

Sygn. akt: KIO 1614/20

WYROK

z dnia 26 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 06 i 21 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2020 r. przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o., Swietelsky AG (ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gmina Miejska Kraków (Pl. Wszystkich Świętych 3-4, 31-004 Kraków)**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Intop Tarnobrzeg Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego ENERGOPOL Sp. z o.o. (ul. Sienkiewicza 145 M, 39-400 Tarnobrzeg)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o., Swietelsky AG (ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków)** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o., Swietelsky AG (ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o., Swietelsky AG (ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków)** na rzecz Zamawiającego **Gmina Miejska Kraków**

(PI. Wszystkich Świętych 3-4, 31-004 Kraków) kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz.1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Miejska Kraków prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Przebudowa stacji kolejowej „Kraków Swoszowice” wraz z budową parkingu typu Park & Ride”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11.12.2019 r. pod numerem 2019/S 239-587628.

Odwołujący - Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o., Swietelsky AG wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewykluczenie Konsorcjum Intop-Energopol, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wskazanych w pkt 8.6.1 lit e) Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia, art. 24 ust. 1 pkt 16), w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy PZP poprzez niewykluczenie Konsorcjum Intop-Energopol, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, podczas gdy z dokumentów i oświadczeń złożonych w toku postępowania wynika, że Konsorcjum Intop-Energopol nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wskazanych w pkt 8.6.1 lit e) SIWZ i w konsekwencji podlega wykluczeniu; art. 24 ust. 1 pkt 17), w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy PZP - poprzez niewykluczenie Konsorcjum Intop-Energopol z tego powodu, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, które miały istotny wpływ na rozstrzygnięcie postępowania; art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy PZP - poprzez nie odrzucenie oferty Konsorcjum Intop-Energopol pomimo tego, że treści jej oferty nie odpowiada treści SIWZ; art. 87 ust. 1 ustawy PZP poprzez niedopuszczalną zmianę treści oferty; art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy PZP - poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz poprzez wybór wykonawcy Konsorcjum Intop- Energopol, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania; nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Konsorcjum Intop-Energopol; nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert, a w jej następstwie - wykluczenie tego Wykonawcy w związku z niewykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz odrzucenie jego oferty, gdyż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ; dokonanie wyboru oferty Konsorcjum w składzie: Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum, Swietelsky AG, - Partner Konsorcjum jako

najkorzystniejszej w postępowaniu, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Zamawiający w części: TOM I - Instrukcja dla wykonawców (IDW) pkt 8 treść SIWZ, określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, które winny być spełnione przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W zakresie zdolności technicznej tub zawodowej, stosownie do postanowień pkt. 8.6.1 lit e) Tom I SIWZ - Instrukcja Dla Wykonawców, Zamawiający przewidział m.in. wymaganie, aby Wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali budowę lub przebudowę (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) co najmniej jednego peronu o długości co najmniej 200 m na stacji lub przystanku kolejowym.

W punkcie 23.1 IDW Zamawiający zastrzegł, że Wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania kluczowych części Zamówienia: - budowa konstrukcji peronu (o którym mowa w RCO dla Etapu I, Cz. B.I, Rozdział 1: Cz. B, Lp. 1.3 i 1.4) oraz dopuścił powierzenie pozostałych części zamówienia podwykonawcom. Wykonawca zobowiązany został także wskazać w Formularzu Ofertowym i Jednolitym Dokumencie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podać firmy tych podwykonawców. Zdaniem Odwołującego ideą Zamawiającego było skorelowanie i powiązanie zakresu zdolności technicznej lub zawodowej, którą wykazać się mieli wykonawcy z zastrzeżeniem osobistego wykonania budowy konstrukcji peronu (o którym mowa w RCO dla Etapu I, Cz. B.I, Rozdział 1: Cz. B, Lp. 1.3 i 1.4).

Wykonawca Intop-Energopol w punkcie 11 Formularza Ofertowego zawarł oświadczenie, iż w zakresie spełnienia wymogów zdolności technicznej lub zawodowej zamierza korzystać zasobów podmiotu trzeciego - firmy Track Tec Construction Sp. z o.o. Jednocześnie jako załącznik do oferty dołączono zobowiązanie podmiotu trzeciego dotyczące oddania na potrzeby Wykonawcy Intop-Energopol zasobów w postaci zdolności technicznej i zawodowej w zakresie opisanym w punkcie 8.6.1 lit e) IDW tj. budowy lub przebudowy (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) co najmniej jednego peronu o długości co najmniej 200 m na stacji lub przystanku kolejowym. Składając ofertę w zakresie wykazania zdolności technicznej lub zawodowej nie dokonał żadnych dodatkowych zastrzeżeń w stosunku do ograniczenia zakresu prac i robót planowanych do powierzenia podwykonawcom, tj. kluczowych części Zamówienia - budowa konstrukcji peronu o którym mowa w RCO dla Etapu I. Cz. B.I. Rozdział 1: Cz. B. Lp. 1.3 i 1.4).

W toku postępowania Zamawiający kilkakrotnie kierował do Wykonawcy Intop-Energopol wezwania o udzielenie stosownych uzupełnień oraz wyjaśnień.

Zamawiający 15 kwietnia 2020 roku wezwał do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa w pkt. 9.1. Tomu ISIWZ - IDW, w zakresie dokumentu JEDZ Lidera Konsorcjum, gdzie na str. 5 w odpowiedzi na pytanie: „Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia?”, Lider Konsorcjum zaznaczył odpowiedź nie. Jednocześnie stosownie do treści pozostałych dokumentów dołączonych do oferty, wymienionych w punkcie 5 powyżej wynikało, że Konsorcjum będzie polegało na zasobach podmiotów trzecich w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. W ramach wyjaśnień złożonych 20.04.2020 r. Konsorcjum przedstawiło dokument JEDZ, w którym na pytanie czy zamierza zlecić osobom trzecim pod wykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia zaznaczyło odpowiedź twierdzącą „tak”, nie dokonując w pozostałym zakresie żadnych uzupełnień bądź modyfikacji w odniesieniu do planowanego pod wykonawstwa. Dodatkowo załączono zobowiązanie firmy Track Tec Contruction Sp. z o.o., w którym podmiot ten oświadczył, iż udostępni Wykonawcy zasoby w zakresie, zgodnym z pkt 8.6.1. e) SIWZ tj. Budowa lub przebudowa (w rozumienia ustawy Prawo Budowlane) co najmniej jednego peronu o długości co najmniej 200m na stacji lub przystanku kolejowym. Podmiot trzeci zobowiązał się do udziału w wykonywaniu zamówienia w pełnym zakresie niezbędnym do realizacji prac objętych zamówieniem realizowanym przez wykonawcę (tj. w zakresie budowy lub przebudowy peronu), na podstawie umowy podwykonawczej.

23 kwietnia 2020 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia określonych w wezwaniu oświadczeń i dokumentów, w tym wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem składania ofert wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, jak również dowodów określających czy roboty budowlane wymienione w wykazie zostały wykonane należycie.

Wykonawca przekazał oświadczenia i dokumenty, wnioskowane przez Zamawiającego. Wśród nich załączył załącznik nr 7 do IDW - Wykaz robót budowlanych wykonanych przez Wykonawcę. W załączniku w pkt. 7 wykazał doświadczenie podmiotu trzeciego - Track Tec Construction Sp. z o.o. w zakresie spełnienia warunków - wykonania budowy lub przebudowa (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) co najmniej jednego peronu o długości co najmniej 200 m na stacji lub przystanku kolejowym. W ocenie Odwołującego, już na tym etapie postępowania Wykonawca powinien zostać wykluczony, gdyż nie spełniał wymogów udziału w postępowaniu.

08 czerwca 2020r roku Zamawiający, przywołując postanowienia SIWZ ograniczające możliwość powierzenia części robót innym podmiotom do robót innych aniżeli budowa konstrukcji peronu (o którym mowa w RCO dla Etapu I, Cz. B.I, Rozdział 1: Cz. B, Lp. 1.3 i 1.4), ponownie wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie planowanego podwykonawstwa.

10 czerwca 2020 Wykonawca przedstawił wyjaśnienia, w których poinformował, iż „kluczowe części zamówienia - tj. budowę konstrukcji peronu Lider Konsorcjum - spółka Intop Tarnobrzeg sp. z o.o. wykona samodzielnie, bez udziału podwykonawców." Jednocześnie oświadczył, iż „Lider Konsorcjum - spółka Intop Tarnobrzeg sp. z o.o. na dzień składania ofert posiadał samodzielnie doświadczenie (...), gdyż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert ukończyła realizację prac związanych z budową peronu o długości co najmniej 200m na stacji lub przystanku kolejowym w ramach zadania realizowanego dla PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

19 czerwca 2020 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia określonych w wezwaniu oświadczeń i dokumentów, w tym wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem składania ofert wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, jak również dowodów określających czy roboty budowlane wymienione w wykazie zostały wykonane należycie. Wykonawca w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP przedstawił nowy wykaz robót.

Zdaniem Odwołującego oświadczenie zawarte w przytoczonym piśmie z 10 czerwca 2020 r. i z 25 czerwca 2020 stwierdzające, iż kluczowe części zamówienia - tj. budowę konstrukcji peronu, spółka Intop Tarnobrzeg sp. z o.o. wykona samodzielnie, bez udziału podwykonawców, złożone zostało dopiero po wezwaniu Zamawiającego do wyjaśnień i należy je traktować jako niedopuszczalną zmianę treści oferty dokonaną już po jej złożeniu, która zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy PZP jest niedozwolona. Zdaniem Odwołującego informacje przytoczone przez Wykonawcę nie stanowiły jedynie wyjaśnienia wątpliwości w stosunku do treści złożonej oferty, a stanowiły jej zmianę polegającą na korekcie jej postanowień odnoszących się do zakresu prac planowanych do powierzenia podwykonawcy. Wykonawca zgodnie ze złożoną ofertą założył powierzenie kluczowych zakresów robót, których wykonanie Zamawiający zastrzegł do osobistej realizacji przez Wykonawców innemu Wykonawcy. Gdyby było inaczej, oferta w swej treści, powinna zawierać stosowne zastrzeżenie, iż zakres prac do powierzenia nie dotyczy budowy konstrukcji peronu.

W opinii Odwołującego, złożona przez Wykonawcę oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż zakłada w swej treści powierzenie realizacji podwykonawcom części robót, które Zamawiający bezwzględnie zastrzegł do osobistej realizacji przez Wykonawcę i jako taka powinna zostać odrzucona, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP.

Niezależnie od powyższego Odwołujący stwierdził, iż dołączenie zobowiązania firmy Track Tec Construction sp. z o.o. spowodowane było faktem, iż Wykonawca nie spełniał i nadal nie spełnia określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu wskazanych w pkt 8.6.1 lit e) Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia. Dlatego zdaniem Odwołującego nieprawdziwe są twierdzenia i zapewnienia Wykonawcy że „Lider Konsorcjum - spółka Intop Tarnobrzeg sp. z o.o. na dzień składania ofert posiadała samodzielnie doświadczenie w tym zakresie, gdyż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert ukończyła realizację prac związanych z budową peronu o długości co najmniej 200m na stacji lub przystanku kolejowym w ramach zadania realizowanego dla PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.". Przedstawione na wszystkie wezwania Zamawiającego dokumenty i wyjaśnienia nie potwierdzają spełnienia opisanych warunków udziału w postępowaniu, a wręcz przeciwnie, ukazują i niezbicie udowadniają, brak spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że brak spełnienia warunków przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu wynika z następujących faktów:

a) na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP Wykonawca przedstawił nowy wykaz robót, w którym wskazuje w poz. 7a zamówienie wykonane przez członka konsorcjum - INTOP Tarnobrzeg sp. z o.o., na rzecz PKP PLK S.A. dot. Poprawy stanu technicznego obiektów inżynierskich Etap I - Modernizacja estakady kolejowej w Gorzowie Wielkopolskim w zakresie: przebudowa peronu nr 1 (długość peronu 336 m tj. km 296,943 - 297,279 linii kolejowej nr 203 Tczew - Kostrzyn) na stacji kolejowej Gorzów Wielkopolski obejmująca: (i) rozbiórkę nawierzchni peronowej i krawędzi peronu nr 1, (ii) budowę krawędzi peronowej peronu nr 1, (iii) roboty ziemne - zabudowa gruntu zasypowego w platformie peronowej peronu nr 1, (iv) budowa nawierzchni.

Zgodnie z wymaganiami SIWZ wykonawca miał wykazać, m.in. że wykonał budowę lub przebudowę (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) co najmniej jednego peronu o długości co najmniej 200 m na stacji lub przystanku kolejowym.

Jak wskazał Odwołujący, z przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów nie wynika, aby wykonawca, czyli Intop Tarnobrzeg sp. z o.o. w ramach przedmiotowego zamówienia

wykonał budowę albo przebudowę Peronu nr 1. Znikomy zakres prac związany głównie ze skróceniem zadaszania wiaty peronowej nie można nazwać przebudową albo budową peronu. Dokumenty zdaniem Odwołującego w żaden sposób nie wskazują na wykonanie robót budowlanych, których przedmiotem była budowa albo przebudowa istniejącego peronu nr 1. Z treści Protokołu odbioru końcowego nr OliŚ.17006/H/1868/WO/2020 z dnia 25.02.2020 r. cz. I pkt 4 lit c), która dotyczy zakresu rzeczowego zamówienia co do peronów - w kontekście Peronu nr 1 wskazano jedynie „usunięcie niedoboru skrajni wiaty na peronie nr 1”, a modernizacja dotyczyła jedynie peronu nr 2. Natomiast budowa dotyczyła nowego peronu przy ul. Teatralnej, na którą wykonawca się nie powołuje.

Dalej Odwołujący wskazał, że w kolejnych punktach jasno wskazano, że nie dokonywano przebudowy, o czym świadczą wielokrotnie przytaczane zapisy m.in. w punktach 1.3.6 oraz 1.3.7, że „płyty peronowe nie podlegały wymianie”, tym samym niemożliwe było przeprowadzenie pozostałych robót związanych z przebudową peronu.

Punkt 2 przedmiotowego Protokołu stwierdza: „Konstrukcja wiaty (opis konstrukcji odbieranej). Zgodnie z warunkami kontraktu dla uzyskania skrajni budowli skrócone zostało o ok 20 cm zadaszanie wiaty. Dodatkowo wymieniono spróchniałe deski i pokrycia papą dachu wiaty, uzupełniono elementy odwodnienia (rury spustowe), odnowiona warstwa wierzchnia zabezpieczenia antykorozyjnego.” Pozostałe elementy peronu, takie jak oświetlenie, winda nie podlegały przebudowie. Odwołujący wyjaśnił, że sama wiatka peronowa stanowi odrębny obiekt budowlany, co wynika wprost z tego, że stanowi ona odrębny/osobny środek trwały, który poddawany jest niezależnym przeglądom okresowym zgodnie z Prawem Budowlanym (nie można więc robót budowlanych realizowanych na tym obiekcie traktować jako prac związanych z robotami obejmującymi przebudowę peronu).

Odwołujący wskazał także, że z Protokołu nr 01/2020 z dnia 12.05.2020 r. dotyczącego odbioru końcowego nie wynika w żaden sposób, że wykonawca wykonał budowę lub przebudowę peronu nr 1. Jedyne dokumenty, które poświadczają, że Wykonawca Intop Tarnobrzeg sp. z o.o. wykonał przebudowę Peronu nr 1 są oświadczenia konsorcjantów, którzy wspólnie realizowali zamówienie dotyczące poprawy stanu technicznego obiektów inżynierskich Etap I - Modernizacja estakady kolejowej w Gorzowie Wielkopolskim”. Natomiast z dokumentów (protokołów odbioru) wystawionych przez Inwestora - podmiot zlecający nie wynika w sposób nie budzący wątpliwości, że w ramach tego zamówienia była wykonana przebudowa peronu nr 1, jak to wynika dla przykładu dla peronu nr 2 i peronu przy ul. Teatralnej.

Odwołujący wskazał także, że protokół odbioru końcowego nr 01/2020 dotyczący Inwestycji datowany jest na dzień 12 maja 2020, a więc opatrzony jest datą późniejszą aniżeli termin

składania ofert w postępowaniu. Treść protokołu odbioru nie opisuje w żadnym zakresie zakresu robót zrealizowanych w ramach Inwestycji na Peronie nr 1. Przedmiotowy protokół zawiera również zapisy o wykonaniu budowy nowego peronu przy ul. Teatralnej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, który to zakres w świetle oświadczenia przywołanego w lit a) powyżej nie wykonywała firma Intop Tarnobrzeg Sp. z o.o. Załączniki do Protokołu odbioru stosownie do postanowień punktu 14, nie zawierają informacji o wykonaniu robót w zakresie budowy bądź przebudowy Peronu.

Odwołujący argumentował, że z dokumentów przedłożonych przez Wykonawcę wynika, że wyłącznie w zakresie Peronu nr 1 została wykonana jedynie poprawa stanu technicznego (takich elementów jak np. wiaty, balustrady), brak natomiast robót obejmujących przebudowę Peronu nr 1 (jak np. wymiana płyt peronowych „płyty nie podlegały wymianie”). W związku z powyższym Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykonania budowy lub przebudowy (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) co najmniej jednego peronu o długości co najmniej 200 m na stacji lub przystanku kolejowym.

Z treści ogłoszenia o zamówieniu dotyczącego inwestycji, która jest wykazana na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu również nie wynika, iż w ramach tego zamówienia miała być wykonywana budowa albo przebudowa peronu nr 1. W punkcie II 1.4) stwierdzono, iż w zakresie realizacji peronu nr 1 przewidziano wyłącznie tymczasowy demontaż krawędzi peronowych oraz ich odbudowę. Budowa dotyczyła wyłącznie peronu zlokalizowanego przy ulicy Teatralnej, a nie Peronu nr 1.

Odwołujący stwierdził, że skoro Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP wykazu robót oraz dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie, w zakresie powyższego warunku, to uznał, że Wykonawca nie wykazał w tym zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu powołując się na doświadczenie podmiotu trzeciego tj. firmy Track Tec Construction sp. z o.o. W przeciwnym wypadku bezprzedmiotowe byłoby powyższe wezwanie.

Ponadto Odwołujący wskazał, że konsorcjant Intop Tarnobrzeg Sp. z o. o. na potwierdzenie spełniania wskazanego wyżej warunku powołuje się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum z firmą POLWAR S.A i firmą INTERCOR sp. z o.o. Zgodnie z orzecnictwem, aby wykonawca mógł powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum musi wykazać, że dany zakres robót był rzeczywiście przez niego wykonany. Tymczasem z treści umowy konsorcjum z dnia 23.10.2016 r. a dokładnie z załączników do tej umowy wynika, jaki jest podział rzeczowy prac do wykonania dla wszystkich członków konsorcjum. Z treści załącznika nr 4 wynika, że branża torowa powierzona jest do realizacji „wspólnym podwykonawcom”. Natomiast z załącznika nr 2 dot. Zakresu rzeczowego robót powierzonych

do realizacji INTOP Tarnobrzeg Sp. z o.o. w ramach przedmiotowego konsorcjum nie wynika, żeby INTOP Tarnobrzeg Sp. z o.o. realizował roboty, które nazwać można przebudową albo budową peronu.

Odwołujący zwrócił także uwagę na brak referencji wystawionych przez Inwestora - PKP PLK S.A., a to dlatego, iż kosmetyczne prace na peronie nr 1 nie mogą być uznane za przebudowę albo budowę.

Zdaniem Odwołującego, podjęte przez Zamawiającego czynności, tj. dokonanie wyboru wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu stanowi naruszenie wskazanej w art. 7 ust. 1 ustawy PZP zasady stanowiącej, iż, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Naruszenie opisanych zasad dotyczy w szczególności wielokrotnego wyzwania Wykonawcy do uzupełniania dokumentów oraz składania wyjaśnień w odniesieniu do tego samego zakresu oferty, co zdaniem Odwołującego nie powinno mieć miejsca, a nade wszystko wybór Wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, przez co powinien zostać on wykluczony z przedmiotowego postępowania, a oferta winna być odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ. Prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający równego traktowania wykonawców poprzez dokonanie wyboru ofert wykonawcy, który powinien zostać wykluczony stanowi naruszenie i uczciwej konkurencji, co stoi w sprzeczności z zasadą opisaną w PZP.

W opinii Odwołującego powyższe okoliczności stanowić powinny podstawę dla podjęcia przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu Wykonawcy z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu - art. 24 ust. 1 pkt 12) PZP, zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo wprowadzające Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu - art. 24 ust. 1 pkt 16) PZP, lekkomyślność lub niedbalstwo przedstawił informację wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu - art. 24 ust. 1 pkt 17) PZP oraz o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP oferty Wykonawcy z powodu, iż treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu, wykonawcy byli zobowiązani wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonali budowę lub przebudowę co najmniej jednego peronu o długości co najmniej 200 m na stacji lub

przystanku kolejowym. Pojęcie budowa lub odbudowa interpretowane było zgodnie z definicją ustawy Prawo budowlane.

Zgodnie z art. 3 pkt 6 i 7a ustawy Prawo budowlane, przez pojęcie „budowa” należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Z kolei przez pojęcie „przebudowa” należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość.

Przystępujący przedstawił jako potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu prace zrealizowane przez Intop Tarnobrzeg sp. z o.o. (jako członka innego konsorcjum) na rzecz PKP PLK S.A. Prace dotyczyły zadania poprawy stanu technicznego obiektów inżynierskich Etap I – Modernizacja estakady kolejowej w Gorzowie Wielkopolskim w zakresie peronu nr 1. Zamawiający oczekiwał (zgodnie z formularzem wykazu) przedstawienia przez Wykonawcę przedmiotu wykonywanych robót – należało opisać roboty w sposób umożliwiający weryfikację spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przystępujący wskazał na przebudowę peronu nr 1 (długość peronu 336 m, tj. km 296,943 - 297,279 linii kolejowej nr 203 Tczew – Kostrzyn) na stacji kolejowej Gorzów Wielkopolski, obejmującą: rozbiórkę nawierzchni peronowej i krawędzi peronu nr 1, budowę krawędzi peronowej peronu nr 1, roboty ziemne - zabudowę gruntu zasypowego w platformie peronowej peronu nr 1, budowę nawierzchni peronowej peronu nr 1). Jako termin rozpoczęcia robót wskazano 10 listopada 2016 roku, a termin zakończenia - 22 stycznia 2020 roku.

W ocenie Izby, Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a tym samym zarzut Odwołującego okazał się nieuzasadniony.

Jak wskazano powyżej, zgodnie z definicją pojęcia budowa zawartą w ustawie Prawo budowlane (a zgodnie z tą definicją interpretowane miało być spełnienie warunku udziału w postępowaniu), za budowę uznawane jest wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowa, rozbudowa, nadbudowa obiektu budowlanego. Zatem budową jest także odbudowa obiektu budowlanego.

Przedstawiony przez Przystępującego materiał dowodowy potwierdza, że Wykonawca Intop Tarnobrzeg sp. z o.o. wykonał odbudowę peronu nr 1 na stacji Gorzów Wielkopolski.

Należy wskazać, że rzeczywisty zakres robót wynika z dokumentacji przedstawionej w toku postępowania odwoławczego.

- 1) W treści projektu budowlanego „Modernizacja estakady kolejowej w Gorzowie Wielkopolskim” Tom II/1 Branża torowa w punkcie 3.7 wskazano, że: „Peron nr 1 został wyremontowany w roku 2011, w związku z powyższym krawędź peronu należy pozostawić jak w stanie istniejącym, przy czym: krawędź peronu przy torze nr 1 z uwagi na konieczność odkrycia muru oporowego będzie musiała zostać zdemontowana, a następnie odtworzona. Odległość krawędzi peronowej powinna wynosić 1725 mm od osi toru i 55 cm powyżej główki szyny. W torze nr 2 na odcinku tzw. estakady dworcowej nawierzchnia peronowa zostanie zdemontowana, a następnie odtworzona. W pozostałej części peronu oś toru będzie podlegać regulacji, przy jednoczesnej regulacji położenia płyt peronowych. Odległość krawędzi peronowej powinna wynosić 1725 mm od osi toru i 55 cm powyżej główki szyny. Celem umożliwienia wykonania remontu muru oporowego w obrębie peronu nr 1 przy torze nr 1 konieczne będzie rozebranie części nawierzchni peronowej. Po zakończeniu prac remontowych nawierzchnię peronową należy odtworzyć z materiału pozyskanego z rozbiórki.”
- 2) W treści projektu wykonawczego „Modernizacja estakady kolejowej w Gorzowie Wielkopolskim” Tom II/1 Branża torowa w punkcie 5.7 wskazano: „Peron nr 1 został wyremontowany w roku 2011, w związku z powyższym krawędź peronu należy pozostawić jak w stanie istniejącym, przy czym: krawędź peronu przy torze nr 1, z uwagi na konieczność odkrycia muru oporowego będzie musiała zostać zdemontowana, a następnie odtworzona. Odległość krawędzi peronowej powinna wynosić 1725 mm od osi toru i 55 cm powyżej główki szyny. W torze nr 2 na odcinku tzw. estakady dworcowej nawierzchnia peronowa zostanie zdemontowana, a następnie odtworzona. W pozostałej części peronu oś toru będzie podlegać regulacji, przy jednoczesnej regulacji położenia płyty peronowej. Odległość krawędzi peronowej powinna wynosić 1725 mm od osi toru i 55 cm powyżej główki szyny. Ściankę krawędzi peronowej należy posadzić na ławie betonowej gr. min. 20 cm. Ława fundamentowa powinna być wykonana w taki sposób, aby nie naruszała skrajni podziemnej toru oraz z uwzględnieniem wykonania warstwy wyrównawczej z zaprawy cementowej gr. 30 mm.”
- 3) W treści projektu wykonawczego „Modernizacja estakady kolejowej w Gorzowie Wielkopolskim” Tom II/1 Branża torowa przedmiar robót, w punkcie 6 budowa peronów wyszczególniono odtworzenie krawędzi peronu nr 1 (mb 406), roboty ziemne – zabudowa gruntu zasypowego w platformie peronowej – odtworzenie krawędzi peronu nr 1 (592 m³), odtworzenie nawierzchni peronu nr 1 (szacunkowo) (609 m²).
- 4) W złożonym oświadczeniu projektant (J. S.) potwierdził, iż dla potrzeb wykonania

robót konstrukcyjno-budowlanych dla murów oporowych, peron nr 1 od strony toru nr 1 podlegał całkowitej rozbiórce, a następnie został odbudowany – wykonano nową ławę fundamentową, a także budowę (odbudowę) ścianki peronowej, wraz z wykonaniem zasypek konstrukcyjnych i montażem płyt peronowych. Od strony toru nr 2 nawierzchnia peronowa została zdemontowana, a następnie po regulacji odtworzona.

5) W treści ogłoszenia o zamówieniu przedstawiono zakres prac wchodzących w zakres zamówienia. Wyszczególniono w nim m. in. budowę peronu przy ulicy Teatralnej wraz z zadaszeniem i niezbędną infrastrukturą i wyposażeniem, modernizację wiat peronowych, modernizację peronu nr 2, tymczasowy demontaż krawędzi peronowych peronu nr 1 oraz ich odbudowę.

6) Z treści przedstawionego przez Odwołującego pisma z 29 lipca 2020 roku skierowanego do Odwołującego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. wynika, że „W obrębie peronu nr 1 stacji Gorzów Wielkopolski wykonane zostały następujące roboty budowlane związane z konstrukcją peronu: demontaż i odtworzenie krawędzi peronu przy torze nr 1, z uwagi na konieczność odkrycia muru oporowego, demontaż i odtworzenie nawierzchni peronowej krawędzi peronu przy torze nr 2, na odcinku tzw. estakady dworcowej, a w pozostałej części peronu regulacja osi toru przy jednoczesnej regulacji położenia płyty peronowej.

Roboty wykonywali Konsorcjanci: od strony toru nr 1 – INTOP Tarnobrzeg sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), natomiast od strony toru nr 2 – Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. (Lider Konsorcjum). Dokumentacji powykonawczej nie sporządzono, ponieważ peron nie podlega przebudowie.”

7) Z treści pisma z 13 sierpnia 2020 roku stanowiącego odpowiedź PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. na wniosek Przystępującego o sprostowanie udzielonej informacji publicznej w sprawie robót zrealizowanych na peronie nr 1 Gorzów Wielkopolski wynika, że: „w obrębie peronu nr 1 stacji Gorzów Wielkopolski z uwagi na konieczność odkrycia muru oporowego dla potrzeb wykonania robót konstrukcyjno-budowlanych krawędź i nawierzchnia peronu nr 1 przy torze nr 1 zostały zdemontowane, a następnie odtworzone – wykonano nową ławę fundamentową i zabudowano grunt zasypowy w platformie peronowej. Krawędź i nawierzchnia peronu nr 1 przy torze nr 2, na odcinku tzw. Estakady Dworcowej, zostały zdemontowane, a następnie odtworzone. Na pozostałym odcinku peronu nr 1 przy torze nr 2 została wykonana regulacja położenia płyt.”

Z powyższych dokumentów wynika zakres prac, jakie realizował Wykonawca Intop Tarnobrzeg sp. z o.o. Zakres tych prac to demontaż krawędzi peronowej oraz nawierzchni

peronu nr 1 przy torze nr 1, a następnie ich odtworzenie, w tym także wykonanie nowej ławy fundamentowej i zabudowa gruntu zasypowego w platformie peronowej. Odwołujący na pytanie Izby (w szczególności w zakresie odniesienia się Odwołującego do pisma PKP PLK S.A. z dnia 13 sierpnia 2020 roku) przyznał, że nie przeczy, że takie prace były wykonywane. Jednocześnie nie wskazał, jakie jeszcze prace miałyby składać się na budowę/odbudowę peronu. Skoro zatem Odwołujący nie wykazał, jakie dodatkowo prace miałyby składać się na odbudowę peronu, a Przystępujący wykazał, że wykonał szereg prac związanych ze zdemontowaniem a następnie odbudową peronu, to oznacza, że Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący nie zrealizował prac stanowiących odbudowę peronu.

Odwołujący w drugiej części rozprawy wskazał, że powyższe prace były wykonywane na długości zaledwie kilkudziesięciu metrów, co nie wypełnia wymagania warunku, jaki postawił Zamawiający, tj. zrealizowania budowy/przebudowy peronu o długości co najmniej 200 m na stacji lub przystanku kolejowym.

Jednakże, jak wskazywał sam Odwołujący i jak wynika z wyżej przytoczonych dokumentów, ww. prace były wykonywane w celu odkrycia i wykonania prac konstrukcyjnych dotyczących murów oporowych. Zatem, jak wskazywał Przystępujący, prace były wykonywane na długości tych murów, tj. na długości muru V9 (znajdującego się przy peronie nr 1, torze nr 1) o długości 166 m oraz na długości muru V10 (znajdującego się przy peronie nr 1, torze nr 1) o długości 94 m. Łączna długość obu murów oporowych to 259 metrów, co potwierdza wymagania warunku co do długości peronu.

Na okoliczność, że Przystępujący zrealizował prace w powyżej wskazanym zakresie na długości peronu 406 metrów wskazuje Projekt wykonawczy, gdzie w punkcie 1.5. wskazano na rozbiórkę krawędzi peronowej peronu nr 1 o ilości 406 mb oraz 6.3 wskazano na odtworzenie krawędzi peronu nr 1 o długości 406 mb. Jak wyjaśnił Przystępujący w złożonym w trakcie rozprawy dokumencie pn. Wyliczenie ilości rozebranej i odbudowanej krawędzi peronu nr 1, tj. pozycji nr 1.5 i 6.3 przedmiaru robót, na długość wykonania nawierzchni peronowej od strony toru nr 1 i toru nr 2 składają się długość muru V10 o długości 94 metry, długość muru V9 o długości 166 metrów oraz dwukrotna długość krawędzi estakady dworcowej – 73 metry x2 (=146 metrów) - krawędź estakady dworcowej została zdemontowana i odtworzona zarówno przy torze numer 1, jak i przy torze numer 2.

Powyższe okoliczności przeczą twierdzeniu Odwołującego, że prace w zakresie odbudowy peronu miały miejsce tylko na długości kilkudziesięciu metrów. Oznacza to, że Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie budowy (odbudowy peronu o długości nie mniejszej niż 200 m).

Należy zauważyć, że w treści odwołania Odwołujący nawiązywał do zrealizowania przez Przystępującego jedynie prac w zakresie wiaty peronowej. Tymczasem z treści dokumentów przedstawionych przez Przystępującego wynika znacznie szerszy zakres prac, tj. roboty w zakresie rozebrania i odbudowy peronu. Na zakres prac, obok dokumentacji wyszczególnionej powyżej, wskazuje także dokumentacja fotograficzna złożona przez Przystępującego. W szczególności z fotografii na stronach 17-20 wynika całkowite zdemontowanie peronu, także pod wiatą, zaś fotografia na stronie 23 ukazuje zdemontowanie zarówno peronu, jak i wiaty.

Odwołujący wskazywał, że z żadnego dokumentu nie wynika, aby była prowadzona budowa lub odbudowa peronu. Jednakże z przedstawionych dokumentów jednoznacznie wynika zakres prac, jakie zostały wykonane. Nie była to zatem przebudowa wiaty, ale szereg robót, które składały się na demontaż i odbudowanie peronu.

Być może budowa peronu nr 1 nie była celem prowadzonej inwestycji, w szczególności, że jak wynika z dokumentacji, peron został wyremontowany w 2011 roku, a celem był remont murów oporowych i wzmocnienie estakady, jednakże aby te prace wykonać, należało zdemontować i dokonać rozbiórki peronu nr 1, a następnie – jak wynika z załączonych dokumentów - odtworzyć peron, czyli wykonać nową ławę fundamentową i dokonać zabudowania gruntu zasypowego w platformie peronowej, następnie odtworzyć krawędź peronu nr 1. Dodatkowo należy wskazać, że odtworzenie obiektu budowlanego stanowi również jego odbudowę.

W ocenie Izby, wobec braku wykazania przez Odwołującego, co jeszcze miałyby składać się na odbudowę peronu, brak jest podstaw do uznania, że wykonane przez Przystępującego prace nie stanowiły budowy (odbudowy) peronu. Cała dokumentacja, w tym także fotograficzna, wskazują na demontaż i odbudowę peronu. Odwołujący nie wykazał także, aby roboty wykonywane były jedynie na kilkudziesięciu metrach. Przeciwnie, to Przystępujący wykazał, na jakiej długości były wykonywane prace. Powyższe wyczerpuje wymagania Zamawiającego określone w treści warunku udziału w postępowaniu.

Nie jest sporne pomiędzy stronami, że prace na peronie nr 1 wykonywało konsorcjum wykonawców: Intop Tarnobrzeg sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. Z dokumentu przedstawionego przez Odwołującego, tj. z pisma z 29 lipca 2020 roku, jednoznacznie wynika, że roboty na peronie nr 1 od strony toru nr 1 wykonywał Intop Tarnobrzeg sp. z o.o. Zatem samodzielne wykonanie prac na peronie nr 1 przy torze nr 1 spełnia wymagania postawione w treści warunku przez Zamawiającego.

W ocenie Izby nie można uznać, aby Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przystępujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd.

Odwołujący jedynie ogólnie powołał się na wskazane przepisy, nie wskazał konkretnie, która informacja miałyby wprowadzić Zamawiającego w błąd. Odwołujący wykazywał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Okoliczność, czy wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania czy nie, stanowi przedmiot badania Zamawiającego. Ponadto, jak wskazał Zamawiający, przedmiotowe zamówienie było realizowane na jego rzecz, zatem zakres prac jest mu znany. Także z tego powodu trudno uznać, aby możliwe było wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Odwołujący podniósł, że w treści oferty Przystępujący wskazał że będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. warunku opisanego w pkt 8.6.1 e) IDW (o którym mowa powyżej).

Przystępujący przedstawił oświadczenie podmiotu trzeciego, tj. firmy Track Tec Construction sp. z o.o., w którym podmiot trzeci stwierdził, że udostępni Wykonawcy zasoby w postaci zdolności technicznej i zawodowej w zakresie zgodnym z pkt 8.6.1 e) SIWZ, tj. budowa lub przebudowa (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) co najmniej jednego peronu o długości co najmniej 200 m na stacji lub przystanku kolejowym. Jako sposób wykorzystania udostępnionych zasobów wskazano realizowanie części zamówienia, do wykonywania których udostępnione zdolności są wymagane, a także każdy inny sposób, który okaże się niezbędny dla realizacji zamówienia. Jako zakres udziału przy wykonywaniu zamówienia wskazano: w pełnym zakresie niezbędnym do realizacji prac objętych zamówieniem realizowanym przez Wykonawcę.

W ocenie Odwołującego, skuteczność powoływania się na zasoby ww. podmiotu budzi wątpliwości, ponieważ doświadczenie tego podmiotu dotyczy budowy peronu o długości 280 m. na stacji kolejowej Jarosław, zaś Zamawiający w punkcie 23. 1 SIWZ – IDW zastrzegł, że Wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania części zamówienia – budowy konstrukcji peronu.

Ponadto w ocenie Odwołującego oświadczenie Przystępującego, że kluczowe części zamówienia, tj. budowę konstrukcji peronu, wykona samodzielnie, bez udziału podwykonawców, złożone zostało dopiero po wezwaniu Zamawiającego do wyjaśnień i należy je traktować jako niedopuszczalną zmianę treści oferty dokonaną już po jej złożeniu, a która zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest niedozwolona.

Dokonując oceny powyższego zarzutu należy przede wszystkim podkreślić, że Zamawiający nie zażądał od wykonawców złożenia szczególnego oświadczenia o osobistym wykonaniu przez wykonawców kluczowych części zamówienia.

Ponadto należy wskazać na okoliczność, że Odwołujący nie wykazał, aby treść warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganie w zakresie osobistego wykonania przez wykonawców konstrukcji peronu były zbieżne. Ponadto Zamawiający nie zabronił wykonywania przy pomocy podwykonawców całej budowy peronu, a tylko jego części. Oznacza to, że możliwe jest korzystanie z podwykonawców przy budowie peronu, jednakże pod warunkiem, że sama konstrukcja peronu zostanie wykonana osobiście przez wykonawcę. Ponadto Zamawiający nie zastrzegł w treści SIWZ, że wykonawca jest zobowiązany spełnić warunek udziału w postępowaniu samodzielnie i nie może powoływać się na zasoby podmiotu trzeciego. Zamawiający nie zastrzegł w części dotyczącej warunków udziału w postępowaniu, że powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego nie może dotyczyć określonej części zamówienia.

Przed wszystkim jednak w treści swojej oferty Przystępujący wskazał na realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Przystępujący zaakceptował zatem także ograniczenie podwykonawstwa postawione przez Zamawiającego, składając w treści oferty oświadczenie, że akceptuje w pełni i bez zastrzeżeń postanowienia SIWZ dla zamówienia, wyjaśnienia do SIWZ, modyfikację SIWZ i uznaje się za związane postanowieniami SIWZ, gwarantuje wykonanie całości zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, wyjaśnieniami do SIWZ oraz jej modyfikacjami oraz że zrealizuje przedmiotowe zamówienie zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Oznacza to, że Przystępujący zamierza zrealizować zamówienie zgodnie z wymaganiami SIWZ, w tym z wymaganiami z punktu 23.1 (wprowadzającym wymóg osobistego wykonania kluczowej części zamówienia – konstrukcji peronu).

Ponadto, Przystępujący samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu, co oznacza samodzielną umiejętność i możliwość zrealizowania części zastrzeżonej przez Zamawiającego do osobistej realizacji przez wykonawcę. Wobec tej okoliczności, Przystępujący ma możliwość samodzielnego zrealizowania zamówienia w zakresie zastrzeżonej części. Natomiast treść zobowiązania podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów Przystępującemu ma charakter ogólny. W zobowiązaniu nie znalazło się na pewno bezpośrednie odniesienie do zrealizowania konstrukcji peronu, co oznacza, że podmiot trzeci (wobec faktu, że Przystępujący samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu, a zatem posiada umiejętność wykonania budowy peronu, w tym jego konstrukcji), nie zobowiązał się wprost do wykonania konstrukcji peronu. Ponadto z faktu udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci nie wynika, że wykonawca skorzysta z tych zasobów w pełnym, udostępnianym zakresie, tym bardziej, że w treści zobowiązania podmiotu trzeciego zawarte jest zobowiązanie do realizowania części (a nie całości) zamówienia, do wykonywania których udostępnione zdolności są wymagane. Zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w zakresie budowy lub przebudowy peronu, w połączeniu z zobowiązaniem się przez Przystępującego do wykonania zamówienia zgodnie z

treścią SIWZ (a więc także zgodnie z wymogiem osobistego wykonania konstrukcji peronu) oznacza, że ewentualne udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci nie musi dotyczyć budowy konstrukcji peronu.

Tym samym wyjaśnienie, jakiego dokonał Zamawiający, nie może zostać uznane za nieprawidłowe, a odpowiedź nie stanowi zmiany treści oferty.

W piśmie z dnia 10 czerwca 2020 roku Przystępujący potwierdził, że Track-Tec sp. z o.o. nie będzie świadczyć robót podwykonawczych w zakresie punktu 23.1 SIWZ, obejmującego kluczowe części zamówienia i wyjaśnił, że ww. podwykonawca wykona czynności nie wchodzące w zakres prac zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, a dotyczące zakresu zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia doświadczenia z punktu 8.6.1 lit e) SIWZ.

Na marginesie należy wskazać na artykuł 22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym artykułem, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu, na którego zasobach polega wykonawca, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

W niniejszym postępowaniu nie zachodzi dokładnie sytuacja opisana w ww. artykule. Jednakże zacytowane uregulowanie wskazuje, że ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje możliwość dokonania zmiany (po terminie złożenia ofert) podmiotu trzeciego lub zrezygnowania z polegania na zasobach podmiotu trzeciego i samodzielnego wykonania zamówienia (w sytuacji, gdy pierwotnie wskazany w ofercie podmiot trzeci nie spełnia wymagań postawionych w SIWZ i gdy wykonawca sam posiada wystarczające zasoby).

W konsekwencji należy uznać, że Zamawiający nie naruszył artykułu 89 ust 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Intop-Energopol. Nie można uznać, aby oferta nie odpowiadała treści SIWZ. Nie można także uznać, aby doszło do zmiany treści oferty.

Zamawiający nie naruszył także artykułu 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferta Przystępującego nie została wybrana niezgodnie z przepisami ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1).

Przewodniczący:

.....