

Sygn. akt: KIO 283/24

WYROK

Warszawa, dnia 20 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel-Kowalczyk

Członkowie: Emil Kuriata

Luiza Łamejko

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 15 lutego 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 stycznia 2024 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie

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

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, Trakcja System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu jako I.1.1), I.1.2) lit. a) oraz I.1.3) lit. a) i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddać

3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w części 2/5 oraz uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcę Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w części 3/5 i
 - 1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 17 zł (słownie: siedemnaście złotych) poniesioną przez zamawiającego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez uczestnika Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 1.2. zasądza od uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na rzecz odwołującego Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie kwotę 14 160 zł (słownie: czternaście tysięcy sto sześćdziesiąt złotych) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 1.3. zasądza od odwołującego Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „Pzp”), pn. pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 97 na odcinku Żywiec – Sucha Beskidzka” realizowanego w ramach projektu pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 97 na odcinku Żywiec – Sucha Beskidzka, numer referencyjny: 9090/IREZA3/02597/01189/23/P, PZ.292.436.2023. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17.03.2023 r. pod numerem 2023/S 055-162109.

W dniu 26 stycznia 2024 r. odwołanie w postępowaniu wniósł wykonawca STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z ustawą Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego dotyczących badania i oceny ofert, w tym wyboru oferty wykonawcy Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia oferty Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. pomimo, że oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że wykonawca Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- I.1.1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o., a w konsekwencji jej wybór jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta ta powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego, gdyż została złożona przez Wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania w związku z wystąpieniem ustalonych przez Zamawiającego podstaw wykluczenia wskazanych w 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp;
- I.1.2) naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił wraz z ofertą nieprawdziwe informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, tj.:

- a) informacje zawarte w oświadczeniu JEDZ Swietelsky AG wprowadzające w błąd Zamawiającego, zgodnie z którymi Swietelsky AG nie zawarł z innymi wykonawcami porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji,
 - b) informacje zawarte w oświadczeniu JEDZ PGE Energetyka S.A. wprowadzające w błąd Zamawiającego, zgodnie z którymi PGE Energetyka S.A. nie doradzała Zamawiającemu ani nie była w inny sposób zaangażowana w przygotowanie postępowania;
- I.1.3) naruszenie art. 119 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę, że wobec podmiotów udostępniających spółce Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. zasoby nie zachodzą przesłanki wykluczenia:
- a) określone w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 109 ust.1 pkt 8 i 10 Pzp pomimo, że wbrew oświadczeniu JEDZ Swietelsky AG brał udział w porozumieniach mających na celu zakłócenie konkurencji,
 - b) określone w art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 85 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp pomimo, że wbrew oświadczeniu JEDZ PGE Energetyka S.A. doradzała lub w inny sposób była zaangażowana w przygotowanie niniejszego postępowania;
- I.1.4) na wypadek nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1 lub 2 powyżej naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z pkt 8.2.4. i 8.6.2. IDW SWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. wobec niespełniania przez Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym - sprzętem wskazanym w pkt 8.6.2. ppkt 3 lit. b, d, f, g i h IDW SWZ;
- I.1.5) naruszenie art. 16 pkt 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i w konsekwencji wybór oferty Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. niezgodnie z przywołanymi wyżej przepisami Pzp.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu,

- 3) wykluczenia wykonawcy Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie oferty Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o.,
- 4) uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów Postępowania, dowodów załączonych do odwołania oraz ewentualnych dowodów złożonych na rozprawie przed KIO.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 97 na odcinku Żywiec – Sucha Beskidzka” realizowanego w ramach projektu pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 97 na odcinku Żywiec – Sucha Beskidzka. W dniu 16.01.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, czym naruszył przepisy wskazane w zarzutach odwołania.

Dalej Odwołujący podał, że w Tomie I SWZ – IDW pkt 8.1 Zamawiający określił warunki, jakie muszą spełniać Wykonawcy. Zgodnie z pkt. 8.1. IDW:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, wobec których brak jest podstaw do wykluczenia z Postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1-6 oraz art.108 ust. 2 Ustawy, z wyłączeniem przesłanek określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h) i art. 108 ust. 1 pkt 2 Ustawy, jeżeli osoba, o której mowa tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h) Ustawy (podstawy wykluczenia obligatoryjne), a także Wykonawcy wobec których brak jest podstaw do wykluczenia z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10 Ustawy (podstawy wykluczenia fakultatywne), art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (t.j. Dz.U. 2023 poz. 129 ze zm.) oraz art. 5 k Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 229, str. 1 z późn. zm.), spełniający zarazem warunki udziału w Postępowaniu określone w pkt 8.2 IDW.”

Odwołujący podnosił, że Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania m. in. na skutek naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP. Odwołujący swoje stanowisko argumentował w następujący sposób: Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. w formularzu oferty pkt 11 oświadczył, iż wykazując spełnianie warunków, o których mowa w

art. 57 ust. 2 Ustawy, będzie polegać na zasobach dwóch podmiotów, w tym m.in. Swietelsky AG (na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 i 2 Ustawy). W pkt 12 formularza oferty Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. oświadczył, że zamówienie zrealizuje z udziałem podwykonawcy Swietelsky AG, polegając na zasobach tej Spółki. Zakres podwykonawstwa realizowanego przez Swietelsky AG został wskazany w formularzu ofertowym, pkt 12 lit a wiersz drugi tabeli – wynajęcie udostępnionego sprzętu dla robót torowych. W wyjaśnieniach z dnia 29.08.2023 r. Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. wskazał, że sprzęt udostępniony przez Swietelsky AG jako zasób: automatyczna podbijarka toru, stabilizator dynamiczny toru oraz zgrzewarka do szyn z komputerowym rejestratorem procesu zostaną udostępnione na podstawie umowy podwykonawczej na potrzeby prowadzenia przez Wykonawcę – Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. robót budowlanych branży torowej z użyciem tego sprzętu. Dalej Odwołujący przytoczył postanowienia Tomu I SWZ- IDW pkt 3.3.1 w którym Zamawiający zawarł wymogi dotyczące podmiotów udostępniających zasoby: *„Zamawiający będzie oceniał, czy udostępniane Wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w Postępowaniu oraz badał, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w:*

art. 108 ust. 1 pkt 1-6 oraz art. 108 ust. 2 Ustawy, z wyłączeniem podstaw określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h) i art. 108 ust. 1 pkt 2 Ustawy w zakresie przestępstwa określonego w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h) Ustawy (podstawy wykluczenia obligatoryjne), oraz w art. 109 ust. 1 pkt 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10 Ustawy (podstawy wykluczenia fakultatywne).

Ponadto Odwołujący wskazał, że w Jednolitym Europejskim Dokumentie Zamówienia każdy z wykonawców, jak i podmioty udostępniające swoje zasoby zobowiązani byli do udzielenia odpowiedzi m.in. na następujące pytanie: „Czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji?”. W instrukcji wypełniania JEDZ, zamieszonej na stronie internetowej UZP wskazano: *„W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie co do nieuprawnionego porozumienia, zawartego przez niego w tym bądź innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które to porozumienie prowadzi do zakłócenia uczciwej konkurencji. Mocą art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ustawodawca wprowadził obligatoryjną przesłankę do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o*

dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.”

Odwołujący podniósł, że Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. wraz z ofertą złożył oświadczenie JEDZ podmiotu na zasobach którego polega, tj. Swietelsky AG (zał. nr 8 i 8a do formularza ofertowego), który na pytanie, czy zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji (*Has the economic operator entered into agreements with other economic operators aimed at distorting competition?*), udzielił odpowiedzi „Nie”. W ocenie Odwołującego, powyższe oświadczenie nie polegało na prawdzie. Swietelsky AG, a tym samym Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. zataili przed Zamawiającym, że Swietelsky AG zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji, co zostało stwierdzone przez Wyższy Sąd Krajowy w Wiedniu w decyzji z 27.03.2023 r. Tym samym spółki zataiły przed Zamawiającym informację, że wobec Swietelsky AG zachodzą obligatoryjne podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. Dalej Odwołujący podniósł, że jak wynika z informacji Federalnego Urzędu do spraw Konkurencji w Austrii z 03.10.2023 r., tj. informacji sprzed złożenia oferty przez Swietelsky Rail Polska sp. z o.o., Wyższy Sąd Krajowy w Wiedniu, jako sąd kartelowy pierwszej instancji, na wniosek Federalnego Urzędu Ochrony Konkurencji, orzeczeniem z dnia 27.03.2023 r. (sygn. akt 25 Kt 10/22s) nałożył na Swietelsky AG, C. Peters Baugesellschaft m.b.H. i Kontinentale Baugesellschaft m.b.H. karę w wysokości 27,15 mln euro. Jak wskazano w komunikacie Urzędu powodem nałożenie kary pieniężnej były jednolite i ciągłe naruszenia zakazu porozumień kartelowych. Sąd Kartelowy orzekł, że Swietelsky zgodnie z § 1 ust. 1 ustawy kartelowej (KartG) oraz art. 1 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej uczestniczył w porozumieniach antykonkurencyjnych, podziałach rynków oraz wymianie z konkurentami informacji wrażliwych z punktu widzenia konkurencji w związku z publicznymi i prywatnymi przetargami w branży budownictwa kubaturowego i inżynierii lądowej w wielu regionach Austrii w okresie co najmniej lipca 2022 do października 2017 r.

Odwołujący podkreślił, iż w niniejszym postępowaniu obowiązkiem wykonawców jak i podmiotów udostępniających zasoby było wskazanie, czy wobec któregoś z nich miał miejsce fakt zawarcia porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji. Pomimo zaistnienia okoliczności, o których mowa w pytaniu JEDZ (art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP) podmiot udostępniający, tj. spółka Swietelsky AG udzielił odpowiedzi nie, co jest niezgodne z prawdą. Zataił tym samym informacje, które zobowiązany był ujawnić składając oświadczenie w postępowaniu. Odwołujący zaznaczył, iż jednocześnie informacje wprowadzające w błąd przedstawił Zamawiającemu Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o., co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Wobec Swietelsky Rail

Polska Sp. o.o. wystąpiła tym samym przesłanką wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, a co najmniej z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. W okolicznościach niniejszej sprawy, zważywszy na powiązania Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. i Swietelsky AG zasadnym jest zarzut zamierzonego wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Chodzi o błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie przyjmuje się, że błędem jest rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości zamawiającego – *vide*: wyrok KIO z 2.11.2017 r., KIO 2007/17, 2014/217.

Dalej Odwołujący wskazał, że przy ocenie informacji uzyskanych od podmiotu udostępniającego zasoby wykonawcę obowiązuje taki sam miernik staranności jak przy weryfikowaniu informacji własnych. W tym miejscu przywołał wyrok KIO 620/21 z 26.03.2021 r., wyrok KIO 1576/19 z 27.08.2019 r. Odwołujący przywołał również wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z 30.03.2023 r., wydany w sprawie o sygn. XXIII Zs 5/23.

Odwołujący podnosił, iż Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. i Swietelsky AG są podmiotami wchodzącymi do jednej grupy kapitałowej. Jak wynika z odpisu z KRS Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o., Swietelsky AG jest jedynym wspólnikiem Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. w jego ocenie, już sam ten fakt potwierdzał, że przekazanie Zamawiającemu przez Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. wraz z ofertą oświadczenia JEDZ spółki Swietelsky AG zawierającego informacje wprowadzające w błąd, nastąpiło w wyniku zamierzonego działania, a co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. Powyższa nieprawdziwa informacja miała istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, iż w niniejszej sprawie informacje przedstawione przez Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Dotyczą one bowiem obligatoryjnych przesłanek wykluczenia. Odwołujący w ślad za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z 30.03.2023 r., XXIII Zs 5/23, podnosi, że samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia. Spełniona bowiem zostaje przesłanka, o której mowa w dalszej części przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, tj. potencjalna możliwość wywierania istotnego wpływu na decyzje Zamawiającego, dla spełnienia tej przesłanki wystarczająca jest sama możliwość wywierania wpływu na zachowanie Zamawiającego. W doktrynie przyjmuje się, że rażące niedbalstwo to kwalifikowana postać winy nieumyślnej zakładająca, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z celowym działaniem – *vide*: J.P., Prawo

zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2019 r. Dokonując oceny, czy dany podmiot powinien przewidzieć stosowne skutki, przyjmuje się wzorzec osoby działającej z należytą starannością, w sposób profesjonalny, rzetelny i uczciwy (art. 355 k.c.). Należy zakładać, że Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. jak i spółka matka powinny co najmniej liczyć się ze skutkami swoich działań. Aktem staranności jest zadośćuczynienie obowiązkowi przedstawiania Zamawiającemu informacji opartych na prawdzie, rzetelnych i znajdujących potwierdzenie w faktach. Spełnienie tych warunków pozwala Zamawiającym na dokonanie wyboru wykonawcy, który gwarantuje należyte wykonania zamówienia zgodnie z warunkami postępowania.

Odwołujący podkreślił, że jak wynika z powyższego, zatajenie informacji – wprowadzenie Zamawiającego w błąd - nastąpiło w warunkach zamierzonego działania. Nie sposób przyjąć, by profesjonalny wykonawca od lat działający na rynku zamówień publicznych nie miał wiedzy o okolicznościach odnoszących się do swojej spółki matki ani nie miał wiedzy o konsekwencjach zatajenia komentowanych informacji. Nawet gdyby przyjąć, że Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. nie działał w bezpośrednim zamiarze wprowadzenia Zamawiającego w błąd, to już w pełni zasadny byłby zarzut rażącego niedbalstwa.

Odwołujący stwierdził, że przyjęcie działania Wykonawcy w warunkach rażącego niedbalstwa „konsumuje” jednocześnie przesłanki wykluczenia wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP.

Dalej Odwołujący podkreślił, iż zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o., tj. zarzut dotyczący naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP aktualizuje się nie tylko w związku z oświadczeniem JEDZ złożonym przez Swietelsky AG, ale również innego podmiotu na zasobach, którego wykonawca ten polega w niniejszym postępowaniu. Odwołujący podał, że w niniejszym postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, tj. III.1.3) ppkt 3 lit. f i g (palownica oraz pociąg sieciowy) Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. polegał na potencjale podmiotu trzeciego – Electren S.A. W toku weryfikacji dokumentów podmiotowych w związku z niemożnością przedstawienia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia Elekren S.A. Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. zastąpił ten podmiot spółką PGE Energetyka Kolejowa S.A., która zobowiązała się oddać powyższe zasoby na potrzeby realizacji zamówienia na podstawie umowy podwykonawczej. Jednocześnie też wraz z dokonaną zamianą podmiotu udostępniającego PGE Energetyka Kolejowa S.A. złożyła dokument JEDZ wymagany w postępowaniu. W zakresie pytania dotyczącego przesłanki wykluczenia określonej w art. 108 ust. 1 pkt 6 PZP w Sekcji C części III JEDZ podmiot ten udzielił odpowiedzi przeczącej.

Odwołujący stwierdził, iż informacja ta jest niezgodna z prawdą. Przedmiot zamówienia obejmuje elementy powiązane z sieciami i urządzeniami będącymi własnością PGE Energetyka S.A. Jednocześnie też dokumenty opracowane przez ten podmiot stanowią element opisu przedmiotu niniejszego zamówienia (np. schematy sekcjonowania sieci trakcyjnej, karty inwentaryzacji fundamentów pod słupy sieciowe). Faktycznie więc PGE Energetyka S.A. brała udział w przygotowaniu postępowania.

Odwołujący dokonując analizy przepisów podniósł, że zgodnie z art. 108 ust 1 pkt 6 PZP z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W art. 85 ust. 1 PZP wskazano, że jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

Konstrukcja powyższych przepisów, podobnie jak pytanie w JEDZ zmierza do tego, aby to wykonawca, który składa ofertę, a także podmiot na zasobach którego polega oświadczył, czy był zaangażowany w przygotowanie postępowania i czy w związku z tym zachodzi przesłanka wykluczenia z powodu zakłócenia konkurencji. Przesłanka wykluczenia z art. 108 ust 1 pkt 6 ustawy PZP zawiera w sobie domniemanie zakłócenia konkurencji spowodowanego wcześniejszym udziałem w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Udział ten jest szeroko rozumiany i oznacza wszelkie formy wsparcia Zamawiającego na etapie przygotowania postępowania, które następnie przekładają się na dokumentację wszczętego postępowania.

Odwołujący podkreślił, iż samą ocenę wystąpienia przesłanki wykluczenia należy odróżnić od sposobu odpowiedzi na pytanie zawarte w sekcji C części III JEDZ. Z uwagi na to, że pytanie w JEDZ nie referuje wprost do brzmienia przesłanki (zakłócenie konkurencji) a pyta

czy wykonawca lub przedsiębiorstwo było zaangażowane w przygotowanie zamówienia to zachodzi konieczność obiektywnego wskazania w dokumencie JEDZ czy taki udział miał miejsce czy nie. Zamawiający mając na uwadze przepis art. 85 ustawy PZP po zaznaczeniu przez wykonawcę odpowiedzi „TAK” powinien podjąć działania w celu wyeliminowania spowodowanego tym zakłócenia konkurencji, a przed wykluczeniem powinien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień i udowodnienia braku takiego zakłócenia. W realiach niniejszego postępowania w zakresie podmiotu trzeciego PGE Energetyka S.A. zatajono udział w przygotowania w postępowania, nie podano żadnych szczegółowych informacji o tym zaangażowaniu. Nie dano tym samym Zamawiającemu szansy podjęcia działań o których mowa w art. 85 ust. 1 i 2 Pzp. Tym samym przyjąć należy, że doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, której gwarantem miały być komentowane przepisy.

Odwołujący podsumował, iż z uwagi na powyższe okoliczności wobec Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. aktualizują omówione wyżej przesłanki wykluczenia wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. Wiedząc o zaangażowaniu PGE Energetyka S.A. w przygotowanie postępowania Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. posłużył się zobowiązaniem oraz złożył dokument JEDZ tego podmiotu zawierający nieprawdziwe informacje mające istotny wpływ na wynik postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu zobowiązani byli zapoznać się z dokumentami postępowania. Skoro ich częścią były dokumenty opracowane przez PGE Energetyka S.A. (i oznaczone firmą tego podmiotu), to nie sposób przyjąć potencjalnej „nieświadomości” Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. co do faktycznego udziału podmiotu udostępniającego w przygotowanie postępowania.

Odwołujący podkreślił, iż istotą podania nieprawdziwych informacji jest wykreowanie u Zamawiającego przekonania, że dane okoliczności nie miały miejsca, podczas, gdy w rzeczywistości było inaczej. Podając nieprawdziwe informacje w dokumentach JEDZ, wykonawca Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. podał obiektywnie informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co do okoliczności związanych z zaangażowaniem podmiotu udostępniającego w przygotowanie postępowania, co miało istotny wpływ na dalsze decyzje podjęte przez Zamawiającego. Na podstawie informacji zawartych w JEDZ Zamawiający podejmuje decyzję, czy w stosunku do wykonawcy istnieją przesłanki do wykluczenia go z postępowania. Zamawiający opierając się na treści oświadczenia z Części III lit. C) JEDZ mógł uznać, iż wobec wykonawcy nie istnieją podstawy do wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp. W rzeczywistości jednak takie podstawy potencjalnie istniały i wymagały zbadania przez Zamawiającego. Decydujący dla ustalenia wpływu na decyzje Zamawiającego jest moment składania nieprawdziwych informacji, a nie skutek, jaki powodują one po zapoznaniu się z nimi przez Zamawiającego.

Dalej Odwołujący podkreślił, iż w Części III sekcji C JEDZ należy odpowiedzieć na pytanie czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzało instytucji zamawiającej bądź czy było w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia. Pytanie w JEDZ odnosi się do podania przez wykonawcę precyzyjnej informacji odnośnie bezpośredniego lub pośredniego zaangażowania wykonawcy w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca ma zatem udzielić odpowiedzi "tak" lub "nie". Za nieuprawnioną uznać należy interpretację, iż to wykonawca udzielając odpowiedzi sam weryfikuje przesłanki i taka weryfikacja i ocena determinują odpowiedź na pytanie zawarte w JEDZ. Taka wykładania nie znajduje oparcia w przepisach ustawy PZP, w tym m.in. w 85 ust. 1 i 2 Pzp, z którego wynika, że przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania sposób zapewnienia konkurencji. Gdyby kompetencje do oceny podstaw wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp przypisać wykonawcy i na tej podstawie determinować odpowiedź na pytanie w Części III sekcja C JEDZ w zakresie zaangażowania w przygotowanie postępowania, wówczas za zbędną uznać należałoby regulację wskazaną w art. 85 ust. 1 czy 2 Pzp. Tym samym, zarówno wykładania literalna, celowościowa i funkcjonalna omawianych przepisów uzasadnia przyjęcie, iż obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie zero jedynkowej odpowiedzi na pytanie dotyczące zaangażowania w przygotowanie postępowania, nie zaś samodzielna ocena przez wykonawcę – podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 4.03.2021r. KIO 460/21.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w zakresie podstaw wykluczenia Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP w związku z wprowadzeniem w błąd Zamawiającego co do zaangażowania PGE Energetyka S.A. w przygotowanie postępowania aktualna pozostaje argumentacja odwołującego przedstawiona w uzasadnieniu zarzutów dotyczących wprowadzenia w błąd w związku z dokumentem JEDZ Swietelsky AG. W ocenie Odwołującego, w realiach niniejszej sprawy nie budziło wątpliwości, że informacje przedstawione Zamawiającemu były nieprawdziwe i wprowadzające w błąd. Gdyby nie niniejszej odwołanie doszłoby do skutecznego wprowadzenia w błąd Zamawiającego.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący wskazał, że w realiach niniejszej sprawy nie zachodzą podstawy zastosowania przepisu art. 122 PZP i przywołał wyrok KIO z 2.08.2022r. KIO 1854/22.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. nie dysponuje potencjalnemu niezbędnym do wykonania zamówienia, a skutkiem naruszenia art. 119 PZP

doszło do nieprawidłowej oceny podstaw wykluczenia, jakie wystąpiły wobec Swietelsky AG i PGE Energetyka S.A.

W dniu 13 lutego 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której, wskazał, że ma zamiar częściowo uwzględnić zarzuty odwołania w zakresie zarzutów określonych w pkt 1) odwołania, pkt 2) lit. a) odwołania, pkt 3 lit. a) odwołania, pkt 4 odwołania w odniesieniu do niespełniania przez Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym - sprzętem wskazanym w pkt 8.6.2. lit. b), d) oraz h) IDW SWZ i w tym zakresie odstąpił od przedstawienia stanowiska, w pozostałej części wnosił o oddalenie odwołania i przedstawił w tym zakresie argumentację na poparcie własnego stanowiska.

Ponadto w dniu 12 lutego 2024 r. wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej pismo procesowe uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego Swietelsky Rail Polska sp. z o.o., w którym Wykonawca wniósł o oddalenie odwołania oraz przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

Na rozprawie złożył pismo procesowe Odwołujący w którym polemizował ze stanowiskiem Swietelsky Rail Polska i wnosił o uwzględnienie odwołania.

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia w tym całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę odpowiedź na odwołanie, pisma procesowe, oświadczenia i stanowiska wyrażone przez strony oraz uczestnika postępowania, w tym w trakcie posiedzenia i rozprawy w dniu 15 lutego 2024 r., Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Pzp), tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 Pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej zwany Swietelsky lub Przystępujący).

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego zgłosili skuteczne przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, Trakcja System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Na posiedzeniu Zamawiający oświadczył, iż uwzględni w części zarzuty odwołania tj. zarzuty oznaczone w odwołaniu jako I.1.1), I.1.2) lit. a) oraz I.1.3) lit. a). Przystępujący, zgodnie z art. 523 ust. 1 i 2 Pzp, oświadczył, iż wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez w części odwołania Zamawiającego.

Odwołujący podtrzymał pozostałe (nieuwzględnione) zarzuty odwołania.

Wobec powyższego, stosownie do art. 523 ust. 3 Pzp, odwołanie w całości podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W zakresie podniesionych zarzutów w obu sprawach Izba ustaliła następujący stan faktyczny istotny dla rozpoznania sprawy:

W postępowaniu złożyło oferty 11 wykonawców, wśród nich Odwołujący i Przystępujący.

W złożonej ofercie Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. wskazał, iż wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 57 ust. 2 Pzp, będzie polegać na zasobach następujących podmiotów (na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 i 2 Ustawy): SWIETELSKY AG z siedzibą Linz, Austria oraz ELECTREN Sociedad Anonima z siedzibą w Madrycie, Hiszpania (reprezentowana przez ELECTREN S.A. Oddział w Polsce). W odniesieniu do SWIETELSKI AG Przystępujący wskazał, że zamierza korzystać z jego zasobów w zakresie wynajęcia udostępnionego sprzętu dla robót torowych. Wraz z ofertą Przystępujący złożył m.in. Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) dla SWIETELSKI AG. W części III C

tego dokumentu dot. podstaw wykluczenia w odpowiedzi na pytanie: *Czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji?* SWIETELSKY AG udzielił odpowiedzi *NIE*. Oświadczenie zostało złożone w dniu 4.08.2023 r.

W dniu 24 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. w trybie art. 126 ust. 2 do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych a w przypadku polegania przez Wykonawcę na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby – do złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie pkt 9.7.1÷ 9.7.3 oraz pkt 9.7.5 IDW dotyczących tych podmiotów.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie złożył m.in. oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ dla SWIETELSKY AG datowane na 31.08.2023 r.

W toku badania i oceny złożonych dokumentów podmiotowych Zamawiający, w związku ze stwierdzonymi brakami w dokumentach, wezwał Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. na podstawie art. 122 Pzp do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby (ELECTREN Sociedad Anonima) innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na to wezwanie w dniu 25.09.2023 r. Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. oświadczył, że zastępuje podmiot udostępniający zasoby (ELECTREN Sociedad Anonima), podmiotem: PGE ENERGETYKA KOLEJOWA SPÓŁKA AKCYJNA oraz w załączeniu do pisma przekazuje wymagane dokumenty podmiotowe. Wśród tych dokumentów znajdowało się zobowiązanie do udostępnienia zasobów na potrzeby realizacji zamówienia oraz JEDZ. W Jednolitym Europejskim Dokumentcie podmiot PGE Energetyka Kolejowa S.A. w odpowiedzi na pytanie: *Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał(-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(-o) w inny sposób zaangażowany(-e) w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat: odpowiedział NIE.*

W dniu 16.01.2024 r. Zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Swietelsky Rail Polska sp. z o.o.

Ponadto Izba ustaliła, iż m.in. wobec podmiotu Swietelsky AG Sąd Krajowy w Wiedniu działający jako Sąd Kartelowy, w dniu 27 marca 2023 r., wydał decyzję w sprawie oznaczonej sygn. akt 25. Kt 10/22s-9, za jednolite i ciągle naruszanie § 1 ust. 1 austriackiej

ustawy kartelowej i art. 101 ust. 1 TFUE w postaci ustalania cen, podziałów rynków i wymiany informacji z konkurentami z naruszeniem prawa kartelowego w odniesieniu do publicznych i prywatnych przetargów w sektorze budownictwa kubaturowego i inżynierii lądowej w znacznej części Austrii w okresie od co najmniej lipca 2002 r. do października 2017 r. nakładającą karę grzywny w wysokości 27,15 mln euro na zasadzie odpowiedzialności solidarnej. Decyzja ta stała się prawomocna w dniu 3 października 2023 r.

Izba ustaliła również, iż Swietelsky AG w toku prowadzonego postępowania, uznał zarzuty związane ze stosowaniem praktyk ograniczających konkurencję oraz uzyskał status świadka koronnego.

Zgodnie z SWZ:

Pkt 8 IDW - Warunki jakie muszą spełniać wykonawcy

8.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, wobec których brak jest podstaw do wykluczenia z Postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1-6 oraz art. 108 ust. 2 Ustawy, z wyłączeniem przesłanek określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h) i art. 108 ust. 1 pkt 2 Ustawy, jeżeli osoba, o której mowa tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h) Ustawy (podstawy wykluczenia obligatoryjne), a także Wykonawcy wobec których brak jest podstaw do wykluczenia z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10 Ustawy (podstawy wykluczenia fakultatywne), art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (t.j. Dz.U. 2023 poz. 129 ze zm.) oraz art. 5 k Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 229, str. 1 z późn. zm.), spełniający zarazem warunki udziału w Postępowaniu określone w pkt 8.2 IDW.

8.2. Zgodnie z art. 112 ust. 2 Ustawy, o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

8.2.1. zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;

8.2.2 uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;

8.2.3 sytuacji ekonomicznej lub finansowej;

8.2.4 zdolności technicznej lub zawodowej.

8.3. Wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego Zamówienia, lub jego części może polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

8.3.1. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując Zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów przedstawiając wraz z ofertą zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji Zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający powyższe okoliczności.

8.3.2. Zamawiający będzie ocenił, czy udostępniane Wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w Postępowaniu oraz badał, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w:

art. 108 ust. 1 pkt 1-6 oraz art. 108 ust. 2 Ustawy, z wyłączeniem podstaw określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h) i art. 108 ust. 1 pkt 2 Ustawy w zakresie przestępstwa określonego w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h) Ustawy (podstawy wykluczenia obligatoryjne), oraz w art. 109 ust. 1 pkt 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10 Ustawy (podstawy wykluczenia fakultatywne).

Ponadto, Zamawiający będzie badał istnienie podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (t.j. Dz.U. 2023 poz. 129 ze zm.) oraz w art. 5 k Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 229, str. 1 z późn. zm.).

8.3.3. Jeżeli Wykonawca, wykazuje spełnienie warunków, o których mowa w punkcie 8.2.3 - 8.2.4 i 8.6 IDW i powołuje się na zasoby podmiotów udostępniających zasoby w celu wykazania braku wobec niego podstaw do wykluczenia oraz spełnienia, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w Postępowaniu – zamieszcza informację o tych podmiotach w Formularzu Ofertowym.

8.3.4. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzają, że stosunek łączący Wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określają w szczególności:

a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;

b) sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu Zamówienia;

c) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w Postępowaniu dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

8.3.5. W odniesieniu do warunków dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

8.3.6. Wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

(...)

8.7. Z Postępowania o udzielenie Zamówienia Zamawiający wykluczy Wykonawcę, wobec którego zachodzi którakolwiek podstawa określona:

1) w art. 108 ust. 1 pkt 1-6 oraz art. 108 ust. 2 Ustawy, z wyłączeniem przesłanek określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h) i art. 108 ust. 1 pkt 2 Ustawy jeżeli osoba, o której mowa tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h) Ustawy (podstawy wykluczenia obligatoryjne),

2) w art. 109 ust. 1 pkt 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10 Ustawy (podstawy wykluczenia fakultatywne),

3) w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (t.j. Dz.U. 2023 poz. 129 ze zm.),

4) w art. 5 k Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 229, str. 1 z późn. zm.).

(...)

9.2. Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia także Jednolity Dokument podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzający brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby, którego wzór stanowi Załącznik nr 5a do IDW, dotyczący każdego z tych podmiotów wraz ze zobowiązaniem, którego wzór stanowi Załącznik nr 2 do IDW lub innym podmiotowym środkiem dowodowym potwierdzającym oddanie do dyspozycji

Wykonawcy przez podmiot udostępniający zasoby niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji Zamówienia.

Ponadto na potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia Zamawiający wymagał złożenia: 9.7.3. oświadczenia Wykonawcy/podmiotu, na którego zdolności lub sytuacji polegać będzie Wykonawca o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 (*dotyczy Wykonawców/Wykonawców wspólnie ubiegających się o Zamówienie*) / 125 ust. 5 (*dotyczy podmiotu, na którego zdolności lub sytuacji polegać będzie Wykonawca*) Ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z Postępowania wskazanych przez Zamawiającego, o których mowa w:

- a) art. 108 ust. 1 pkt 3 Ustawy,
- b) art. 108 ust. 1 pkt 4 Ustawy, dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego,
- c) art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji,
- d) art. 108 ust. 1 pkt 6 Ustawy,
- e) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b Ustawy, dotyczących ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę ograniczenia wolności lub karę grzywny,
- f) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Ustawy,
- g) art. 109 ust. 1 pkt 3 Ustawy, dotyczących ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę ograniczenia wolności lub karę grzywny,
- h) art. 109 ust. 1 pkt 7–10 Ustawy,
- i) art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (t.j. Dz.U. 2023 poz. 129 ze zm.)

oraz w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 5 k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie. (sporządzone zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 9 do IDW);

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Artykuł 16 pkt 1 Pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji”

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania”

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę: b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,”

W myśl art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp: „Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: 8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych”.

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp: „Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: 10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”

Artykuł 109 ust. 2 Pzp stanowi, że: „Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.”

Art. 111 pkt 4 Pzp stanowi, że: „Wykluczenie wykonawcy następuje: 4) w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia;”

Artykuł 119 Pzp stanowi: „Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.”

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp: „1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę: 5) jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu

zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie;”

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp: „1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę: 6) jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”

Art. 85 ust. 1 i 2 Pzp stanowi: „1. Jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275, z 2022 r. poz. 2581 i 2640 oraz z 2023 r. poz. 852), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji. 2. Wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.”

Brzmienie przepisów art. 57 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65) {dalej: „dyrektywa 2004/18” lub „dyrektywa klasyczna”}, które należało wziąć pod uwagę w niniejszej sprawie, w tym mających bezpośrednie lub pośrednie znaczenie w kontekście zarzutów zawartych w odwołaniu:

4. Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji:

(...)

5) jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie;

(...)

5. Instytucje zamawiające w dowolnym momencie w trakcie postępowania wykluczają wykonawcę, gdy okaże się, że – z racji czynów popełnionych lub czynności zaniechanych zarówno przed postępowaniem, jak i jego trakcie – dany wykonawca znajduje się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 1 i 2.

W dowolnym momencie w trakcie postępowania instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia wykonawcy, gdy okaże się, że – z racji czynów popełnionych lub czynności zaniechanych przed postępowaniem lub w jego trakcie – dany wykonawca znajduje się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 4.

6. Każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 1 i 4, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia.

W tym celu wykonawca musi udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu.

Środki podjęte przez wykonawców są oceniane z uwzględnieniem wagi i szczególnych okoliczności przestępstwa lub wykroczenia. Jeżeli środki zostaną uznane za niewystarczające, wykonawca otrzymuje uzasadnienie takiej decyzji.

Wykonawca, który został prawomocnym wyrokiem wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w postępowaniu o udzielenie koncesji, nie jest uprawniony do skorzystania z możliwości przewidzianej w niniejszym ustępie w okresie wykluczenia

wynikającym z tego wyroku w państwach członkowskich, w których taki wyrok jest obowiązujący.

7. Państwa członkowskie określają w przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem prawa unijnego, warunki wykonania niniejszego artykułu. W szczególności państwa członkowskie ustalają maksymalny okres wykluczenia, w przypadku gdy wykonawca nie podejmie środków określonych w ust. 6 w celu wykazania swojej rzetelności. Jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, nie przekracza on pięciu lat od daty skazania prawomocnym wyrokiem w przypadkach, o których mowa w ust. 1, i trzech lat od daty odnośnego zdarzenia w przypadkach, o których mowa w ust. 4.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego, pisma procesowego Odwołującego oraz dowody złożone przez Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego na rozprawie.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga cel, dla którego wykonawcy składają zamawiającemu dokument JEDZ. Jednym z celów składania tego dokumentu jest zachowanie przejrzystości i transparentności procedur i przedstawienie zamawiającemu kompletu informacji celem ustalenia, czy wobec wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia, w tym przypadku przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. W oparciu o przekazywane dane zamawiający powinien mieć zatem możliwość samodzielnego zweryfikowania sytuacji podmiotowej danego wykonawcy w kontekście przypadków, do których nawiązuje m.in. art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Jak ustalono zgodnie z rozdziałem 8 SWZ - IDW Zamawiający wskazał, że będzie oceniał i badał względem wykonawców oraz podmiotów udostępniających zasoby czy zachodzą wobec nich podstawy wykluczenia, o których mowa m.in. art. 108 ust. 1 pkt 1-6 oraz w art. 109 ust. 8, i 10 Pzp (podstawy wykluczenia fakultatywne). Przystępujący Swietelsky w złożonej ofercie oświadczył, iż dla wykazania spełnienia warunków udziału w

postępowaniu będzie polegał na zasobach podmiotów trzecich m.in. Swietelsky AG. Wobec tego w stosunku do Swietelsky AG ziścił się obowiązek złożenia JEDZ, a następnie oświadczenia o aktualności informacji w nim zawartych. Jak ustalono podmiot ten w złożonych oświadczeniach na pytanie „czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji” zaznaczył odpowiedź NIE. Wskazać należy, iż przedmiotowy punkt formularza koresponduje z przesłanką wykluczenia określoną w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Z tego oświadczenia Odwołujący słusznie wywodził, iż Zamawiający zaniechał obowiązku wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) Pzp.

Odwołujący podnosił, iż oświadczenie złożone przez Swietelsky AG nie odpowiadało prawdzie, gdyż spółka ta zawarła z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji co zostało stwierdzone decyzją wyższego sądu krajowego w Wiedniu w dniu 27.03.2023 r. po publicznej rozprawie. Fakt ten nie był sporny pomiędzy stronami.

(dowód: wyciąg z decyzji z dn. 27.03.2023 r. wraz z tłumaczeniem, złożony przez Przystępującego, wydruk ze strony internetowej Federalnego Urzędu Ochrony Konkurencji Wyższego Sądu Krajowego w Wiedniu wraz z tłumaczeniem – zawierający informację o wydaniu ww. orzeczenia, złożony przez Odwołującego).

Przystępujący argumentował natomiast, iż nie był zobowiązany do przedstawienia zamawiającemu informacji o stwierdzeniu zawarcia przez Swietelsky AG niedozwolonych porozumień, gdyż w momencie składania oświadczeń decyzja nie była prawomocna. Stała się ona prawomocna dopiero w dniu 3.10.2023 r. W ocenie Izby argumentacja Przystępującego nie znajduje oparcia ani w brzmieniu przepisów Pzp, ani w ich wykładni systemowej czy celowościowej, również przy uwzględnieniu odnośnych przepisów dyrektywy klasycznej, których przepisy krajowe stanowią implementację. Izba podziela stanowisko wyrażone przez KIO w wyroku o sygn. akt KIO 1203/23, iż Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „Trybunał” lub „TSUE”) w wyroku z 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17 (V. L.GmbH przeciwko Stadtwerke München GmbH) (dalej: „wyrok C-124/17” lub „sprawa V. L.”) – wbrew temu, co sugerował Przystępujący – w ogóle nie odnosił się do prawomocności orzeczenia lub ostatecznego charakteru decyzji organu, a dokonał w trybie prejudycjalnym wykładni przepisów art. 57 ust. 1 w zw. z ust. 7 dyrektywy klasycznej w odpowiedzi na następująco postawione pytania:

- *Dla dobrowolnych podstaw wykluczenia, które uregulowano w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24, maksymalny okres lub termin dla wykluczenia wynosi zgodnie z art. 57 ust. 7*

dyrektywy 2014/24 trzy lata, licząc od odnośnego zdarzenia. Czy jako „odnośne zdarzenie” należy rozumieć zaistnienie wymienionych w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24 podstaw wykluczenia, czy też chodzi tu o moment, od którego instytucja zamawiająca dysponuje pewną i potwierdzoną wiedzą o wystąpieniu podstawy wykluczenia? [jako pytanie nr 3]

- Czy zgodnie z powyższym w przypadku spełnienia przesłanki wykluczającej wynikającej z art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24 poprzez udział wykonawcy w kartelu odnośnym zdarzeniem w rozumieniu art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 jest zaprzestanie udziału w kartelu, czy też uzyskanie przez instytucję zamawiającą pewnej i potwierdzonej wiedzy o jego udziale w kartelu? [jako pytanie nr 4]

Przy czym Trybunał ocenił, że: (34) *Poprzez pytania trzecie i czwarte, które należy rozpatrywać łącznie, sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że gdy wykonawca dopuścił się zachowania objętego podstawą wykluczenia określoną w art. 57 ust. 4 lit. d) tej dyrektywy, za które właściwy organ nałożył sankcję, maksymalny okres wykluczenia należy liczyć od daty wydania decyzji tego organu.*

Co istotne, wykładania dokonana przez Trybunał w tej kwestii jest odmienna, niż chciałby Przystępujący [poniżej podkreślono kluczowe fragmenty]:

(35) *Jak wskazano we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, federalny urząd antykartelowy nałożył na V. L. karę za to, że brała ona do roku 2011 udział w porozumieniach dążących do zakłócenia konkurencji w ramach kartelu szynowego. Spółka ta twierdzi, że „odnośnym zdarzeniem” w rozumieniu art. 57 ust. 7 tej dyrektywy, od którego oblicza się maksymalny okres wykluczenia, jest zakończenie uczestnictwa w kartelu. Sąd odsyłający wskazuje, że uzasadnienie do GWB dotyczące § 126 tej ustawy, mającego na celu transpozycję art. 57 ust. 7, może wspierać tezę, że zdarzeniem tym jest decyzja właściwego organu ds. ochrony konkurencji.*

(36) *Przede wszystkim zgodnie z art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 państwa członkowskie ustalają maksymalny okres wykluczenia w przypadku, gdy wykonawca nie podejmie żadnych środków określonych w art. 57 ust. 6 tej dyrektywy w celu wykazania swojej rzetelności, a okres ten nie może, jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku w przypadkach wykluczenia, o których mowa w art. 57 ust. 4 rzeczony dyrektywy, przekraczać trzech lat od daty odnośnego zdarzenia.*

(37) *Choć art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 nie zawiera dalszych wyjaśnień co do charakteru „odnośnego zdarzenia”, ani w szczególności momentu, w którym ono następuje, należy zauważyć, że przepis ten przewiduje w odniesieniu do obowiązkowych podstaw*

wykluczenia, o których mowa w ust. 1 tego artykułu, że jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, okres pięciu lat powinien być liczony od daty skazania tym prawomocnym wyrokiem, bez względu na datę, w której miały miejsce okoliczności faktyczne leżące u podstaw tego skazania. Tym samym w odniesieniu do tych podstaw wykluczenia okres ten oblicza się od daty przypadającej niekiedy sporo po popełnieniu czynów wypełniających znamiona naruszenia.

(38) W niniejszej sprawie za zachowanie objęte odpowiednią podstawą wykluczenia została nałożona sankcja na mocy decyzji właściwego organu wydanej w ramach postępowania uregulowanego przez prawo Unii lub prawo krajowe, której celem było stwierdzenie zachowania stanowiącego naruszenie normy prawnej. W takiej sytuacji, w trosce o spójność z zasadami obliczania terminu przewidzianego dla obowiązkowych podstaw wykluczenia, lecz także o przewidywalność i pewność prawa, należy uznać, że okres trzech lat przewidziany w art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 oblicza się od daty zapadnięcia tej decyzji.

(39) Rozwiązanie to wydaje się tym bardziej uzasadnione, skoro – jak wskazał rzecznik generalny w pkt 83-85 opinii – wykazanie istnienia zachowań ograniczających konkurencję może zostać uznane dopiero po wydaniu takiej decyzji, zawierającej taką kwalifikację prawną okoliczności faktycznych.

(40) Ponadto, jak podkreśliła Komisja, zainteresowany wykonawca nadal ma w tym okresie możliwość podjęcia środków, o których mowa w art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24, w celu wykazania swojej rzetelności, jeżeli mimo wszystko pragnie wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

(41) W rezultacie okres wykluczenia oblicza się nie od chwili uczestnictwa w kartelu, lecz od daty, w której to zachowanie stało się przedmiotem stwierdzenia naruszenia przez właściwy organ.

(42) Z powyższego wynika, że odpowiedź na pytania trzecie i czwarte powinna brzmieć: art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że gdy wykonawca dopuścił się zachowania objętego podstawą wykluczenia określoną w art. 57 ust. 4 lit. d), za które właściwy organ nałożył sankcję, maksymalny okres wykluczenia oblicza się od daty wydania decyzji tego organu.

Reasumując, w uproszczeniu można powiedzieć, że rozważając, czy przez „odnośne zdarzenie”, od którego należy liczyć okres wykluczenia, należy rozumieć zawarcie przez wykonawców porozumienia wymierzonego w konkurencję, czy też stwierdzenie tego faktu przez właściwy organ, Trybunał opowiedział się na tle stanu faktycznego sprawy głównej za tym drugim rozumieniem.

W tym miejscu należy przywołać również wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie w z 30 marca 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 5/23 [poniżej podkreślono kluczowe fragmenty]:, (...) że do wykluczenia wykonawcy przy zaistnieniu wskazanych powyżej przesłanek nie jest konieczne wydanie wyroku czy też decyzji. Art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp nie wymaga od zamawiającego udowodnienia zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zgodnie z treścią tego przepisu wystarczy bowiem oparcie się na wiarygodnych przesłankach. Jak słusznie zauważyła KIO w wyroku z dnia 6 września 2021 r., sygn. akt KIO 2254/21, KIO 2255/2, KIO 2258/21 ustawodawca nie uzależnił bowiem ziszczenia się przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp od uprzedniego wydania w stosunku do takiego wykonawcy prawomocnego orzeczenia sądowego lub też prawomocnej decyzji stwierdzającej istnienie „zmony przetargowej”. Przeciwnie – ustawodawca w ustawie Prawo zamówień publicznych przewidział niezależną przesłankę wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy to właśnie zamawiający (a nie inny organ) stwierdzi istnienie wiarygodnych przesłanek, które uzasadniają przyjęcie, że pomiędzy wykonawcami doszło do zawarcia porozumienia. Omawiana regulacja koresponduje z art. 57 ust. 4 lit. d Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r., zgodnie z treścią której instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcy, jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji.

Sąd Okręgowy podkreślił, że ...pozostawienie przez ustawodawcę dość ogólnego pojęcia „zdarzenia będącego podstawą wykluczenia”, mogące być rozmaicie interpretowanym, (...), w ocenie Sądu Okręgowego pozwala a wręcz ukierunkowuje na interpretację każdorazowo uwzględniającą różnorodność stanów faktycznych.

Tym samym Sąd Zamówień Publicznych oddalając powyższym wyrokiem skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 listopada 2022 r. sygn. akt KIO 2960/22, podzielił stanowisko wyrażone w uzasadnieniu tego wyroku, że [poniżej podkreślono kluczowe fragmenty]: ...interpretacja pojęcia „zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia” powinna być dokonywana w kontekście konkretnych okoliczności danej sprawy.

Słusznie zauważył Przystępujący, że w świetle art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, jak i art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp nie istnieje wymóg, aby zdarzenie będące podstawą wykluczenia zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem lub decyzją. Należy jednak założyć, że w praktyce to właśnie wydanie takiej decyzji przez uprawniony organ lub wyroku przez sąd stanowi dla zamawiającego dostępny wiarygodny i obiektywny dowód na zaistnienie poważnego

wykroczenia zawodowego lub wiarygodną przesłankę do stwierdzenia, że wykonawca zawarł porozumienie z innymi wykonawcami mające na celu zakłócenie konkurencji. Należy mieć przy tym na uwadze, że w przypadku tych przesłanek wykluczenia konieczne jest oparcie się przez zamawiającego na obiektywnych i wiarygodnych środkach dowodowych, a nie są wystarczające niepotwierdzone informacje pozyskane z niewiarygodnych źródeł.

W ocenie Izby, w przypadku, gdy określony wyrok lub decyzja zapadły w danej sprawie o naruszenie konkurencji, to stanowi to niepodważalną podstawę do stwierdzenia przez Zamawiającego, że wystąpiło zdarzenie stanowiące podstawę do wykluczenia wykonawcy. Zdarzeniem w takim przypadku w rozumieniu art. 111 ust. 4 Pzp jest stwierdzenie naruszeń przez stosowny organ lub sąd.

Reasumując i uogólniając powyższe rozważania prawne, można powiedzieć, że zarówno w art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp, jak i w art. 57 ust. 4 lit. d w zw. z ust. 7 dyrektywy klasycznej mowa jest o możliwości stwierdzenia przez zamawiającego na podstawie wiarygodnych przesłanek udziału wykonawcy w porozumieniu mającym na celu zakłócenie konkurencji, co należy traktować jako zaistnienie odnośnego zdarzenia, od którego należy liczyć 3-letni okres wykluczenia. Początek okresu wykluczania wykonawcy został zatem uregulowany w sposób szczególny i odmiennie niż w przepisach art. 108 ust. 1 pkt 1 lit a-h i pkt 2 oraz art. 109 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, które w ślad za art. 57 ust. 1 w zw. z ust. 7 dyrektywy klasycznej odwołują się do istnienia prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji jako momentu początkowego okresu wykluczenia, ale w odniesieniu do innych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

Z tego względu w ocenie Izby potwierdziły się zarzuty podnoszone przez Odwołującego wskazane w sentencji wyroku, a argumentacja odnośnie konieczności uprawomocnienia się decyzji stwierdzającej zawarcie niedozwolonych porozumień przed wskazaniem tej okoliczności w oświadczeniach jest nietrafiona. W okolicznościach niniejszej sprawy należy podkreślić, iż w JEDZ odnośnie podstaw wykluczenia podmiot ma złożyć zgodne z prawdą oświadczenie wiedzy. W ocenie Izby, w sytuacji gdy podmiot nie kwestionuje zawarcia niedozwolonych porozumień – przyznaje się do ich zawarcia, w toku postępowania współpracuje z organami oraz zgadza się na zapłatę kary (dowód: wydruk ze strony internetowej Federalnego Urzędu Ochrony Konkurencji Wyższego Sądu Krajowego w Wiedniu wraz z tłumaczeniem – pt. „Kartel budowlany AKTUALIZACJA – BWB składa wnioski o nałożenia kar pieniężnych na pięć spółek z Grupy Gebrüder Haider, informacja datowana na 28.10.2022 r., złożony przez Odwołującego, wydruk ze strony internetowej Swietelsky AG wraz z tłumaczeniem – pt. Kartel budowlany: SWIETELSKY przyznaje się do winy, informacja datowana na 21.07.2022 r.) jeśli wcześniej nie notyfikował zamawiającym

wystąpienia podstawy wykluczenia, powinien jako zaistnienie zdarzenia będącego podstawą wykluczenia traktować datę wydania stosownej decyzji i od tej daty informować zamawiających o wystąpieniu przesłanek wykluczenia. Przesłanka wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp i korespondujący z nią okres wykluczenia odnoszą się do zaistnienia zdarzenia, które to „zaistnienie” może przybierać różne formy.

Jak wynika z treści JEDZ złożonego przez Swietelsky AG nie poinformował on Zamawiającego, że 27 marca 2023 r. została w stosunku do niego wydana decyzja Sądu Kartelowego w Wiedniu, w której orzekł, że Swietelsky zgodnie z § 1 ust. 1 ustawy kartelowej oraz art. 1 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej uczestniczyła w porozumieniach antykonkurencyjnych, podziałach rynków oraz wymianie z konkurentami informacji wrażliwych z punktu widzenia konkurencji w związku z publicznymi i prywatnymi przetargami w branży budownictwa kubaturowego i inżynierii lądowej w wielu regionach Austrii w okresie od co najmniej lipca 2002 r. do października 2017 r. Z tego faktu i treści złożonego oświadczenia Odwołujący wywodził, iż Przystępujący przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Zdaniem Izby, zatajenie ww. informacji miało doniosły charakter, gdyż pozbawiło zamawiającego możliwości samodzielnej oceny, czy wobec Swietelsky AG zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W ocenie Izby od ujawnienia informacji o wydaniu ww. decyzji z dnia 27 marca 2023 r. nie zwalniała Swietelsky AG okoliczność, że decyzja ta nie była prawomocna. Podkreślenia wymagało, że obowiązkiem Swietelsky AG było jedynie zgodne z rzeczywistością udzielenie odpowiedzi na pytania zawarte w formularzu JEDZ. Rolą wykonawcy było ujawnienie faktu wydania wobec niego decyzji Sądu Kartelowego i opisanie okoliczności wydania tego rozstrzygnięcia. W ramach odpowiedzi na pytania zawarte w formularzu JEDZ Swietelsky AG miał również prawo uzasadnić, jakie czynności podjął w celu wykazania swojej rzetelności. W ocenie Izby to nie do decyzji podmiotu należy ocena, czy podlega on wykluczeniu z postępowania na podstawie przesłanek wykluczenia. Decyzja ta należy do zamawiającego, który ma prawo ją podjąć na podstawie całokształtu ujawnionych mu przez wykonawcę informacji.

Izba nie podzieliła również argumentacji Przystępującego, iż podmiot nie zatajał informacji o zaistniałym niedozwolonym porozumieniu, gdyż w toku postępowania złożył dokument z Centralnej Prokuratury do Spraw Przesłanek Gospodarczej i Korupcji dot. Swietelsky AG w którym organ poinformował, że Swietelsky Ag „nie została jeszcze skazana w Austrii przez sąd karny, a przy wyszukiwaniu jej nazwy w zautomatyzowanym rejestrze

prowadzonym przez Wymiar Sprawiedliwości (VJ) wyświetla się, że obecnie przeciwko niej jako oskarżonej prowadzone są postępowania karne przez Prokuraturę ds. Prestępstw Gospodarczych i Korupcji pod numerem akt 29 St 33/16 f oraz w Sądzie Okręgowym dla Spraw Karnych w Wiedniu pod numerem akt 12 HV 17/21m". W ocenie Izby, słusznie w tym aspekcie wywodził Odwołujący, iż sygnatury tych postępowań - nie są tożsame z sygnaturą sprawy pod którą została wydana decyzja Sądu Kartelowego, trudno więc twierdzić, iż Zamawiający ze złożonych dokumentów mógł powziąć informację o zawarciu niedozwolonych porozumień. Ponadto sam fakt prowadzenia postępowania bez określenia jego przedmiotu nie daje podstaw do stwierdzenia, iż zamawiający mógł z przedmiotowego dokumentu powziąć informację, iż wykonawca zawarł porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji. Wykonawca przed datą uprawomocnienia się decyzji nie przekazywał informacji o zawarciu niedozwolonych porozumień pomimo, iż jak wynika z dowodów przedstawionych przez Odwołującego i przywołanych powyżej – m.in. własnego oświadczenia zamieszczonego na stronie internetowej, przyznał się do niedozwolonych praktyk znacznie wcześniej niż zapadła decyzja Sądu. Tym samym, obiektywnie nieprawdziwe jest twierdzenie Przystępującego (pkt. 36 pisma procesowego), iż przed dniem 2 października 2023 r. żadne porozumienie nie wystąpiło. W ocenie Izby, również fakt iż Swietelsky AG otrzymał status świadka koronnego w prowadzonym postępowaniu nie powodował niemożności przekazywania informacji o stosowanych praktykach ograniczających konkurencję, w sytuacji gdy jak wynika z przedłożonej przez Odwołującego informacji zamieszczonej na stronie Swietelsky AG już w 2022 r. firma ta informowała o prowadzonym postępowaniu, jednoznacznym uznaniu zarzutów oraz o podjęciu odpowiednich środków, aby nie dopuścić do dalszych naruszeń w przyszłości. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy Izba uznała złożony przez Przystępującego dowód w postaci kopii oświadczenia Swietelsky AG wraz z tłumaczeniem dot. rzetelności zawodowej złożonego w bliżej niezidentyfikowanym postępowaniu.

Zachowanie Swietelsky AG, który pomimo spoczywającego na nim obowiązku nie ujawnił w JEDZ faktu wydania wobec niego decyzji Sądu Kartelowego z dnia 27 marca 2023 r., należało zatem uznać za działanie podjęte w warunkach rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa. Zdaniem Izby zachowanie Swietelsky AG odbiegało bowiem w sposób rażący od staranności, której można było wymagać od niego, jako profesjonalisty. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa zamawiającemu dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Zachowanie Swietelsky AG mogło mieć także istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż doprowadziło do wprowadzenia zamawiającego w błąd, że po stronie Swietelsky AG nie występują żadne okoliczności, które mogą być interpretowane jako mogące się wpisywać w przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp i w efekcie doprowadziło do wyboru oferty przystępującego Swietelsky jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Izby w analizowanej sprawie niedopuszczalne jest skorzystanie przez Swietelsky AG z procedury samooczyszczenia, o której mowa w art. 110 ust. 2 Pzp. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, skorzystanie z takiej możliwości uwarunkowane jest przyznaniem się podmiotu do określonych faktów, co następnie otwiera mu drogę do opisanego działań, jakie podjęto celem zapobieżenia wystąpieniu w przyszłości podobnych naruszeń. Dowód podjęcia środków naprawczych powinien zostać przedstawiony z własnej inicjatywy przez Swietelsky AG na etapie składania dokumentu JEDZ. Tymczasem w tej sprawie Swietelsky AG zataiła przed zamawiającym istotne informacje dotyczące swej sytuacji podmiotowej.

Zdaniem Izby w analizowanej sprawie niedopuszczalne jest także zastąpienie podmiotu Swietelsky AG na podstawie art. 122 ustawy Pzp innym podmiotem ani samodzielne wykazanie przez Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.2 lit. b, d i h SWZ.

Dostrzeżenia wymagało, że Swietelsky AG zataił przed zamawiającym istotne informacje dotyczące swej sytuacji podmiotowej, a zatem nie ma możliwości zastąpienia tego podmiotu przez inny podmiot trzeci czy też umożliwienia Przystępującemu samodzielnego wykazania spornego warunku. Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie Izby, nie ma możliwości zastąpienia informacji nieprawdziwej – prawdziwą, gdyż byłoby to sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Skoro, jak stwierdzono, Swietelsky AG podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, to w konsekwencji na tej samej podstawie podlega wykluczeniu z postępowania Przystępujący. Wykonawca ten, dążąc do uzyskania zamówienia posłużył się wprowadzającymi w błąd informacjami co do podstaw wykluczenia podmiotu Swietelsky AG, na którego zasoby się powoływał, celem wykazania warunku, o którym mowa w pkt 8.6.2 lit. b, d i h SWZ. Jak wykazał Odwołujący, informacje o udziale Swietelsky AG w niedozwolonych porozumieniach ograniczających konkurencję były publicznie dostępne od co najmniej 2022 r. (dowód: przywoływane wcześniej publikacje na stronie internetowej Swietelsky AG oraz na stronie internetowej Federalnego Urzędu ds. Konkurencji, oraz informacja z Die Presse złożona przez Odwołującego). Ponadto pomiędzy Przystępującym a Swietelsky AG występują powiązania kapitałowe oraz osobowe. Zgodnie z

informacjami w KRS Swietelsky AG jest jedynym wspólnikiem spółki Przystępującego. Ponadto pomiędzy tymi podmiotami występują również powiązania osobowe – p. Bernhard Brandner prokurent Swietelsky AG jest jednocześnie Członkiem zarządu Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. (dowód: odpis z KRS Przystępującego oraz odpis z właściwego rejestru handlowego dla Swietelsky AG, złożone przez Odwołującego). Biorąc powyższe pod uwagę należało przyjąć, że Przystępujący, w okolicznościach danej sprawy, musiał mieć świadomość udziału Swietelsky AG w niedozwolonych porozumieniach, a w konsekwencji istnienia decyzji Sądu Kartelowego wydanej wobec swej spółki-matki i wskutek rażącego niedbalstwa dopuścił do sytuacji, w której Swietelsky AG w dokumencie JEDZ nie ujawniła tego faktu zamawiającemu. Podkreślić należy również niekonsekwencję Przystępującego, który z jednej strony poprzez wskazanie na treść informacji Centralnej Prokuratury (...) wywodzi, iż poinformował Zamawiającego o toczącym się postępowaniu związanym z praktyką sprzeczną z prawem antykartelowym, postępowaniu antymonopolowym (pkt 42, 44, 46 pisma procesowego), a w pkt 53 tegoż pisma składa oświadczenie, że „w żadnym wypadku nie wiedział, że względem Swietelsky AG toczy się postępowania dotyczące zawarcia porozumienia naruszającego konkurencję.” Izba nie dała wiary złożonemu jako dowód przez Przystępującego oświadczeniu własnemu Swietelsky AG, uznając, iż oświadczenie to zostało złożone przez podmiot zainteresowany korzystnym rozstrzygnięciem sporu na rzecz Przystępującego oraz biorąc pod uwagę, iż złożone oświadczenia, w szczególności oświadczenie z pkt d) nie zostały poparte obiektywnymi dowodami np. z wydruku korespondencji pomiędzy wskazanymi podmiotami. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy Izba uznała złożony przez Przystępującego dowód w postaci wydruków z wyszukiwarki decyzji urzędu antymonopolowego - zgodnie z oświadczeniami Przystępującego – wydruk ten został tylko szczątkowo przetłumaczony na język polski, gdyż dowód ten potwierdza wyłącznie, iż takiej decyzji w wyszukiwarce nie można odnaleźć.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8 i art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, okazały się zasadne.

Uwzględnieniu nie podlegały natomiast zarzuty dotyczące oferty Swietelsky w związku z korzystaniem z zasobów PGE Energetyka Kolejowa S.A. W tym zakresie w ocenie Izby nie potwierdził się żaden z podnoszonych zarzutów. Izba podziela, w tym aspekcie sprawy stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie oraz Przystępującego przedstawione w piśmie procesowym.

Za wyrokiem Izby z dnia 4 października 2021 r., sygn. akt KIO 2640/21 wskazać należy, iż „przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych ma na celu wyeliminowanie niebezpieczeństwa, że wykonawca, który wcześniej doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, na skutek pozyskanej w ten sposób wiedzy złoży korzystniejszą ofertę w postępowaniu bądź wywrze wpływ na warunki zamówienia. Bez znaczenia pozostaje zakres i stopień zaangażowania wykonawcy w przygotowanie postępowania, jeżeli tylko w jego wyniku wykonawca może uzyskać przewagę konkurencyjną. Takie zaangażowanie wykonawcy musi ostatecznie spowodować zakłócenie konkurencji w postępowaniu.”

Warunkiem sine qua non zastosowania przesłanki wykluczenia określonej w art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp, jest uprzednie zaangażowanie podmiotu w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia (rozumiane jako wykonywanie czynności przewidzianych w Dziale II, Rozdziale I Pzp i obejmujących m.in. doradztwo lub inny sposób zaangażowania np. uczestnictwo w przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia itp.). W ocenie Izby, takie zaangażowanie oznacza aktywne działanie ukierunkowane na wykonywanie czynności związanych z przygotowaniem postępowania. Ze zgromadzonego materiału dowodowego nie sposób wywieść, iż PGE Energetyka Kolejowa S.A. była zaangażowana w przygotowanie przedmiotowego postępowania w rozumieniu art. 85 ust. 1 Pzp. Dowodów na tę okoliczność nie przedstawił Odwołujący. W ocenie Izby nie przesądza o zaangażowaniu PGE Energetyka Kolejowa S.A. w przygotowanie przedmiotowego postępowania, załączenie do dokumentacji postępowania jako elementu opisu przedmiotu zamówienia kart inwentaryzacyjnych fundamentów słupów oraz schematów sekcjonowania sieci trakcyjnej. Faktem jest, że Zamawiający udostępnił wykonawcom jako pomocniczy element opisu przedmiotu zamówienia, w ramach udzielanych wyjaśnień SWZ, dokumentacje wytworzone przez PGE Energetyka Kolejowa S.A.. Jednakże Zamawiający pozyskał te dokumenty w latach 2019-2020 w związku z realizacją przez PGE Energetyka Kolejowa S.A. kontraktu utrzymaniowego urządzeń sieci trakcyjnej oraz jako dokumentację powykonawczą związaną z kontraktami modernizacyjnymi konstrukcji wsporczych sieci trakcyjnych (dowód: umowy pomiędzy Zamawiającym, a podmiotem prowadzącym obecnie działalność pod firmą PGE Energetyka Kolejowa S.A., złożone na rozprawie przez Zamawiającego). Tak więc, przedmiotowe dokumenty nie zostały wytworzone w związku z czy też w celu przygotowania tego postępowania lecz powstały w wyniku realizacji innych umów realizowanych niezależnie od tego postępowania. Wobec powyższego, prawdziwym było oświadczenie PGE Energetyka Kolejowa S.A. złożone w tym zakresie w JEDZ. Powyższe ustalenie skutkuje,

stwierdzeniem iż czynności Zamawiającego podejmowane w toku postępowania w zakresie oceny oferty Swietelsky w kontekście dysponowania zasobami PGE Energetyka Kolejowa S.A. były prawidłowe i nie naruszały przepisów podnoszonych przez Odwołującego.

Oświadczenie PGE Energetyka Kolejowa S.A. z dn. 10 lutego 2024 r. przedłożone przez Przystępującego jako dowód w sprawie, Izba uznała za element stanowiska Przystępującego gdyż zostało ono złożone przez podmiot zainteresowany rozstrzygnięciem sporu na rzecz jednego z jego uczestników.

Jednocześnie należy zgodzić się z Zamawiającym, iż samo udostępnienie materiałów sygnowanych przez PGE Energetyka Kolejowa S.A. w ramach opisu przedmiotu zamówienia, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie mogło prowadzić do zakłócenia konkurencji, chociażby ze względu na fakt, iż podmiot ten pojawił się w ofercie Swietelsky już po złożeniu oferty i w następstwie zastąpienia na podstawie art. 122 Pzp wcześniej wskazywanego podmiotu trzeciego tj. ELECTREN S.A. oraz z uwagi na to iż udostępnienie dotyczyło jedynie sprzętu, co znacznie ogranicza możliwość wywarcia wpływu na konkurencję.

Wobec powyższego, Izba uznała, iż nie potwierdziły się zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Przystępującego ze względu na fakt, iż w JEDZ PGE Energetyka Kolejowa S.A. zawarto informacje wprowadzające w błąd oraz wystąpienia wobec tego podmiotu podstaw do wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 85 ust. 1 i 2 Pzp, a także niespełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie w jakim polegał na zasobach PGE Energetyka Kolejowa S.A.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 3 w związku § 5 pkt 1 i 2 lit b) i d) w związku z § 2 ust. 2 pkt 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). W tym miejscu Izba wyjaśnia, że przedmiotem rozpoznania Izby, było 5 zarzutów (przy czym nie uwzględniono przy wyliczeniu kosztów zarzutu nr 4 - zarzut ewentualny oraz zarzutu nr 5

zarzut wynikowy, niesamodzielny, dla którego brak jest argumentacji odrębnej od innych zarzutów). Poniesione przez Odwołującego koszty dotyczące tych 5 zarzutów wynoszą 23 600 zł 00 gr. Koszty Przystępującego to kwota 3 600 zł 00 gr i dotyczą one 3 zarzutów co do których został wniesiony sprzeciw. Natomiast koszty Zamawiającego obejmują kwotę 3 617 zł 00 gr i dotyczą sporu w zakresie pozostałych 2 zarzutów co do których Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Z uwagi na zaistniałą sytuację procesową każdy koszt należało rozliczyć odrębnie, w następujący sposób. Odwołującemu należy się 3/5 kosztów od Przystępującego, tj. kwota 14 150 zł. Zamawiającemu od Odwołującego należą się pełne koszty zastępstwa przed Izbą wraz z innymi wydatkami tj. kwota 3 617 zł 00 gr ponieważ był w sporze z Odwołującym co do dwóch zarzutów i w całości ten spór wygrał.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....