ma pełną wiedzę na temat zakresu opracowań tych projektów.

Niezasadnym jest zarzut dotyczący naruszenia art. 96 ust. 1 i 3 Pzp. Art. 96 ust. 1 Pzp określa zakres niezbędnych informacji, jakie mają być zawarte w protokole postępowania o zamówienie publiczne. Wszystkie wymienione w tym przepisie informacje zawarto w protokole postępowania, sporządzonym przez Zamawiającego. Z kolei art. 96 ust. 3 Pzp dotyczy sposobu realizacji zasady jawności w odniesieniu do protokołu i jego załączników. Odwołujący nie wykazał, aby zasada jawności postępowania została w jakikolwiek sposób w tym postępowaniu o zamówienie publiczne naruszona. Odwołujący wskazywał jedynie, że w protokole zawarto stwierdzenie „inna korespondencja z wykonawcami”, nie wymieniając o jaką korespondencję chodzi. Zamawiający wyjaśnił jednak, że udostępnił w dniu 10 stycznia br. uzupełniony protokół z postępowania o udzielenie zamówienia i przekazał wszystkie dokumenty składane przez innych wykonawców, zgodnie z jego wnioskiem Odwołującego. Odwołujący tej okoliczności nie zaprzeczył.

Podkreślić należy, że Odwołujący nie wykazał, aby wskazywane przez niego naruszenie art. 96 ust. 1 i ust. 3 mogło mieć jakikolwiek wpływ na wynik prowadzonego postępowania lub choćby utrudniło mu skorzystanie z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2,

§ 3 i § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018 poz. 972).

Przewodniczący