

WYROK
z dnia 22 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2021 r. przez odwołującego: wykonawcę Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie oraz PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w imieniu których działa Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie

przy udziale wykonawcy INTOP Tarnobrzeg spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie oraz PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w imieniu których działa Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie na wykonanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej z uzyskaniem decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i decyzji ZRID z rygiem natychmiastowej wykonalności oraz robót budowlanych w ramach zadania pn. „Budowa nowego odcinka drogi wojewódzkiej nr 877 Naklik – Leżajsk - Szklary wraz z budową wiaduktu kolejowego w/c linii kolejowej nr 91 Kraków Główny - Medyka oraz budową/przebudową niezbędnej infrastruktury technicznej, budowli i urządzeń budowlanych w m. Łańcut”. Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 4 września 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 172-413037. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy Pzp.

I. W dniu 4 marca 2021 r. wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na:

1. czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Intop Tarnobrzeg Sp. z o.o.;
2. dokonanie nieprawidłowej czynności badania i oceny oferty złożonej przez Intop Tarnobrzeg Sp. z o.o.
3. zaniechanie czynności wykluczenia Intop Tarnobrzeg Sp. z o.o. z postępowania i zaniechanie uznania oferty złożonej przez tego wykonawcę za odrzuconą.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16-17 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Intop Tarnobrzeg Sp. z o.o. z postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej w wyniku

lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd poprzez przedstawienie nieprawdziwych informacji wskazujących na fakt, że spełnia wskazany w pkt 6.2.3 b SIWZ warunek udziału w postępowaniu tj. wykonał w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert minimum jedno zadanie polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej budowy lub rozbudowy drogi klasy G o długości min 1,0 km, a zatem podał informacje wprowadzające zamawiającego w błąd mające (lub mogące mieć) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie uznania za odrzuconą ofertę złożoną przez wykonawcę Intop Tarnobrzeg Sp. z o.o.;

2. naruszenie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Intop Tarnobrzeg Sp. z o.o., pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie warunku określonego w SIWZ w:

- w pkt 6.2.3a: 60 m-cy w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót kolejowych; Minimum 1 zadanie dotyczące budowy, rozbudowy lub przebudowy infrastruktury kolejowej w zakresie m.in. jednego toru szlakowego wraz ze stacją kolejową, zabudowę rozjazdów z urządzeniami EOR, sieć trakcyjną, urządzenia srk, roboty odwodnieniowe, roboty podtorzowe,
- 6.2.3b: w zakresie prac projektowych: w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert minimum 1 zadania polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej budowy, rozbudowy lub przebudowy mostu kolejowego lub wiaduktu kolejowego o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła nie mniejszej niż 15 m.,

a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie uznania za odrzuconą ofertę złożoną przez wykonawcę Intop Tarnobrzeg Sp. z o.o.;

3. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażające się w zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Intop Tarnobrzeg Sp. z o.o. oraz zasady legalizmu prowadzonego postępowania poprzez wybór oferty wykonawcy Intop Tarnobrzeg Sp. z o.o., pomimo że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Intop Tarnobrzeg Sp. z o.o. i powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
2. wykluczenia wykonawcy Intop Tarnobrzeg Sp. z o.o. z postępowania i uznania złożonej przez tego wykonawcę oferty za odrzuconą.

Dodatkowe stanowisko w sprawie odwołujący przedstawił w piśmie z dnia 20 kwietnia 2021 r.

II. Pismem wniesionym w dniu 19 kwietnia 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za bezzasadne i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca INTOP Tarnobrzeg spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu.

Stanowisko w sprawie ww. wykonawca przedstawił w piśmie z dnia 16 kwietnia 2021 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze, że odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2021 r., do postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 202,0 ze zm.), mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp z 2019 r.”.

I. W odniesieniu do zarzutu wprowadzenia zamawiającego w błąd przez Intop Tarnobrzeg Sp. z o.o. przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu:

W ramach tego zarzutu odwołujący zarzucił, że na liście referencyjnym PORR S.A. dla Vegnar J. K., dotyczącym wskazanej w wykazie usługi: Opracowanie projektu i uzyskanie decyzji ZRID w ramach realizacji Węzła Trzepowo na zadaniu budowy III-ego etapu wewnętrznej Obwodnicy Płocka w ramach zadania pod nazwą: „Zaprojektowanie i budowa dwupoziomowego węzła Trzepowo w ciągu trasy północno-zachodniej obwodnicy miasta Płocka i budowa obwodnicy północno-zachodniej miasta Płocka od ul. Szpitalnej do węzła Bielska – etap Ia”, przedstawionym na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.2.3 b SIWZ podpis przedstawiciela PORR S.A., który

wystawił referencje jest nieczytelny, nie zostało wskazane imię i nazwisko ani stanowisko służbowe tej osoby, brak jest daty i miejsca wystawienia referencji, a ponadto w żadnym miejscu listu nie potwierdzono należytego wykonania dokumentacji projektowej.

W ocenie Izby powyższe okoliczności nie świadczą o braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji o wprowadzeniu zamawiającego w błąd co do faktu spełniania tego warunku. Okoliczności te, jeżeli wywołują wątpliwości co do faktu spełniania warunku udziału w postępowaniu powinny stanowić podstawę do wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentu (przy zachowaniu zasady jednokrotnego uzupełniania oświadczeń i dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu). Zarzut w tym zakresie nie został jednak postawiony w odwołaniu. Niezależnie od tego należy wskazać, że, po pierwsze, nie jest konieczne, aby w dowodzie składanym na potwierdzenie należytego wykonania usługi znalazło się sformułowanie „należyte wykonanie”, lecz wystarczające jest aby okoliczność ta z tego dowodu wynikała. Odwołujący całkowicie pominął zawarte w ww. liście referencyjnym stwierdzenie, że opracowana dokumentacja projektowa posłużyła do realizacji robót. Po drugie, fakt należytego wykonania usługi, której dotyczył ww. list referencyjny, został przez zamawiającego wyjaśniony w drodze korespondencji z podmiotem, na rzecz którego usługa ta została wykonana (Miasto Płock) – wiadomość email z dnia 9 marca 2021 r., projekt budowlany zamienny – branża drogowa (załącznik do ZRID) z października 2017 r., decyzja o zmianie decyzji ZRID (Węzeł Trzepowo) z dnia 30 listopada 2017 r., protokół odbioru projektu wykonawczego (Węzeł Trzepowo) z dnia 26 lutego 2018 r., protokół odbioru usterek projektu wykonawczego (Węzeł Trzepowo) z dnia 4 czerwca 2018 r., potwierdzenia Urzędu Miasta Płock z dnia 17 marca 2021 r. oraz z dnia 28 lutego 2020 r. Odnosząc się do zarzutów odwołującego, że w treści ostatniego z ww. poświadczeń widnieje informacja o naliczeniu kar umownych, należy wskazać, że sama okoliczność naliczenia kar umownych nie przesądza automatycznie o braku należytego wykonania usługi. W treści ww. poświadczenia odbiorca usługi, pomimo faktu naliczenia kar umownych, potwierdza jej należyte wykonanie. Oceny w tym zakresie należy dokonywać uwzględniając konkretne okoliczności sprawy, tymczasem odwołujący powołał się jedynie na okoliczność obciążenia wykonawcy usługi karami umownymi, co należy uznać za niewystarczające.

W odniesieniu do twierdzeń odwołującego przedstawionych na rozprawie co do tego, że inny podmiot został podany w treści wykazu usług (Biuro Projektowe Vegmar Sp. z o.o.), a inny widnieje w treści referencji (Vegmar J. K.), należy stwierdzić, że zarzut w tym zakresie nie został podniesiony w odwołaniu (w treści odwołania zarzucono jedynie, że inny projektant, tj. Transprojekt Gdańsk, wynika z treści decyzji ZRID z dnia 22 września 2014 r.). Zarówno treść wykazu usług, jak i treść referencji, były znane odwołującemu przed złożeniem odwołania i nie

było przeszkód, aby zarzut w tym zakresie został w odwołaniu podniesiony. Należy przypomnieć, że zgodnie z przepisem art. 555 ustawy Pzp z 2019 r. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym podniesiony dopiero na rozprawie zarzut braku tożsamości podmiotowej pomiędzy treścią wykazu usług a treścią referencji nie mógł zostać uwzględniony. Powyższe nie oznacza jednak, że ww. kwestia nie może podlegać badaniu przez zamawiającego w postępowaniu o udzieleniu zamówienia, mając również na uwadze treść dodatkowych dokumentów pozyskanych w tym zakresie przez zamawiającego (ww. dokumenty otrzymane od odbiorcy usługi).

Odwołujący zarzucił również, że z treści decyzji ZRID nr 176/P/2014 z dnia 22 września 2014 r. wynika, że projekt budowlany będący podstawą uzyskania decyzji ZRID musiał zostać zrealizowany przed wrześniem 2014 r., czyli ponad 3 lata przed terminem składania ofert (4 listopada 2020 r.), a ponadto w decyzji ZRID zostali wskazani inni projektanci, tj. projektanci Transprojekt Gdańsk. W odniesieniu do powyższego należy stwierdzić, że odwołujący powołał się na nieaktualną decyzją ZRID, albowiem jak wynika z dowodu w postaci decyzji o zmianie decyzji ZRID z dnia 30 listopada 2017 r. (decyzja Wojewody Mazowieckiego nr 152/P/2017 o zmianie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej z dnia 30 listopada 2017 r.) na mocy tej decyzji Wojewoda Mazowiecki zmienił ostateczną decyzję Wojewody Mazowieckiego nr 176/P/2014 z dnia 22 września 2014 r., zmienioną decyzją Wojewody Mazowieckiego nr 57/P/2017 z dnia 18 maja 2017 r.

II. W odniesieniu do zarzutu braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej lub zawodowej:

Powołując się na treść warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.2.3 a SIWZ odwołujący zarzucił, że przystępujący nie wykazał spełnienia ww. warunku z uwagi na to, że osoba wskazana na stanowisko kierownika robót kolejowych nie uczestniczyła w realizacji wskazanego zadania („Prace na liniach kolejowych nr 68, 565 na odcinku Lublin – Stalowa Wola Rozwadów wraz z elektryfikacją”) przez cały okres budowy, co było konieczne do nabycia doświadczenia wymaganego przez zamawiającego zgodnie z opisem warunku.

Ww. warunek udziału w postępowaniu został określony przez zamawiającego w następujący sposób (w zakresie wymogu doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia ww. funkcji):

Ogłoszenie o zamówieniu:

kierownik robót kolejowych w zakresie kolejowych obiektów budowlanych (1 osoba):

Doświadczenie: min. 60 m-cy w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót kolejowych. Minimum 1 zadanie dotyczące budowy, rozbudowy lub przebudowy infrastruktury kolejowej w zakresie m.in. jednego toru szlakowego wraz ze stacją kolejową, zabudowę

rozjazdów z urządzeniami EOR, sieć trakcyjną, urządzenia srk, roboty odwodnieniowe, roboty podtorzowe.

SIWZ:

- Kierownik robót kolejowych w zakresie kolejowych obiektów budowlanych (1 osoba) – wymagania:

Doświadczenie: min. 60 miesięczne doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Kolejowych w zakresie kolejowych obiektów budowlanych. Należy wykazać się doświadczeniem w realizacji jako Kierownik Budowy lub Kierownik Robót Kolejowych w zakresie kolejowych obiektów budowlanych min. 1 zadania dotyczącego budowy, rozbudowy lub przebudowy infrastruktury kolejowej w zakresie m.in. jednego toru szlakowego wraz ze stacją kolejową, zabudowę rozjazdów z urządzeniami EOR, sieć trakcyjną, urządzenia srk, roboty odwodnieniowe, roboty podtorzowe.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że Izba częściowo podziela pogląd odwołującego w zakresie interpretacji ww. warunku udziału w postępowaniu. W przypadku, gdy w treści opisu warunku wskazano na konieczność posiadania doświadczenia w realizacji określonego zadania, co do zasady, tj. o ile nie wskazano innego okresu, konieczne jest posiadanie doświadczenia w realizacji tego zadania w całości, tj. od jego rozpoczęcia do zakończenia. Całkowicie nieracjonalne byłoby ustanowienie warunku, zgodnie z którym wystarczające byłoby pełnienie określonej funkcji przy realizacji inwestycji przez bardzo krótki okres (np. kilku dnia). Jednakże odmienna sytuacja wystąpiła w niniejszej sprawie, albowiem w treści ww. warunku zamawiający w sposób odmienny uregulował wymagany czasokres pełnienia funkcji kierownika budowy lub kierownika robót kolejowych w zakresie kolejowych obiektów budowlanych, tj. min. 60 miesięcy. Spełnienie ww. warunku wymaga jednoczesnego spełnienia wymogów co do przedmiotu min. 1 zadania, wyszczególnionych w opisie warunku, co jednak nie stanowi rozważań Izby, albowiem zarzuty w tym zakresie nie zostały w odwołaniu podniesione.

Mając na uwadze powyższe podniesiony przez odwołującego zarzut braku posiadania wymaganego doświadczenia przez osobę wskazaną przez przystępującego na stanowisko kierownika robót kolejowych z uwagi na brak pełnienia wymaganej funkcji przez cały okres realizacji inwestycji Izba uznała za niepotwierdzony.

Ponadto odwołujący zarzucił, że z dowodów przedstawionych przez przystępującego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.2.3 lit. b SIWZ w zakresie prac projektowych (protokoły z dnia 22 listopada 2017 r. dotyczące zadania: *Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. „Prace na linii kolejowej nr 25 na odcinku Skarżysko Kamienna – Sandomierz”*; Zakres dokumentacji projektowej: *Koncepcja*

Projektowa, Projekt Budowlany oraz Projekt Wykonawczy; Obiekt: Most kolejowy w km 186,811 Lk25) nie wynika należyte wykonanie dokumentacji projektowej. Wskazano, że załącznikami do ww. protokołów były Wykazy usterek i nieprawidłowości. Ponadto w odniesieniu do protokołu dotyczącego części I podniesiono, że potwierdza przekazanie jedynie części dokumentacji projektowej.

W odniesieniu do powyższego należy stwierdzić, że usługa przedstawiona przez przystępującego na potwierdzenie ww. warunku została zrealizowana na rzecz jednego z zamawiających, tj. PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie. Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 6 ustawy Pzp wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2019 r. poz. 700, 730, 848 i 1590).

Jak wynika ze stanowiska przedstawionego przez zamawiającego prowadzącego postępowanie (Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie) prawidłowość realizacji ww. zadania została potwierdzona u drugiego zamawiającego (PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie), na rzecz którego zadanie to zostało zrealizowane (wiadomość email z dnia 13 stycznia 2021 r.). Na etapie weryfikacji oferty przystępującego ten zamawiający dysponował dodatkowymi protokołami odbioru dotyczącymi ww. inwestycji. Należy również zauważyć, że wystąpienie usterek i nieprawidłowości nie oznacza nienależytego wykonania umowy, jeżeli te usterki i nieprawidłowości zostaną przez wykonawcę usunięte.

Mając na uwadze powyższe, zarzut dotyczący przedstawienia przez przystępującego niewystarczających dowodów na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu Izba uznała za niepotwierdzony.

Należy również dodać, że zarzuty powinny zostać opisane w odwołaniu w sposób precyzyjny i kompletny. Izba nie jest uprawniona do rozpoznania zarzutów, które nie zostały w odwołaniu podniesione, jak i nie może uzupełniać zarzutów o treści, które w odwołaniu nie zostały zawarte. Ponadto odwołujący obowiązany jest do udowodnienia podniesionych zarzutów. Inicjatywa w zakresie pozyskania odpowiednich dowodów leży po stronie odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 ustawy Pzp z 2019 r.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp z 2019 r. oraz § 8 ust. 2 zd. pierwsze 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).

Przewodniczący: