

Sygn. akt: KIO 1541/21

Sygn. akt: KIO 1913/21

WYROK

z dnia 29 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie w dniu 27 lipca 2021 r. odwołań, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniach: 24 maja 2021 r. i 28 czerwca 2021 r. przez wykonawców:

A. ART In Energy Sp. z o. o. z siedzibą w Koluszkach (sygn. akt KIO 1541/21),

B. PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1913/21)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale wykonawców:

- **PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1541/21 po stronie zamawiającego,
- **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1541/21 i KIO 1913/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1.

A. Oddała odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1541/21.

B. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1913/21.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców: **ART In Energy Sp. z o. o. z siedzibą w Koluszkach (sygn. akt KIO 1541/21) i PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1913/21) i:**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców odpowiednio: **ART In Energy Sp. z o. o. z siedzibą w Koluszkach (sygn. akt KIO 1541/21)** w kwocie **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) oraz **PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1913/21)** w kwocie **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), tytułem wpisów od odwołań,

2.2 zasądza od wykonawcy **ART In Energy Sp. z o. o. z siedzibą w Koluszkach (sygn. akt KIO 1541/21)** na rzecz zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3 zasądza od wykonawcy **PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1913/21)** na rzecz zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 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:

Sygn. akt KIO 1541/21

Sygn. akt KIO 1913/21

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający” lub „PKP”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.), zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp”, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych - zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. Kompleksowa wymiana sieci trakcyjnej na linii kolejowej nr 22 etap II, realizowanego w ramach projektu prace kolejowe na linii kolejowej nr 22 i 25 na odcinku Gałkówka - Tomaszów Maz. - Radom oraz na przyległych łącznicach, nr referencyjny 9090/IRZR3/22825/06020/20/P), dalej „Postępowanie”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 listopada 2020 r. pod nr 567955-202-PL.

KIO 1541/21

W dniu 24 maja 2021 r. wykonawca ART In Energy Sp. z o. o. z siedzibą w Koluźkach (dalej: „Odwołujący1” lub „Art. In Energy” lub „Wykonawca”) na podstawie art. 514 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) - zwane dalej: „Nustawą” lub „NPzp”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami Pzp czynności Zamawiającego polegających na niezasadnym wykluczeniu Odwołującego1 z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Odwołujący1 zarzucał Zamawiającemu:

1. Zarzut nr 1: naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, przez uznanie, że Odwołujący1 nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w 8.6.1 Instrukcji dla Wykonawców (dalej: „IDW”), tj. nie wykazał wykonania, co najmniej 2 robót budowlanych, każda wykonana w ramach jednej umowy, na zakres, których

składają się Budowa lub Przebudowa sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, gdzie suma długości Budowanej lub Przebudowywanej sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi dla torów szlakowych i torów głównych zasadniczych, wynosiła łącznie, co najmniej 10 km, przy czym co najmniej 5 km robót wykonana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich, podczas gdy Odwołujący1 przedstawił, w toku Postępowania obszerne wyjaśnienia uzasadniające przyjęcie, iż wymagany w pkt 8.6.1 IDW doświadczeniem się wykazał, co dodatkowo w jego ocenie potwierdzają przedstawione dokumenty, w tym pochodzące od podmiotów trzecich, a Zamawiający włączył Odwołującego1 w oparciu o nieprawidłową ocenę dokumentów i dowolną wykładnię podstawy wykluczenia z powołaniem się na pkt 8.6.1 IDW, która nie odpowiada warunkom rzeczywiście postawionym wykonawcom.

Odwołujący1 wskazał, że szczegółowa argumentacja Odwołującego w zakresie Zarzutu nr 1 została przedstawiona w poufnym Załączniku nr 0, z uwagi na to, iż omawia ona informacje, które Odwołujący1 skutecznie zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, którego to zastrzeżenia Zamawiający nie podważył.

2. Zarzut nr 2: który jest konsekwencją błędnie dokonanych czynności opisanych w Zarzucie 1, tj. naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i uznanie, że Odwołujący1 przedstawił nieprawdziwe informacje, czym wprowadził Zamawiającego w błąd, co do tego, iż spełnia warunek z pkt 8.6.1 IDW, podczas gdy Odwołujący1, według swojej najlepszej wiedzy oraz z należyтым zachowaniem staranności, przedstawił Zamawiającemu swoją ocenę, dlaczego przyjął, iż warunek ten spełnia. Rozbieżność pomiędzy Zamawiającym, a Odwołującym sprowadza się do oceny dokumentów, których treści oraz zakresu żadna ze stron nie kwestionuje, a za tym nie można uznać, że uprawnione było przyjęcie, iż Odwołujący1 przedstawił jakiegokolwiek nieprawdziwe informacje.
3. Zarzut nr 3: naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez uznanie, że Odwołujący1 nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w 8.6.2 IDW w odniesieniu odpowiednio do kierownika budowy oraz projektanta, tj., iż Odwołujący w odniesieniu do wskazanych przez siebie osób na ww. stanowisko nie wykazał zdobycia przez nie doświadczenia, gdyż rzekomo nie uzupełnił wykazu o informację, na jakich stanowiskach osoby dedykowane zdobyły swoje doświadczenie, podczas gdy Odwołujący1, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, wymagane i żądane informacje przez Zamawiającego przedstawił oraz uzupełnił, a w szczególności uzupełnił wykaz osób zgodnie z wzorem udostępnionym przez Zamawiającego

wykonawcom, a Zamawiający - podobnie jak w przypadku Zarzutu nr 1 - wykluczył Odwołującego¹ w oparciu o nieprawidłową ocenę dokumentów.

Wobec powyższego Odwołujący¹ żądał:

- w zakresie możliwości przedstawienia argumentacji, co do Zarzutu nr 1 - przeprowadzenia rozprawy z wyłączeniem jawności,
- uwzględnienia odwołania w całości, a w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności niezasadnego wykluczenia Odwołującego z Postępowania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego¹;
- zwrotu od Zamawiającego kosztów postępowania na podstawie faktury, która zostanie przedstawiona na rozprawie.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wykonawca Art In Energy podnosił m. in., że:

W odniesieniu do Zarzutu nr 1 - warunek 8.6.1. IDW

Odwołujący¹ wyjaśnił, że przedstawił szczegółową argumentację w odniesieniu do Zarzutu nr 1 tj. niezasadnego wykluczenia Odwołującego z powodu rzekomego niewykazania spełnienia warunku 8.6.1. IDW w odrębnym Załączniku 0 do odwołania, który w całości stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do Zarzutu nr 2 - nieprawdziwe informacje

W ocenie Odwołującego¹, w zakresie spełnienia przez niego warunków określonych w punkcie 8.6.1 IDW wystąpiła jedynie rozbieżność interpretacyjna, czy wykazywane doświadczenie Odwołującego¹ można „zaliczyć” bazując na całokształcie umów, które go wiązały, jako podwykonawcę z wykonawcą referencyjnej inwestycji, oraz co do faktycznego zakresu udziału Odwołującego¹ w wykonywaniu robót budowlanych. Dlatego w ocenie Odwołującego¹, nawet gdyby uznać, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w Postępowaniu - z czym się wykonawca nie zgadzał – to jego zdaniem nie sposób było uznać, że informacje przez niego przedstawione były informacją nieprawdziwą. Stanowiły jedynie rozbieżność interpretacyjną.

W odniesieniu do Zarzutu nr 3 - warunek 8.6.2. IDW

W ocenie Odwołującego¹, wykluczenie go przez Zamawiającego z uwagi na niewykazanie spełniania warunku 8.6.2. IDW w odniesieniu do kierownika budowy oraz projektanta, stanowi wynik pominięcia przez Zamawiającego informacji przedstawionych przez Odwołującego¹, a stanowisko Zamawiającego jest skrajnym przejawem formalizmu i nie zasługuje na ochronę. Zdaniem Odwołującego¹ Zamawiający kompletnie pominął, że w uzupełnionym wykazie osób, osoby wskazane odpowiednio, jako kierownik budowy oraz projektant zdobywały swoje doświadczenie w projektach, których nazwy i zakres zostały podane w wykazie, przyporządkowane do tych osób, zgodnie z wzorem Zamawiającego. Dla każdej z tych osób w kolumnie „Opis doświadczenia w poszczególnych okresach potwierdzający spełnianie warunków (poszczególnych wykonanych usług lub/i robót budowlanych), Odwołujący¹ szczegółowo opisał, na czym polegała dana inwestycja, rola tej osoby oraz jaki był zakres odpowiedzialności odpowiednio kierownika budowy oraz projektanta. W opinii Odwołującego¹, informacje podane w tej kolumnie są kluczowe dla oceny czy dana osoba, wskazana w wykazie osób, spełnia bądź nie warunki opisane w pkt 8.6.2. IDW. Kolumna, w której Zamawiający chciałby znaleźć dodatkowe informacje w odniesieniu do kierownika budowy oraz projektanta to - tak zakładał Odwołujący - kolumna zajmowane stanowisko (w czasie wykonania usługi lub roboty budowlanej). Przy tak sporządzonym wzorze formularza przez Zamawiającego, jedynym możliwym sposobem wypełnienia takiej kolumny było posłużenie się przez wykonawców rzeczywistą nazwą stanowiska, jakie dana osoba zajmowała podczas wykonywania usług lub robót w referencyjnej inwestycji. Innymi słowy, skoro np. stanowisko miało nazwę „Kierownik Budowy” bez dodatkowych określeń - to błędem, potencjalnie narażającym wykonawców na sankcję z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp byłoby posługiwanie się inną nazwą stanowiska, w tym z doprecyzowaniem stanowiska. Podobna sytuacja ma miejsce w Postępowaniu - pkt 8.6.2. IDW lp. 1 posługuje się pojęciem stanowiska „kierownik budowy”, bez doprecyzowania „kierownik budowy” w określonej specjalności. Doprecyzowanie, w jakiej specjalności kierownik budowy ma uprawnienia, jest rodzaj inwestycji, w ramach, której taka osoba została na kierownika budowy lub projektanta powołana oraz zakres jej odpowiedzialności.

Zdaniem Odwołującego¹ nie sposób wywodzić - tak jak chce tego Zamawiający - z faktu ogólnikowego wskazania stanowiska określonej osoby, jako „Kierownik Budowy”, jak i „Projektant”, przy jednoczesnym wskazaniu posiadania wymaganych uprawnień przez te osoby, oraz pełnienia tych funkcji (odpowiednio - kierownika budowy jak i projektanta) na inwestycjach wymagających uprawnień specjalistycznych, braku wykazania doświadczenia zgodnie z wymogami pkt 8.6.2. IDW. W ocenie Odwołującego¹, skoro wskazany w wykazie osób personel pełnił odpowiednio funkcję kierownika budowy oraz projektanta na

inwestycjach wymagających specjalistycznych uprawnień i jednocześnie personel posiadał te uprawnienia, nie można dojść do innego wniosku, jak do takiego, że właśnie taki sposób wypełnienia wykazu osób przez Odwołującego¹, potwierdza nabycie wymaganego doświadczenia przez wskazany personel. Nie sposób uznać twierdzeń Zamawiającego, iż istnieje możliwość (vide pkt 15 str., 4 Informacji o wykluczeniu), że wskazany przez Odwołującego¹ personel - w odniesieniu do inwestycji wymagających swoim zakresem uprawnień specjalistycznych - pełnił funkcję odpowiednio kierownika budowy lub projektanta w innym niż wymagany zakresie. Niezależnie od powyższego Odwołujący¹ wskazywał, że udzielając odpowiedzi na wezwanie na str. 1 swojej odpowiedzi wyraźnie wskazał w pkt B oraz C, iż spełnia warunek szczegółowy dla kierownika budowy oraz projektanta określone w pkt 8.6.2. IDW.

Zamawiający odpowiedział na złożone odwołanie na piśmie, w którym wnosił o:

1. oddalenie przedmiotowego odwołania w całości;
2. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego¹, w tym zasądzenie od Odwołującego¹ na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu podniósł między innymi, że Wykonawca w ramach złożonej oferty w Postępowaniu przedstawił dwa wykazy. Jeden dotyczył wykazu osób (załącznik numer 7 do IDW), który miał potwierdzać warunki udziału w postępowaniu określone w punkcie 8.6.2. IDW. Natomiast drugi wykaz dotyczył wykazu robót budowlanych (robót, nie usług lub dostaw) stanowiący załącznik numer 6 do IDW, który miał potwierdzać warunki udziału w postępowaniu określone w punkcie 8.6.1. IDW. Zamawiający dokonał analizy obu wykazów i powziął wątpliwości, co do ich poprawności i zgodności z treścią warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Wykonawcę w dniu 16 kwietnia 2021 r. w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi na powyższą treść wezwania, Wykonawca przedstawił stosowne wyjaśnienia.

Ponadto Zamawiający wyjaśniał, że wezwał Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do:

- *Z przedstawionego przez Wykonawcę Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia (Załącznik nr 7 do IDW) nie wynika, że osoba zaproponowana na stanowisko Kierownika Budowy zdobyła doświadczenie na stanowisku Kierownika*

robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Wykonawca w wykazie osób ograniczył się do podania jedynie nazw wskazanych inwestycji. Z opisu doświadczenia nie wynika, że wskazane projekty obejmowały Budowę lub Przebudowę infrastruktury kolejowej w zakresie sieci trakcyjnej. W związku z powyższym, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy wzywam do uzupełnienia Wykazu osób o ww. informacje.

oraz do

- *Z przedstawionego przez Wykonawcę Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia (Załącznik nr 7 do IDW) nie wynika, że osoba zaproponowana na w/w stanowisko zdobyła doświadczenie na stanowisku Projektanta w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w zakresie sieci trakcyjnej. W załączonym Wykazie osób brak jest także informacji, że wskazane dokumentacje projektowe obejmowały co najmniej projekt wykonawczy. W związku z powyższym, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy wzywam do uzupełnienia Wykazu osób o w/w informacje.*

Zamawiający stwierdził, że kluczowym i koniecznym do podkreślenia jest fakt, że w zakresie kierownika budowy wezwanie dotyczyło dwóch kwestii – po pierwsze dotyczyło ono braku podania informacji przez Wykonawcę, że osoba dedykowana na stanowisko kierownika budowy zdobyła doświadczenie na stanowisku kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (w wykazie znajdowała się jedynie informacja o tym, że osoba ta była kierownikiem robót, lecz bez podania specjalności). Po drugie wezwanie dotyczyło braku informacji, że projekty obejmowały budowę lub przebudowę infrastruktury kolejowej w zakresie sieci trakcyjnej.

Taka sama sytuacja jak powyżej ma miejsce w zakresie projektanta. Po pierwsze brakowało informacji, że osoba dedykowana na stanowisko projektanta zdobyła doświadczenie na stanowisku projektanta w zakresie kolejowej sieci trakcyjnej. Po drugie zabrakło informacji Wykonawcy, że dokumentacje obejmowały również projekt wykonawczy. Treść wezwań była jasna i precyzyjna oraz umożliwiającą Wykonawcy udzielenie takich wyjaśnień, aby były one satysfakcjonujące dla Zamawiającego.

W odpowiedzi na powyższą treść wezwania Wykonawca odpowiedział: *Projekty wskazane w opisie doświadczeń osoby wykazanej w Wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia (wykazane w przedłożonym załączniku nr 7 do IDW), znane Zamawiającemu jako inwestorowi, obejmują budowę lub przebudowę infrastruktury kolejowej*

w zakresie sieci trakcyjnej. W wykonaniu zobowiązania Zamawiającego Wykonawca przedkłada z niniejszym pismem Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia (w formie uzupełnionego załącznika nr 7 do IDW [1]) ze wskazaniem wprost zakresów dla tych projektów obejmujących budowę lub przebudowę infrastruktury kolejowej w zakresie sieci trakcyjnej.

Wykonawca przesłał również odpowiednio poprawiony wykaz osób, w którym zawarł informacje, że projekty tam wskazane obejmowały budowę lub przebudowę infrastruktury kolejowej w zakresie sieci trakcyjnej. Jednakże Zamawiający stwierdza, że zabrakło pierwszej informacji, jakiej żądał Zamawiający tzn., że osoba dedykowana na stanowisko Kierownika budowy na wskazanych przez Wykonawcę projektach zdobyła doświadczenie na stanowisku Kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Wykonawca ograniczył się jedynie do oświadczenia, że spełnia wymagania Zamawiającego.

Tożsama sytuacja ma miejsce w zakresie Projektanta. Wykonawca wskazał zgodnie z wezwaniem, że projekty wskazane w wykazie osób obejmowały projekty wykonawcze. Na potwierdzenie tego oświadczenia Wykonawca przedstawił poprawiony wykaz osób zawierający konieczne informacje. Jednakże ponownie zabrakło informacji o pierwszej części wezwania tj. że osoba dedykowana na stanowisko Projektanta zdobyła doświadczenie na stanowisku Projektanta w zakresie kolejowej sieci trakcyjnej. Wykonawca oświadczył: *Wykonawca spełnia warunek szczegółowy udziału w Postępowaniu określony w pkt. 8.6.2. poz. 2 IDW dla wskazanych tam wymagań w zakresie doświadczenia dla Projektanta. Osoba wykazana w Wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia (wykazane w przedłożonym załączniku nr 7 do IDW) ma doświadczenie na stanowisku Projektanta i posiada uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w zakresie sieci trakcyjnych, a wskazane tam dokumentacje projektowe obejmowały również projekty wykonawcze.*

Zamawiający stwierdził, że nawet w samych wyjaśnieniach (pomijając już brak potrzebnych informacji w wykazie) Wykonawca nie wskazał, w jakiej specjalności Projektant nabył swoje doświadczenie. Widnieje jedynie informacja, iż było to stanowisko projektanta, lecz ponownie brakuje informacji o pełnionej funkcji projektanta wraz z podaniem specjalności. Istnieje, bowiem możliwość, że pełnił on funkcję projektanta, lecz w ramach innej specjalności. Zamawiający nie może domyślać się tych informacji i dlatego wezwał Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia.

Kolejno Zamawiający podniósł, że treścią warunku określonego w punkcie 8.6.1. IDW wymagał, aby przedstawić w wykazie robót dwie roboty budowlane, a każda z nich była wykonywana na podstawie jednej umowy. Natomiast zgodnie z pozyskanymi przez Zamawiającymi informacjami oraz treścią wyjaśnień Wykonawcy w ramach inwestycji pn.: „Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie na jej podstawie robót budowlanych w ramach projektu: Prace na linii kolejowej nr 68, 565 na odcinku Lublin – Stalowa Wola Rozwadów wraz z elektryfikacją” zostały zawarte trzy umowy. Pozostała część odpowiedzi na Odwołanie, co do Zarzutu nr 1, została ujęta przez Zamawiającego w Załączniku numer 1 i została utajniona, gdyż zawiera m.in. ustosunkowanie się Zamawiającego do utajnionego stanowiska Odwołującego¹.

Zarzut numer 2

Zamawiający podniósł, iż argumentacja w zakresie Zarzutu nr 1 została przedstawiona powyżej. W związku z nieuznaniem za zasadne stanowisko Odwołującego¹, co do Zarzutu nr 1, Zamawiający wykluczył Odwołującego zgodnie z prawem. Zamawiający stwierdził, że wykazał, że treść warunku udziału w postępowaniu była jednoznaczna i każdy z wykonawców winien składać oświadczenia woli i wiedzy zgodnie z prawdą.

Zarzut numer 3

Zamawiający wyjaśnił, że zażądał od Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp uzupełnienia wykazu o informację, na jakich stanowiskach (a dokładnie, w jakich specjalnościach) osoby dedykowane na stanowiska kierownika budowy oraz projektanta zdobyły swoje doświadczenie. Powyższa informacja była niezbędną dla Zamawiającego ze względu na brzmienie warunku udziału w postępowaniu w punkcie 8.6.2. IDW, w którym Zamawiający oczekiwał zdobycia doświadczenia przez osoby dedykowane na stanowiska kierownika budowy oraz projektanta w określonych specjalnościach. Wykonawca w pierwotnie złożonym przez siebie wykazie wskazał jedynie, że dana osoba była projektantem lub kierownikiem robót. W wezwaniu Zamawiający wprost zażądał, że oczekuje uzupełnienia wykazu o szczegółowe informacje dotyczące zajmowanych stanowisk przez te osoby. Jednakże Wykonawca nie uzupełnił wykazu o te informacje, co więcej nie wskazał tego nawet w treści złożonych wyjaśnień. Wykonawca całkowicie pominął te informacje.

Zamawiający zwracał uwagę, że na Wykonawcy spoczywa odpowiedzialność za poprawnie wypełniony wykaz. Weryfikacja spełniania warunków udziału w Postępowaniu określonego w punkcie 8.6.2. IDW ogranicza się do przekazanego wykazu. Zamawiający nie

żądał innych dokumentów w tym zakresie. W związku z powyższym wykaz ten powinien zostać wypełniony zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, podając wszelkie konieczne informacje. Zamawiający nie jest uprawniony do domyślania się jego treści lub wyprowadzania skomplikowanych wywodów logicznych, aby móc uznać, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazywał również na dodatkową okoliczność, gdyby Wykonawca sądził, że poprawnie wypełnił wykaz i z wykazu można wprost wywnioskować potrzebne informacje - to nie dokonywałyby czynności złożenia wykazu jeszcze raz z poprawkami. W treści wyjaśnień brakuje kwestionowania zasadności wezwania w tym zakresie, co więcej brakuje zaskarżenia tej czynności do Izby. W związku z powyższym sam Wykonawca przyznał per facta concludentia, że wykaz był niepoprawnie złożony.

W ocenie Zamawiającego powyższa analiza prowadzi do wniosku, że Wykonawca nie uzupełnił wykazu osób o wymagane informacje pozwalające na potwierdzenie spełniania wymagań określonych w punkcie 8.6.2. IDW, tym samym nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu. Stanowisko Odwołującego¹ przedstawione w odwołaniu w żaden sposób nie pozwala na uznanie, że Zamawiający niesłusznie wykluczył Odwołującego¹ z Postępowania. Odwołujący¹ bezpodstawnie twierdzi, że inne wypełnienie wykazu osób prowadziłoby do jego wykluczenia w trybie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Nie sposób zgodzić się z takim twierdzeniem, gdyż choćby z treści wezwania Zamawiającego wynika jasno, w jaki sposób Zamawiający oczekuje uzupełnienia wykazu. Na podstawie wyłącznie treści wezwania Odwołujący¹ powinien wiedzieć, że wykaz w obecnym kształcie nie spełnia jego wymagań. Zamawiający wskazywał jednocześnie, że skoro Odwołujący obawiał się wypełnienia wykazu osób zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, to mógł stosowne informacje zawrzeć w treści wyjaśnień, czego Odwołujący zaniechał.

W dalszej kolejności Zamawiający podniósł ponownie, że na rynku kolejowym wielokrotnie zdarza się realizacja zamówień publicznych przez osoby posiadające kilka różnych uprawnień, co jednak nie pozwala uznać, że na danym kontrakcie dana osoba realizowała zakres wymagany przez Zamawiającego. Zamawiający dał szansę na skorygowanie swojego wykazu, jednak Odwołujący¹, zaniechał przedstawienia właściwych informacji.

KIO 1913/21

W dniu 28 czerwca 2021 r. wykonawca PKP Energetyka z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący²” lub „wykonawca PKPE” lub „PKP Energetyka” lub „Wykonawca”) na podstawie art. 514 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz.U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) - zwane dalej: „Nustawą” lub „NPzp”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami Pzp czynności Zamawiającego polegających na niezasadnym wykluczeniu Odwołującego2 z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, podczas, gdy spełnia on warunki udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego i jej oferta powinna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza.

Odwołujący2 zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp przez bezpodstawne wykluczenie z postępowania wykonawcy PKPE z uwagi na domniemane niewykazanie spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie potencjału osobowego odnoszącego się do projektanta i uznania oferty wykonawcy PKPE za odrzuconą, pomimo, że wykonawca ten wykazał spełnianie warunku udziału w Postępowaniu.

Odwołujący2 wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z Postępowania, powtórzenia czynności badania i oceny, w tym badania Odwołującego2 oraz uznanie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a w konsekwencji dokonanie wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego2, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z przedłożoną na rozprawie fakturą.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wykonawca PKPE podnosił między innymi, że jego zdaniem z przedłożonego przez niego wykazu w sposób niezbity wynika fakt spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.2. IDW w Postępowaniu. Wykonawca PKPE zaznaczał, że wedle skonstruowanego przez Zamawiającego wzoru wykazu osób, wykonawca był zobowiązany do wpisania informacji odnoszących się do „Opisu kwalifikacji i/lub doświadczenia” w kolumnach nr 3-7, gdzie wykonawca powinien ująć m.in. dane dotyczące zajmowanych stanowisk w czasie wykonywania usług/roboty budowlanej (kolumna nr 5) i „opis doświadczenia w poszczególnych okresach potwierdzający spełnianie warunku” (kolumna nr 6 wzoru wykazu). Co istotne, z treści warunku w zakresie potencjału osobowego odnoszącego się do projektanta wynikało, że wykonawca zobowiązany był wykazać „doświadczenie” w opracowaniu w charakterze projektanta w zakresie kolejowej sieci trakcyjnej, co najmniej 2 (dwóch) dokumentacji projektowych dla robót budowlanych polegających na Budowie lub Przebudowie sieci trakcyjnej.

Odwołujący2 stwierdził, że z informacji ujętych w wykazie w kolumnie nr 5 i 6 wynika, wprost, że osoba wskazana na stanowisko w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci,

instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w zakresie sieci trakcyjnej posiada doświadczenie w opracowaniu, co najmniej dwóch (a nawet 3) dokumentacji projektowych dla robót budowlanych polegających na budowie/przebudowie sieci trakcyjnej. W opisie doświadczenia, który - w świetle brzmienia samego wzoru wykazu - miał „potwierdzać spełnianie warunku” wykonawca ujął, bowiem kompleksową informację nt. wykonanych przez projektanta dokumentacji, które dotyczyły wprost konstrukcji wsporczych sieci trakcyjnej. W ramach wskazanych w wykazie dokumentacji, które dotyczyły przedmiotowo tylko i wyłącznie sieci trakcyjnej i miały charakter jednobranżowy, doświadczenie projektanta było zgodne z zakresem przedmiotowym dokumentacji i odnosiło się do sieci trakcyjnej. Nie mogło zresztą dotyczyć czegoś innego, skoro dany projektant realizował projekt, który dotyczył tylko i wyłącznie sieci trakcyjnej.

Odwołujący² stwierdził, że pomimo tego, że złożony przez niego wykaz osób bezsprzecznie potwierdzał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do projektanta wskazanego na stanowisko w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w zakresie sieci trakcyjnej, Zamawiający w piśmie z dnia 17 czerwca 2021 r. zawierającym informacje o wykluczeniu PKPE wskazał, że: „3. Zamawiający dokonał analizy wykazu i powziął wątpliwości, co do jego poprawności i zgodności z treścią warunków udziału w Postępowaniu. 4. W wykazie osób Wykonawca nie wskazał, w jakim zakresie pracowała osoba dedykowana na stanowisko Projektanta w trakcie realizacji danej inwestycji. 5. Wykonawca wskazał jedynie, że zajmowała ona stanowiska projektanta, lecz bez zakresu jego specjalności. (...) 8. Zgodnie z przedstawionym stanem faktycznym z wykazu osób złożonego przez Wykonawcę nie wynika czy osoba dedykowana na stanowisko Projektanta posiada odpowiednie doświadczenie”.

W ocenie wykonawcy PKPE, biorąc pod uwagę powyższe argumenty, Zamawiający zdaje się twierdzić, że niezależnie od tego, czego dotyczył zakres wykonywanych prac, projektant wykonujący dokumentację projektową odnoszącą się do konstrukcji wsporczych sieci trakcyjnej, mógłby nie nabyć doświadczenia, jako projektant w zakresie sieci trakcyjnej. Zdaniem Odwołującego² powyższa konstatacja była nie tylko nieprawidłowa, ale kompletnie nielogiczna. W sytuacji, bowiem, gdy mająca powstać dokumentacja ma charakter jednobranżowy i dotyczy wyłącznie sieci trakcyjnej, to nie jest możliwe, by projektant ją wykonujący posiadający specjalistyczne uprawnienia, nabył doświadczenie inne niż właśnie w zakresie projektowania sieci trakcyjnej. Trudno również zaaprobować argument Zamawiającego jakoby z wzoru wykazu osób wynikał obowiązek wskazania w pozycji „zajmowane stanowisko w czasie wykonywania usługi lub roboty budowlanej” zakresu

specjalności projektanta przez wskazanie - jak zdaje się wymaga tego obecnie Zamawiający - „projektant w zakresie sieci trakcyjnej”, czy innych podobnych sformułowań. Oczywistym jest, bowiem, że to nie wykonawca decyduje jak na danym kontrakcie, który został przecież zrealizowany w przeszłości, była określona nazwa stanowiska projektanta realizującego dane usługi projektowe, a posiadające uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Wykonawca nie ma żadnego wpływu, czy w danym kontrakcie osoba realizująca usługi projektowe w ramach ww. uprawnień będzie określana po prostu, jako np. projektant, czy też projektant z uprawnieniami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, czy projektant w zakresie sieci trakcyjnej, czy projektant w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w zakresie sieci trakcyjnej, czy jeszcze inaczej. Równie dobrze w danym zamówieniu osoba odpowiedzialna za przygotowanie projektu w zakresie sieci trakcyjnej mogłaby być określona w ramach danego zadania ogólnie, jako projektant branżowy, czy w jakikolwiek inny sposób. Co więcej w umowach wykonawczych mogło nie być mowy o szczególnym określaniu „nazwy” projektanta wykonującego dokumentację projektową odnoszącą się do sieci trakcyjnej. Brzmienie wykazu jasno z kolei referowało nie do rzeczywistego zakresu czynności realizowanych na danym stanowisku, do którego wymagane były specjalistyczne uprawnienia, ale do nazwy „zajmowanego stanowiska” W CZASIE WYKONYWANIA USŁUGI/ROBOTY BUDOWLANEJ, której szczegóły ujęte zostały przecież w kolumnie nr 6 wzoru wykazu, gdzie wskazano opis doświadczenia. Skoro Zamawiający wymagał uzupełnienia informacji o „nazwie zajmowanego stanowiska w czasie, kiedy dane usługi projektowe były wykonywane”, to logicznym jest uznanie, że wykonawca zobowiązany był wpisać nazwę danego stanowiska w brzmieniu właściwym dla tego kontraktu, nie zaś - tak jak to wskazuje w piśmie o wykluczeniu Zamawiający - projektant w zakresie sieci trakcyjnej. PKPE jednocześnie podkreślał, że we wskazanych w wykazie kontraktach Pan A. S. określany był właśnie, jako „projektant” dla obiektu „sieć trakcyjna”, co potwierdzały zrzuty z fragmentów dokumentów projektowych na ww. kontraktach zawarte w odwołaniu.

Odwołujący² stwierdził, że doświadczenie zdobyte przez projektanta na opisanych szczegółowo kontraktach w kolumnie nr 6 precyzyjnie wskazywało, do czego referowały usługi projektowe świadczone przez osobę wskazaną w wykazie na danym kontrakcie. Informacje te czytane łącznie są spójne i w sposób kompletny obrazują wymagane brzmieniem warunku doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko projektanta. Zdaniem Odwołującego² wykaz osób i informacje w nim zawarte nie mogą być rozpatrywane przez

Zamawiającego wybiórczo, czy wrywkowo. Dokument ten tworzy zwartą, wzajemnie uzupełniającą się całość i tylko w taki sposób może być odczytywana jego treść, która bezsprzecznie przesądza o spełnieniu warunku udziału w Postępowaniu przez wykonawcę PKPE. Zamawiający zdawał się nie zauważać niektórych informacji ujętych w wykazie, dopatrując się nieistniejących braków w innych jego pozycjach, podczas gdy literalna warstwa wzoru wykazu osób nie obligowała wykonawców do ujęcia w nim informacji, których na etapie oceny ofert (a więc po upływie terminu składania ofert) wymaga dodatkowo Zamawiający, twierdząc, że wykonawca błędnie wypełnił wykaz. Zamawiający nie może po upływie terminu składania ofert nadawać brzmieniu wzoru wykazu osób innego znaczenia niż wynika to z jego literalnej treści. Co więcej, nieuprawnione jest działanie Zamawiającego zmierzające do wyeliminowania z Postępowania wykonawcy w oparciu o brak treści, których obowiązek ujęcia w wykazie osób nie wynikał z jego literalnego brzmienia, ale jest wywodzony z interpretacji Zamawiającego.

Zamawiający odpowiedział na złożone odwołanie na piśmie, w którym wnosił o:

1. oddalenie odwołania w całości;
2. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego², w tym zasądzenie od Odwołującego² na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu pisma Zamawiający szczegółowo przytoczył treść warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.6.2. IDW jednocześnie stwierdzając, że powyższa informacja – „opracował w charakterze projektanta w zakresie kolejowej sieci trakcyjnej” - była niezbędna dla Zamawiającego ze względu na brzmienie warunku udziału w postępowaniu w tym punkcie, w którym Zamawiający oczekuje zdobycia doświadczenia przez osoby dedykowane na stanowisko projektanta w określonych specjalnościach.

Zamawiający podkreślał, iż dany projektant może posiadać uprawnienia budowlane w różnych specjalnościach bądź też posiadane przez niego uprawnienia uprawniają go do projektowania w innym niż wymaganym przez Zamawiającego zakresie a tym samym może pracować na danym kontrakcie w różnym charakterze. Zamawiający oczekiwał konkretnego doświadczenia projektanta i tylko to konkretne doświadczenie może pozwolić na uznanie, że został spełniony warunek udziału w Postępowaniu.

Zdaniem Zamawiającego nie można zgodzić się z treścią odwołania jakoby przedstawione informacje w wykazie pozwalały na uznanie, iż dokumentacja obejmowała jedynie jedną branżę. Żadna z informacji wskazanych w wykazie nie może pozwolić na (niejako) automatyczne stwierdzenie, że projekt obejmował wyłącznie jedną branżę. Zamawiający przypominał, że zakres projektu określa opis przedmiotu zamówienia, umowa, PFU - w zależności od rodzaju inwestycji. Sama nazwa inwestycji nie może stanowić podstawy do jednoznacznego stwierdzenia o zakresie inwestycji, w tym ilości branż. Wielokrotnie zdarza się, że z pozoru jednobranżowe przedsięwzięcia generują konieczność ingerencji w inne branże będące na stykach danego podstawowego zadania inwestycyjnego. Odwołujący nie zamieścił dodatkowych informacji w tym zakresie. Umieszczenie informacji pozwalającej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest obowiązkiem danego wykonawcy. Zamawiający określił wzór wykazu osób, który każdy z wykonawców był zobowiązany wypełnić i zawrzeć w nim informacje pozwalające na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z treści dokumentacji postępowania jasno wynika, że wykaz ten ma potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie personelu wykonawcy. Żaden z wykonawców nie zadał jakiegokolwiek pytania dotyczącego sposobu wypełniania wykazu, tym samym należy stwierdzić, iż takowych problemów wykonawcy nie mieli. Potrzebne informacje Odwołujący mógłby zamieścić, (ale nie wyłącznie) w pozycji: „opis doświadczenia w poszczególnych okresach potwierdzających spełnienie warunków”.

Ponadto Zamawiający zwracał uwagę, że to na Wykonawcy spoczywa odpowiedzialność za poprawnie wypełniony wykaz. Weryfikacja spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonego w punkcie 8.6.2. IDW ogranicza się do przekazanego przez Wykonawcę wykazu osób. Zamawiający nie żądał innych dokumentów w tym zakresie. W związku z powyższym wykaz ten powinien zostać wypełniony zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, podając wszelkie konieczne informacje. Zamawiający nie jest uprawniony do domyślania się jego treści lub wyprowadzania skomplikowanych wywodów logicznych, aby móc uznać, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający stwierdził, że odpowiednim czasem dla wykazywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców jest postępowanie przetargowe prowadzone przez Zamawiającego. Odpowiadanie na wezwania Zamawiającego w terminie, przekazywanie poprawnie wypełnionych dokumentów oraz oświadczeń. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest dodatkowym etapem postępowania przetargowego, gdzie Odwołujący może poprawiać swój wykaz o wymagane przez Zamawiającego informacje.

W toku posiedzenia Izby Odwoławczej¹ oświadczył, iż cofa wniosek dotyczący wyłączenia jawności rozprawy. Odwołujący¹ wówczas ujawnił załącznik nr 0 do odwołania i przekazał go Przystępującym: wykonawcy Strabag Sp. z o.o. i PKPE. Również Zamawiający ujawnił i udostępnił zastrzeżony załącznik 1 do odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1541/21 i przekazał go Przystępującym: Strabag oraz PKP Energetyka. Natomiast Przystępujący PKP Energetyka złożył pismo procesowe, w który zaprezentował argumentację dotyczącą zarzutu nr 1 i 2 odwołania (wraz z załącznikami w postaci trzech umów zawartych pomiędzy INTOP oraz Art In Energy)

W toku rozprawy zostały złożone następujące dowody:

- oświadczenie spółki INTOP Warszawa Sp. z o.o. z dnia 26 lipca 2021 r.,
- wyciągi z projektów wykonawczych dotyczący SRK oraz instalacji technologicznych i instalacji sanitarnych dotyczące wykonania robót oraz opracowania dokumentacji projektowej obiektu Kolejowy Most Gdański w Warszawie.
- wyciąg z umowy nr 90/101/0013/17/Z/I
- wyciąg z oferty złożonej przez Przystępującego Strabag w postaci Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia (załącznik nr 7 do IDW),
- pismo z dnia 19.07.2021 r. kierowane przez PKP PLK S.A. Zakład Linii Kolejowych w Nowym Sączu do Strabag Sp. z o.o. wraz z wyciągami z dokumentacji postępowania dotyczącego: 1) Modernizacji konstrukcji wsporczych sieci trakcyjnej dla robót budowlanych polegających na przebudowie sieci trakcyjnej na linii kolejowej nr 97 szlak Sucha beskidzka Lachowice oraz Lachowice-granica IŻ Nowy Sącz, 2) Modernizacji konstrukcji wsporczych sieci trakcyjnej dla robót budowlanych polegających na przebudowie sieci trakcyjnej na szlakach Rytró-Piwniczna i Muszyna - Lelchów na linii kolejowej nr 96 Tarnów- Leluchów - wskazanych w wykazie przez wykonawcę PKPE,
- wyciąg z umowy nr 90/101/0013/17/Z/I, która wiązała Zamawiającego z wykonawcą INTOP.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody oraz oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących wyrażone w pismach procesowych oraz na rozprawie Izba ustaliła, co następuje.

W pkt 8.2. IDW Zamawiający sprecyzował, że zgodnie z art. 22 ust. 1b Ustawy, o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: 8.2.3. Zdolności technicznej lub zawodowej.

W pkt 8.6. Zamawiający ustalił następujące szczegółowe warunki udziału w Postępowaniu:

8.6.1. W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich 5 (pięć) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał: co najmniej 2 roboty budowlane, każda wykonana w ramach jednej umowy, na zakres których składają się Budowa lub Przebudowa sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, gdzie suma długości Budowanej lub Przebudowywanej sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi dla torów szlakowych i torów głównych zasadniczych, wynosiła łącznie co najmniej 10 km, przy czym co najmniej 5 km robót wykonana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich.

Ocena spełniania w/w warunku nastąpi na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów i oświadczeń, o których mowa w punkcie 9 IDW.

W pkt 8.6.2. IDW Zamawiający ustalił, że 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:

1) Kierownik Budowy – 1 osoba

Uprawnienia (kwalifikacje zawodowe) - uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, których zakres obejmuje, co najmniej kolejowe sieci trakcyjne.

Doświadczenie - posiada co najmniej 3 (trzy) lata doświadczenia, na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych na robotach związanych z Budową lub Przebudową Infrastruktury kolejowej w zakresie sieci trakcyjnej

2) Projektant w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w zakresie sieci trakcyjnej - 1 osoba

Uprawnienia (kwalifikacje zawodowe) - uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, których zakres obejmuje, co najmniej kolejowe sieci trakcyjne.

Doświadczenie - w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert opracował w charakterze projektanta w zakresie kolejowej sieci trakcyjnej co najmniej 2 (dwie) dokumentacje projektowe dla robót budowlanych polegających na Budowie lub Przebudowie sieci trakcyjnej. Zamawiający uzna dokumentację projektową jeżeli będzie obejmować co najmniej projekt wykonawczy. Każda z wyżej wymienionych dokumentacji projektowych musi spełniać wymagania opisane powyżej.

Ocena warunku wskazanego w pkt 8.6.2 IDW nastąpi na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów, o których mowa w punkcie 9 IDW.

W pkt 9 pt. „Dokumenty i oświadczenia wymagane od Wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu” Zamawiający wskazał, że na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy złożyć:

9.6.1 wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wraz z podaniem ich przedmiotu, terminów wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty zostały wykonane (wzór wykazu stanowi Załącznik Nr 6 do IDW),

9.6.2 dowody określające, czy roboty budowlane wymienione w wykazie zostały wykonane należycie, zawierające w szczególności informacje o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami Prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane,

9.6.3 inne dokumenty – jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów, o których mowa w pkt 9.6.2 IDW,

9.6.5 wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień i doświadczenia niezbędnego do wykonania Zamówienia, a także zakresu

wykonywanych przez te osoby czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (wzór wykazu stanowi Załącznik Nr 7 do IDW).

KIO 1541/21

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp Odwołujący1 przedstawił żądane przez Zamawiającego oba wykazy, tj. „Wykaz robót budowlanych” sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do IDW oraz „Wykaz osób kierowanych do realizacji zamówienia” sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do IDW.

W treści „Wykazu robót budowlanych” w poz. 1 Odwołujący1 wskazał na doświadczenie na zadaniu „Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie na jej podstawie robót budowlanych w ramach projektu pn. „Prace na linii kolejowych nr 68, 565 na odcinku Lublin – Stalowa Wola Rozwadów wraz z elektryfikacją”, które było realizowane na podstawie umowy nr 90/101/0013/17/Z/I. W ramach kolumny „Przedmiot wykonywanych robót (należy opisać roboty w sposób umożliwiający weryfikację spełnienia warunku udziału w postępowaniu)” Odwołujący1 podał: „Budowa oraz przebudowa sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii kolejowej nr 68 na odcinku Lublin – Stalowa Wola Rozwadów od km -0,339 do km 104,043 oraz linii kolejowej nr 565 na odcinku Charzewice – Rozwadów Towarowy od km 0,000 do km 0,955 w tym linia dwutorowa w zakresie od km 2,292 do km 9,240 oraz od km 101,254 do km 104,043 wykonana przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich. Wartość netto: 52 725 193,02 zł”. Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie na jej podstawie robót budowlanych w ramach projektu pn. „Prace na linii kolejowych nr 68, 565 na odcinku Lublin - Stalowa Wola Rozwadów wraz z elektryfikacją”.

W treści referencji z dnia 28 grudnia 2020 r. firma INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zaświadczyła, że firma Art In Energy jako Podwykonawca w ramach zadania inwestycyjnego pn. Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie na jej podstawie robót budowlanych w ramach projektu pn. Prace na linii kolejowych nr 68, 565 na odcinku Lublin - Stalowa Wola Rozwadów wraz z elektryfikacją" w ramach zawartych umów: Nr 1/Art In Energy/Linia 68/2017 z dnia 25.05.2017 r Nr 7/Art In Energy/Linia 68/2017 z dnia 09.09.2017 r Nr 8/Art In Energy/Linia 68/2017 z dnia 09.09.2017 r zarządzała i sprawowała nadzór nad realizacją branży sieci trakcyjnej, dostarczyła materiał do budowy sieci trakcyjnej oraz wykonała prace budowlane wykorzystując swoje zasoby sprzętowe wraz z personelem w związku z realizacją zadania inwestycyjnego.

W „Wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia” Odwołujący¹ podał osoby na stanowiska kierownika budowy oraz projektanta. W kolumnie „Zajmowane stanowisko” podano odpowiednio: „Projektant”, „Kierownik robót”. Zaś w kolumnie dotyczącej „Opis doświadczenia w poszczególnych okresach potwierdzający spełnianie warunków” wykonawca Art In Energy podał nazwy projektów. Z treści wykazu nie wynikało, że osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika budowy zdobyła doświadczenie na stanowisku kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (w wykazie znajdowała się jedynie informacja o tym, że osoba ta była kierownikiem robót, lecz bez podania specjalności). Ponadto brak było informacji, że projekty obejmowały budowę lub przebudowę infrastruktury kolejowej w zakresie sieci trakcyjnej. Jeśli zaś chodzi o osobę przewidzianą do pełnienia funkcji projektanta to w złożonym wykazie brakowało informacji, że osoba ta zdobyła doświadczenie na stanowisku projektanta w zakresie kolejowej sieci trakcyjnej. Wykonawca nie zamieścił także informacji o tym, że dokumentacje obejmowały projekt wykonawczy.

Zamawiający pismem z dnia 16 kwietnia 2021 r. na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy wzywał Odwołującego¹ „do złożenia wyjaśnień oraz brakujących oświadczeń lub dokumentów dotyczących oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, dla następujących kwestii:

1. (...) Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu Wykonawca wraz z Wykazem robót budowlanych (Załącznik nr 6) przedstawił dowód w postaci referencji wystawionej przez INTOP Warszawa Sp. z o.o., dla zadania inwestycyjnego pn.: „Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie na jej podstawie robót budowlanych w ramach projektu pn. „Prace na linii kolejowych nr 68, 565 na odcinku Lublin – Stalowa Wola Rozwadów wraz z elektryfikacją”.

Zarówno z ww. referencji jak i informacji będących w dyspozycji Zamawiającego wynika, iż Wykonawca w ramach zadania inwestycyjnego zawarł z firmą INTOP Warszawa Sp. z o.o. trzy umowy: Umowa Nr 1/ART IN ENERGY/Linia 68/2017 z dnia 29.05.2017 r., Umowa Nr 7/ART. In Energy/Linia 68/2017 z dnia 09.09.2017 r., Umowa Nr 8/ART IN ENERGY/Linia 68/2017 z dnia 09.09.2017 r. Zawarte umowy obejmowały usługę zarządzania i pełnienia nadzoru, dostawę materiałów i najem sprzętu. Żadna z załączonych Umów nie stanowiła umowy na wykonanie robót budowlanych.

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 26 ust. 4 Ustawy wzywam do wyjaśnienia, na jakiej podstawie Wykonawca wskazał, że w ramach ww. zadania nabył doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie

sieci trakcyjnej, skoro z zawartych z firmą Intop Warszawa Sp. z o.o. umów nie wynika, że Wykonawca na ww. zadaniu inwestycyjnym wykonał budowę lub przebudowę sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi. Z zawartych umów wprost wynika, że Wykonawca był usługodawcą, dostawcą i najemcą oraz że Wykonawca nie był podwykonawcą robót budowlanych w zakresie sieci trakcyjnej. Z paragrafu 4 Umowy nr 8/ART IN ENERGY/Linia 68/2017 z dnia 09.09.2017 r. bezpośrednio wynika, że roboty budowlane polegające na demontażu sieci trakcyjnej górnej oraz montowaniu kompletnej sieci trakcyjnej górnej wykonał Najemca tj. Intop Warszawa Sp. z o.o.

2. (...) Z przedstawionego przez Wykonawcę Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia (Załącznik nr 7 do IDW) nie wynika, że osoba zaproponowana na stanowisko Kierownika Budowy zdobyła doświadczenie na stanowisku Kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Wykonawca w wykazie osób ograniczył się do podania jedynie nazw wskazanych inwestycji. Z opisu doświadczenia nie wynika, że wskazane projekty obejmowały Budowę lub Przebudowę infrastruktury kolejowej w zakresie sieci trakcyjnej.

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy wzywam do uzupełnienia Wykazu osób o ww. informacje.

3. (...) Z przedstawionego przez Wykonawcę Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia (Załącznik nr 7 do IDW) nie wynika, że osoba zaproponowana na w/w stanowisko zdobyła doświadczenie na stanowisku Projektanta w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w zakresie sieci trakcyjnej. W załączonym Wykazie osób brak jest także informacji, że wskazane dokumentacje projektowe obejmowały co najmniej projekt wykonawczy.

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy wzywam do uzupełnienia Wykazu osób o w/w informacje.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący¹ w piśmie z dnia 21 kwietnia 2021 r. złożył wyjaśnienia, w których stwierdził m.in.: „przywołane przez Zamawiającego referencje wystawione przez spółkę pod firmą INTOP Warszawa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie potwierdzają, zgodnie z wymogiem wynikającym z pkt. 9.6.2 IDW, że roboty budowlane objęte wykazem przedłożonym przez Wykonawcę zgodnie z pkt. 9.6.1 IDW zostały wykonane należycie, w tym zgodnie z przepisami Prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Ze wskazanych referencji oraz przywołanych przez Zamawiającego umów zawartych pomiędzy Wykonawcą, a INTOP Warszawa sp. z o.o. wynika w szczególności, że

Wykonawca wykonał prace budowlane w branży sieć trakcyjna w związku z realizacją zadania inwestycyjnego pn. „Prace na linii kolejowej nr 68, 565 na odcinku Lublin – Stalowa Wola Rozwadów wraz z elektryfikacją”, które były związane w szczególności z demontażem sieci trakcyjnej na stacji Stalowa Wola Rozwadów oraz linii kolejowej 565, a także montażu sieci trakcyjnej na odcinku Lublin – Stalowa Wola Rozwadów wraz z linią kolejową nr 565. Zakres tych prac spełnia wymogi szczegółowo opisane w pkt. 8.6.1 IDW. Niezależnie od powyższego Wykonawca wskazuje, że przywołane przez Zamawiającego umowy pomiędzy Wykonawcą, a INTOP Warszawa sp. z o.o. stanowiły umowę na wykonanie robót budowlanych. Wykonawca wyjaśnia, że nazwy w zawartych umowach pozostają bez znaczenia dla określenia ich faktycznego przedmiotu”.

W treści ww. pisma wykonawca Art In Energy zawarł również wyjaśnienia na temat doświadczenia personelu przewidzianego do pełnienia funkcji kierownika budowy oraz projektanta. Wraz z wyjaśnieniami zwartymi ww. piśmie wykonawca złożył poprawiony Wykaz osób przewidzianych do realizacji zamówienia, w którym uzupełniono informacje na temat doświadczenia osób przewidzianych do pełnienia funkcji kierownika budowy (uzupełniono tylko informacje na temat doświadczenia zdobytego przy realizacji projektów, które obejmowały Budowę lub Przebudowę infrastruktury kolejowej w zakresie sieci trakcyjnej)) oraz projektanta (uzupełniono tylko informacje na temat wykonywanych projektów wykonawczych)

Ponadto w ww. piśmie Odwołujący¹ wyjaśnił, że:

„A. Wykonawca spełnia warunek szczegółowy udziału w Postępowaniu określony w pkt. 8.6.1 IDW polegający na wykonaniu w terminie tam określonym wskazanych tam robót budowlanych i wykazał spełnienie tego warunku na podstawie dokumentów i oświadczeń wskazanych w pkt. 9 IDW oraz przedstawia wyjaśnienia w tym zakresie zgodnie z art. 26 ust. 4 Ustawy [punkt 1. Poniżej];

B. Wykonawca spełnia warunek szczegółowy udziału w Postępowaniu określony w pkt. 8.6.2. poz. 1 IDW dla wskazanych tam wymagań w zakresie doświadczenia dla Kierownika Budowy i przedkłada z niniejszym pismem Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia (w formie uzupełnionego załącznika nr 7 do IDW) w zakresie wynikającym w wezwania Zamawiającego **[1]** [punkt 2. poniżej];

C. Wykonawca spełnia warunek szczegółowy udziału w Postępowaniu określony w pkt. 8.6.2. poz. 2 IDW dla wskazanych tam wymagań w zakresie doświadczenia dla Projektanta i przedkłada z niniejszym pismem Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia (w formie uzupełnionego załącznika nr 7 do IDW) w zakresie wynikającym w wezwania Zamawiającego **[1]** [punkt 2. poniżej]”.

Izba ustaliła również, że Zamawiający nie wzywał Odwołującego¹ do uzupełnienia Wykazu robót budowlanych na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

KIO 1913/21

Wykonawca PKPE w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane do tego wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp nie przedstawił Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia. W następstwie powyższego Zamawiający wezwał Odwołującego² na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia ww. dokumentu, który wówczas został złożony przez Wykonawcę. W treści Wykazu osób w części B. WYKAZ OSÓB, KTÓRYMI BĘDZIE DYSPONOWAŁ WYKONAWCA I KTÓRE BĘDĄ UCZESTNICZYĆ W WYKONANIU ZAMÓWIENIA (DYSPONOWANIE POŚREDNIE) w odniesieniu do osoby Pana A. S., którego wskazano do pełnienia funkcji Projektanta brak jest informacji, iż ww. osoba nabyła doświadczenie w charakterze projektanta w zakresie kolejowej sieci trakcyjnej. W kolumnie dotyczącej zajmowanego stanowiska podano „projektant” Natomiast w kolumnie dotyczącej opisu doświadczenia ww. osoby wykonawca PKPE przytoczył tytuły projektów:

- 1) „Modernizacja konstrukcji wsporczych sieci trakcyjnej dla robót budowlanych polegających na przebudowie sieci trakcyjnej na szlakach Rytró-Piwniczna i Muszyna - Lelchów na linii kolejowej nr 96 Tarnów- Leluchów – projekt budowlany i projekt wykonawczy”;
- 2) „Modernizacji konstrukcji wsporczych sieci trakcyjnej dla robót budowlanych polegających na przebudowie sieci trakcyjnej na linii kolejowej nr 97 szlak Sucha beskidzka Lachowice oraz Lachowice-granica IZ Nowy Sącz - – projekt budowlany i projekt wykonawczy”;
- 3) „Wykonanie robót budowlanych oraz opracowanie dokumentacji projektowej dla zabudowy koryta balastowego w torze nr 1 wraz z nawierzchnią kolejową na tłuczniu oraz robotami towarzyszącymi, związanymi z poprawą bezpieczeństwa na Kolejowym Moście Gdańskim w Warszawie w ramach projektu pn.: „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na sieci kolejowej – prace na Moście Gdańskim w Warszawie” – projekt przebudowy sieci trakcyjnej – projekt budowlany oraz projekt wykonawczy”.

Izba zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 505 ust. 1 NPzp,

według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać przede wszystkim należy, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji. Natomiast według pkt 17 przepisu powołanego wyżej z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: 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.

Zaś Przepis art. 24 ust. 4 Pzp stanowi, że ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą.

Po analizie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba doszła do przekonania, że oba odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

KIO 1541/21

1. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

a) Potencjał osobowy warunek udział w postępowaniu wskazany w pkt 8.6.2 IDW

W omawianym zakresie Izba stwierdziła, że wykonawca Art In Energy nie wykazał spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu, który Zamawiający opisał w pkt 8.6.2 SIWZ. Izba stwierdziła, że treść warunku była jasna i nie budziła żadnych wątpliwości. Odwołujący Art In Energy nie wykazał spełnienia ww. warunku zarówno w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy jak i projektanta.

Nie było sporne między stronami, że w Wykazie osób przewidzianych do realizacji zamówienia Odwołujący¹, co prawda podał osoby na stanowiska kierownika budowy oraz

projektanta wskazując na posiadane przez te osoby doświadczenie przez zamieszczenie w kolumnie następujących adnotacji „Zajmowane stanowisko odpowiednio: „Projektant”, „Kierownik robót”. Co istotne, w kolumnie dotyczącej „Opis doświadczenia w poszczególnych okresach potwierdzający spełnianie warunków” wykonawca Art In Energy podał nazwy projektów, lecz z treści wykazu nie wynikały informacje niezbędne Zamawiającemu do uznania, że Wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, który został określony w pkt. 8.6.2. IDW. Otóż, w treści rzeczonoego wykazu nie podano informacji, że osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika budowy zdobyła doświadczenie na stanowisku kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Natomiast w wykazie znajdowała się jedynie informacja o tym, że osoba ta była kierownikiem robót, lecz bez podania specjalności. Ponadto w odniesieniu do doświadczenia ww. osoby brak było informacji, że wymienione projekty obejmowały budowę lub przebudowę infrastruktury kolejowej w zakresie sieci trakcyjnej. Jeśli zaś chodzi o osobę przewidzianą do pełnienia funkcji projektanta to w złożonym wykazie brakowało informacji, że osoba ta zdobyła doświadczenie na stanowisku projektanta w zakresie kolejowej sieci trakcyjnej. Zwrócenia uwagi również wymaga, że Wykonawca nie zamieścił w ww. wykazie także informacji o tym, że sporządzone dokumentacje obejmowały projekt wykonawczy.

Podkreślenia wymaga, że w zakresie opisanych braków Wykazu Odwołujący¹ był wzywany przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu o brakujące informacje. Czynność wezwania nie była kwestionowana przez Odwołującego¹ za pomocą środka ochrony prawnej w postaci odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, co może skłaniać do wniosku, że Wykonawca się z nią zgadzał, skoro nie podważał jej zasadności. Po przeanalizowaniu treści wezwania Zamawiającego z dnia 16 kwietnia 2021 r. nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że treść wezwania skierowanego do Odwołującego¹ była jasna i oczywista oraz wprost wskazywała na konkretne braki wykazu. Jednak pomimo tego Odwołujący¹ nie zastosował się do wezwania Zamawiającego i uzupełnił wykaz jedynie szczątkowo. Zamiast podać wszystkie żądane przez Zamawiającego informacje wykonawca Art In Energy podał jedynie wybrane. W odniesieniu do kierownika budowy wykonawca nie uzupełnił wykazu osób o informację, że osoba dedykowana na to stanowisko zdobyła doświadczenie na stanowisku kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Analogiczna sytuacja miała miejsce w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisku projektanta, tj. Wykonawca nie zawarł w wykazie informacji, iż osoba dedykowana na to stanowisko zdobyła doświadczenie na stanowisku projektanta w zakresie sieci trakcyjnej.

Izba nie podziela zapatrywań Odwołującego, że brak było możliwości wpisania żądanych przez Zamawiającego do treści wykazu z uwagi na jego specyficzne ukształtowanie przez Zamawiającego. Przeczy temu dowód w postaci wykazu złożonego przez Zamawiającego, pochodzącego od wykonawcy Strabag, w którego treści wykonawca wpisał wszystkie żądane przez Zamawiającego informacje. Izba za przekonujące i racjonalne uznała wyjaśnienia Zamawiającego, który stwierdził, że nie miało dla niego większego znaczenia, w którym miejscu wykazu Wykonawca podałyby wymagane informacje, bowiem istotnym było, aby one w wykazie się znalazły, jako wymagane do potwierdzenia spełnienia postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Tymczasem ich brak należy kwalifikować, jako brak wykazania przez Odwołującego1 spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba nie zgadza się również z twierdzeniami jakoby z faktu uprawnień posiadanych uprawnień można było wywieść spełnienie postawionego warunku udziału w postępowaniu.

Powracając na grunt rozpoznawanej sprawy w aspekcie możliwości wystosowania do Odwołującego kolejnego wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp to Izba wskazuje, że zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Izby wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp ma charakter jednokrotnego. Tym samym na gruncie omawianej sprawy nie ma już możliwości ponownego uzupełnienia Wykazu osób przewidzianych do realizacji zamówienia o brakujące informacje, które nie zostały przez Odwołującego1 podane w odpowiedzi na pierwotne wezwanie z dnia 16 kwietnia 2021 r. Z tych względów Izba stwierdziła, że Zamawiający był w pełni uprawniony do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z uwagi na brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 8.6.2 SIWZ i uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

b) Doświadczenie – warunek udziału w postępowaniu wskazany w pkt 8.6.1. IDW

Analiza zarzutów odwołania w kontekście zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego doprowadziła Izbę do przekonania, że Odwołujący1 nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który został opisany w pkt 8.6.1. SIWZ. W omawianym zakresie Izba podzieliła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego oraz Przystępujących, iż doświadczenie wskazane przez Odwołującego1 jest niewystarczające do wykazania spełnienia ww. warunku postanowionego przez Zamawiającego w ramach prowadzonego postępowania.

Izba stwierdziła, że sformułowany przez Zamawiającego w pkt 8.6.1 SIWZ warunek udziału w postępowaniu jednoznacznie wskazywał, że wykonawca miał wylegitymować się doświadczeniem w wykonaniu, co najmniej 2 robót budowlanych, każda wykonana w ramach jednej umowy, na zakres, których składają się Budowa lub Przebudowa sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi (...) Wobec tak określonego warunku Izba za trafny uznaje pogląd, iż w takim przypadku po pierwsze, wykonawca powinien wykonać dwie roboty budowlane w ramach dwóch umów, bowiem, każda robota miała być wykonana w ramach odrębnej umowy. Po drugie Izba zwraca uwagę, że skoro przedmiotem doświadczenia wykonawcy ma być wykonanie robót budowlanych polegających na budowie i przebudowie to wydaje się oczywistym, że w takiej sytuacji umową powinna być umową o roboty budowlane nawet, jeśli zamawiający tego literalnie nie wskazał w IDW.

Powracając do dokumentów złożonych przez Odwołującego¹ wskazać należy, że w złożonym Wykazie robót budowlanych sporządzonym według wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do IDW w pkt 1 powołał się on na roboty, które wykonywał, jako podwykonawca na rzecz firmy INTOP Warszawa Sp. z o.o. Odwołujący złożył również referencję z dnia 28.12.2020 r. wydaną przez tego wykonawcę, w treści której stwierdzono m. in., że Odwołujący¹ był podwykonawcą INTOP dla zadania inwestycyjnego w ramach zawartych nr 1, 7 i 8 a jego firma „zarządzała i sprawowała nadzór nad realizacją branży sieci trakcyjnej, dostarczyła materiał do budowy sieci trakcyjnej oraz wykonała prace budowlane wykorzystując swoje zasoby sprzętowe wraz z personelem w związku z realizacją zdania inwestycyjnego”. Z ustaleń Izby wynika, że umowa nr 1 dotyczy zarządzania i sprawowania i nadzoru nad branżą sieć trakcyjna i została zawarta 29 maja 2017 r., umowa nr 7 dotyczy dostawy materiałów przez Odwołującego na rzecz INTOP Warszawa Sp. z o.o. i została zawarta w dniu 9 września 2017 r., zaś przedmiot umowy nr 8 zawartej również w dniu 9 września 2017 r. został określony jako najem sprzętu wraz z pracownikami.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że doświadczenie uzyskane przez Odwołującego¹ nie może być uznane za spełniające warunek udziału w postępowaniu, ponieważ, po pierwsze, zostało zdobyte nie w ramach jednej umowy a trzech. Izba nie znajduje żadnych podstaw, aby uznać za uzasadnione stanowisko Odwołującego¹, że wszystkie te trzy umowy, które obejmują dostawę, usługę i najem zakwalifikować, jako jedną umowę o roboty budowlane. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że każda z tych umów jest odrębna i samodzielnie funkcjonującą w obrocie prawnym.

Odnosząc się zaś do argumentacji, iż bez względu na nazewnictwo umowę nr 8 można uznać za robotę budowlaną to Izba podobnie jak Zamawiający stoi na stanowisku, że

z treści tej umowy nie wynika, że w wyniku jej zawarcia Odwołujący¹ realizował prace wskazane w pkt 1 wykazu i zdobył wymagane przez Zamawiającego doświadczenie.

W tym miejscu należy wskazać, że również w treści dowodu złożonego przez Odwołującego¹ na rozprawie w postaci oświadczenia firmy INTOP Warszawa Sp. z o.o. wynika, że doświadczenie zdobyte przez Odwołującego¹ zostało oparte na więcej niż jednej umowie, ponieważ w treści posłużono się określeniem „oświadczam, że w ramach zawartych przez nas umów z Art In Energy”.

Podsumowując Izba stwierdziła, że Odwołujący¹ nie wykazał spełnienia warunku udział w postępowania dotyczącego doświadczenia, który został opisany w pkt 8.6.1. IDW. Biorąc pod uwagę powyższe, pomimo, że Izba stwierdziła, iż Odwołujący¹ nie wykazał spełnienia warunku udział w postępowania dotyczącego doświadczenia, który został opisany w pkt 8.6.1. IDW i przed wykluczeniem wykonawcy z postępowania powinna być zastosowana procedura wskazana w pkt 26 ust. 3 Pzp polegająca na wzywaniu Odwołującego¹ przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia Wykazu robót budowlanych. Jednak z uwagi na to, że Izba potwierdziła zasadność wykluczenia Odwołującego¹ z postępowania wskazana w zarzucie nr 3 odwołania i uznania jego oferty za odrzuconą to brak jest podstaw do zastosowania procedury opisanej w art. 26 ust. 3 Pzp.

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

Izba uznała, że zgłoszony zarzut potwierdził się. W omawianym zakresie Izba przyznała rację Odwołującemu¹, który podpierając się orzecznictwem Izby wskazywał na naruszenie ww. przepisu. Izba prezentuje pogląd, że nie można uznać, że wykonawca przekazał informację nieprawdziwą, polegającą na tym, że nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Izba wskazuje, że Odwołujący¹ zasadnie zauważył, że interpretacja spełnienia warunków udziału w postępowaniu, różna w zależności od osiągnięcia zamierzonego celu, nie może być przesłanką do czynienia Odwołującemu¹ zarzutów, skutkujących wykluczeniem z postępowania. Jednak potwierdzenie się ww. zarzutu nie może prowadzić do uwzględnienia odwołania z uwagi na oddalenie zarzutu z pkt 3 odwołania, skutkiem, którego jest potwierdzenie prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na prawidłowym wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Zgodnie z art. 557 NPzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 NPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

W związku z tym Izba kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1541/21 zgodnie z art. 575 NPzp oraz § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 lit. a) i pkt 2 lit. b) oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. Z 2020 r. poz. 2437) w kwocie 23 600 zł, na którą składał się koszt wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego - obciążyła Odwołującego, jako stronę przegrywającą.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

KIO 1913/21

1. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp

Po dokonaniu analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba uznała, że zgłoszony przez Odwołującego² zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp nie potwierdził się.

Izba wskazuje, że w odniesieniu do wykonawcy PKP Energetyka Zamawiający uznał, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 8.6.2. SIWZ w odniesieniu do osoby projektanta. Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego z następujących względów.

Przede wszystkim przypomnieć należy, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Sposób ukształtowany tego przepisu prowadzi prostego wniosku, że obowiązkiem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu ustawodawca obciążył wykonawcę. Oznacza to, że to na nikim innym jak tylko właśnie na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania Zamawiającemu tego, że spełnia postawione przez niego warunki udziału w

postępowaniu. W innym przypadku, to znaczy takim, gdy wykonawca nie wykaże postawionych warunków powołany przepis obliguje Zamawiającego wykluczenia takiego wykonawcy z prowadzonego postępowania.

W rozpoznawanej sprawie Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji projektanta, bowiem podał, że osoba ta zajmowała stanowisko projektanta, lecz bez wskazania, jakiej specjalności, podczas, gdy Zamawiający w opisie warunku wprost wymagał podania tego rodzaju informacji. Zwrócenia uwagi wymaga, że w treści wykazu osób Odwołujący² nie podał wszystkich wymaganych informacji niezbędnych do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem w odniesieniu do doświadczenia projektanta nie wskazał zakresu specjalności a ograniczył się jedynie do podania stanowiska oraz nazw projektów. W tym miejscu należy odwołać się do brzmienia warunku udziału w postępowaniu treścią, którego Zamawiający wymagał, aby osoba ta posiadała doświadczenie, tj. opracowała w charakterze projektanta w zakresie kolejowej sieci trakcyjnej, co najmniej dwie dokumentacje projektowe dla robót budowlanych polegających na Budowie lub Przebudowie sieci trakcyjnej.

Izba uznała za nietrafną argumentację Odwołującego², który w odpowiedzi na stanowisko Zamawiającego stwierdził, że miał swobodę w wypełnieniu wykazu i podane przez niego informacje są wystarczające do uznania, że spełnia wskazany warunek udziału w Postępowaniu. Izba podziela wątpliwości Zamawiającego, co do tego, czy osoba wskazana do pełnienia tej funkcji posiada odpowiednie doświadczenie, ponieważ nie został przez Odwołującego dowiedzione ponad wszelką wątpliwość, iż Pan A. S. pełniąc funkcję projektanta w zakresie zadań wskazanych w wykazie nabył doświadczenie projektanta w zakresie kolejowej sieci trakcyjnej. Izba stwierdziła, że jedynie z samej nazwy projektu nie sposób wywieść, że osoba ta pełniła zdobyła odpowiednie doświadczenie, bowiem z informacji zawartych w wykazie nie wynikają okoliczności, na które powoływał się Odwołujący, tj., że sporządzoną dokumentacja obejmowała tylko jedną branżę. Przystępujący w toku rozprawy nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów. Natomiast z dowodów przedstawionych przez Zamawiającego wynika, że w ramach wykonania jednego projektu można nabyć doświadczenie w różnych zakresach i specjalnościach. Jeśli zaś chodzi o zawarte w odwołaniu zrzuty z fragmentów dokumentacji to przede wszystkim zwrócenia uwagi wymaga, że dotyczą one jedynie tytułu rysunku „Plan sytuacji sieci trakcyjnej” i nie dowodzą tezy postawionej przez Odwołującego².

Zauważenia również wymaga, że Odwołujący² w odniesieniu do innego stanowiska tj. kierownika budowy w tym samym złożonym wykazie nie ograniczył się jedynie do podania stanowiska oraz nazwy projektu, ale dokonał odpowiedniego opisu pełnionej funkcji natomiast w odniesieniu do osoby projektanta takiego opisu zabrakło, skutkiem, czego było zasadne uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący² nie wykazał w sposób dostateczny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który został opisany w pkt 8.6.2. SIWZ.

Izba podzieliła zapatrywania Przystępującego Strabag odnoszące się do konieczności dochowania przez wykonawcę mierniku należytej staranności, który jest podwyższony względem przedsiębiorców, którzy w szczególności są zobowiązani do starannego działania, którego w tym przypadku wykonawcy zabrakło.

Z uwagi na to, iż Odwołujący² był już wzywany przez Zamawiającego do uzupełnienia Wykazu osób przewidzianych do realizacji zamówienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp to brak jest możliwości kolejnego wystosowania do niego takiego wezwania. Oznacza to, że zasadnie Zamawiający uznał, że wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp a jego ofertę uznał za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

Zgodnie z art. 557 NPzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 NPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

W związku z tym Izba kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1913/21 zgodnie z art. 575 NPzp oraz § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 lit. a) i pkt 2 lit. b) oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) w kwocie 23 600 zł, na którą składał się koszt wpis od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego - obciążyła Odwołującego, jako stronę przegrywającą.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: