

Sygn. akt: KIO 793/21

**WYROK**  
**z dnia 21 kwietnia 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2021 r. przez odwołującego BUDIMEX S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie przy udziale wykonawcy Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o. w Gdańsku przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 p.z.p. w zw. z § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2020 poz. 1282), alternatywnie naruszenia art. 26 ust. 3 p.z.p. w zw. z § 2 ust. 4 pkt 10 ww. rozporządzenia, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o. w Gdańsku do złożenia wyjaśnień w zakresie czasowego zaangażowania osoby proponowanej na stanowisko kierownika budowy (pan P.G., wykaz osób lit. a poz. 1) w odniesieniu do dwóch inwestycji, na których osoba ta pełniła jednocześnie funkcję dyrektora/zastępcy dyrektora kontraktu i kierownika robót branży torowej/budowy, alternatywnie zaniechania wezwania wykonawcy

Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o. w Gdańsku do wykazania dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy (rozdział 8 pkt 8.6.2. lit. a pozycja nr 1 SIWZ, tom I IDW),

2. w pozostałym zakresie oddała odwołanie,
3. kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu w wysokości 20 000,00 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) obciąża odwołującego Budimex S.A. w Warszawie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019, poz. 2020) 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**

### **wyroku z dnia 21 kwietnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt: 793/21**

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Odcinek D - Roboty budowlane na linii kolejowej nr 229 ode. Glinicz - Kartuzy realizowane w ramach projektu „Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz - Trójmiasto”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 lipca 2020 r. pod numerem 2020/S 131-321981, dalej zwane jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na roboty budowlane, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych 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.) zwanej dalej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 12 marca 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Budimex S.A. ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 1) Rozporządzenia ws. dokumentów poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy PPMT, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w Części 8.6.1 d) dotyczącego wykonania co najmniej 1 (jednej) Budowy lub Przebudowy co najmniej 1 (jednego) systemu stacyjnych, scentralizowanych urządzeń SRK (sterowania ruchem kolejowym), na stacji liczącej co najmniej 10 (dziesięciu) zwrotnic, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie uznania za odrzuconą ofertę złożoną przez PPMT,
2. art. 24 ust. 1 pkt 16) - 17) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia PPMT 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 wprowadzających w błąd informacji wskazujących na fakt, że legitymuje się doświadczeniem polegającym na wykonaniu co najmniej 1 (jednej) Budowy lub Przebudowy co najmniej 1 (jednego) systemu stacyjnych, scentralizowanych urządzeń SRK (sterowania ruchem kolejowym), na stacji liczącej co najmniej 10 (dziesięciu) zwrotnic, 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 PPMT,
3. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 10) Rozporządzenia ws. dokumentów poprzez zaniechanie wezwania PPMT do złożenia wyjaśnień w zakresie czasowego zaangażowania Pana P.G. w odniesieniu do realizacji, na której wskazana osoba pełniła jednocześnie funkcję Dyrektora kontraktu, jak i kierownika robót branży torowej - LCS Skierniewice oraz ERTMS/ETCS poziom 2/GSM-R na odcinku Warszawa Zachodnia - Koluszki w km 3,900 - 104,918 linii nr 1 i Koluszki - Łódź Widzew w km 26,400 - 7,200 linii nr 17 oraz funkcji z-cy Dyrektora kontraktu - kierownika robót branży torowej w specjalności linie, węzły i stacje kolejowe/ Dyrektor kontraktu - kierownik budowy na kontrakcie Zarządzanie projektem pn.: „Modernizacja linii kolejowej E-65/CE-65 na odcinku Warszawa - Gdynia, obszar LCS Gdynia”,  
a alternatywnie, w przypadku braku potwierdzenia niespełniania warunku udziału w Postępowaniu na skutek złożenia przez PPMT wyjaśnień, zarzucam naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 10) Rozporządzenia ws. dokumentów poprzez zaniechanie wezwania PPMT do wykazania przez Wykonawcę: dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w zakresie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, zgodnie z pkt 8.6.2 a) 1. IDW,
  4. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 3) Rozporządzenia ws. dokumentów poprzez zaniechanie wezwania PPMT do złożenia wyjaśnień co do realności dysponowania sprzętem niezbędnym do realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia, tj. co najmniej 1 zestawem o min. 3 szt. wagonów do transportu rozjazdów w blokach, a alternatywnie w przypadku braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu na skutek złożenia przez PPMT wyjaśnień, zarzucam naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. § 2 ust. 4 pkt 3) Rozporządzenia ws. dokumentów poprzez zaniechanie wezwania PPMT do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Części 8.6.2 b) k) w zakresie warunku 8.2.3 IDW, tj. „Dostępności do niżej wymienionych narzędzi i urządzeń technicznych w celu realizacji Zamówienia: co najmniej 1 zestaw o min. 3 szt. wagonów do transportu rozjazdów w blokach”,
  5. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19) ustawy Pzp poprzez zaniechanie kompleksowego wyjaśnienia kwestii wcześniejszego zaangażowania Pani E.B. w przygotowanie i prowadzenie niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego, zanim osoba ta została zatrudniona przez wykonawcę PPMT, który

złożył w niniejszym postępowaniu ofertę uznaną przez Zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą,

ewentualnie, w przypadku potwierdzenia się okoliczności polegającej na podaniu przez PPMT informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w odniesieniu do zaangażowania Pani E.B. w przygotowanie przedmiotowego Postępowania, zarzucam Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe Postępowanie naruszył następujące przepisy:

6. art. 24 ust. 1 pkt 19) i w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności wykluczenia PPMT z Postępowania w wyniku potwierdzenia się okoliczności, że Pani E.B. była zaangażowana w przygotowanie przedmiotowego Postępowania i w konsekwencji zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z Postępowania,
7. art. 24 ust. 1 pkt 16) - 17) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia PPMT 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 wprowadzających w błąd informacji wskazujących na fakt, że nie podlega on wykluczenia z udziału w Postępowaniu, 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 Pzp przez zaniechanie uznania za odrzuconą ofertę złożoną przez PPMT.

Ponadto, zdaniem odwołującego w konsekwencji powyższego zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p., poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażające się w zaniechaniu dokonania prawidłowej czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o. w Gdańsku, zwanego przez odwołującego PPMT.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia PPMT z postępowania i uznania złożonej przez tego wykonawcę oferty za odrzuconą, a w zakresie zarzutu alternatywnego wezwania do złożenia wyjaśnień i/lub uzupełnienia dokumentów o nakazanie tej czynności zamawiającemu.

W uzasadnieniu odwołania, z pominięciem zarzutu nr 3 z *petitum* odwołania, który został wycofany przez odwołującego na posiedzeniu, wskazano jak niżej.

Wykonawca PPMT w celu wykazania spełnienia warunku z pkt 8.6.1 lit. d w wykazie robót budowlanych pod pozycją nr 1 wpisał zamówienie „Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II, Lot A -odcinek Warszawa Zachodnia - Miedniewice (Skierniewice)“

- faza I -POIiŚ 7.1 -24.1, faza II -POIiŚ 5.1 - 5. W kolumnie „przedmiot wykonywanych robót” wskazano m.in. budowę systemów stacyjnych scentralizowanych urządzeń SRK na stacji Grodzisk Mazowiecki. Natomiast z wykazu osób, którymi wykonawca PPMT będzie dysponował i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, z pozycji 1 dotyczącej pana R.M. wynika, że ta inwestycja była realizowana przez PKP Energetyka, zaś osobą tą wykonawca PPMT będzie dysponował pośrednio - w ramach udostępnienia zasobu kadrowego przez Kombud S.A.

Analizując oświadczenia złożone przez PPMT, jak również załączone dokumenty, odwołujący zwraca uwagę, że z wykazu robót budowlanych wynika, że prace na zamówieniu referencyjnym samodzielnie realizował wykonawca PPMT, co jest także stanowiskiem prawdziwym w odniesieniu do części prac polegających na budowie systemu stacyjnych scentralizowanych urządzeń SRK na stacji Grodzisk Mazowiecki z uwagi na fakt, że w kolumnie dotyczącej podania nazwy innego podmiotu, na którego zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 22a p.z.p. (w przypadku powoływania się na te zasoby, wykonawca PPMT wpisał „nie dotyczy”). Jednocześnie, z protokołu odbioru końcowego inwestycji z dnia 12 października 2016 r., załączonego na dowód należytego wykonania zamówienia wynika, że generalnym wykonawcą nie był samodzielnie wykonawca PPMT, ale działał w konsorcjum - wraz z PKP Energetyka S.A. i PNI Sp. z o.o. w upadłości układowej. Odwołujący pozyskał dokumenty (w tym umowy wraz z załącznikami) dotyczące realizacji tejże inwestycji, w tym umowę wykonawczą nr PNI - T4 -18/2011 zawartą pomiędzy PNI i wykonawcą PPMT w Warszawie dnia 4 marca 2011 r. Odwołujący przywołał § 1 ust. 1 tejże umowy i § 1 ust. 1 umowy wykonawczej PNI - T4-13/2010 z zawartej 21 grudnia 2010 r. pomiędzy PNI i PKP Energetyka i wskazał, że zarówno w umowie wykonawczej zawartej między PNI a PPMT, jak i w umowie wykonawczej zawartej między PNI a PKP Energetyka S.A., nie został wskazany zakres realizacji robót polegających na budowie systemu stacyjnych scentralizowanych urządzeń SRK na stacji Grodzisk Mazowiecki.

W ocenie odwołującego powyższe dowodzi, iż przedmiot ten znajdował się w zakresie zadań realizowanych przez ówczesnego lidera konsorcjum, tj. PNI, które wówczas znajdowało się w stanie upadłości układowej. Następnie zaś funkcję lidera, z uwagi na upadłość PNI, przejęło PPMT, które podzieliło się zakresem robót pozostałych do wykonania ze współkonsorcjantem PKP Energetyka S.A. Co istotne prace polegające na realizacji robót budowy systemu stacyjnych scentralizowanych urządzeń SRK na stacji Grodzisk Mazowiecki przejęła PKP Energetyka S.A., a nie PPMT - dowód umowa podwykonawcza nr PNI -T4 -6/2010 zawarta w Warszawie 16 lipca 2010 r. i oświadczenie Kombud S.A. z 12 marca 2021 r. o zawarciu w dniu 30 września 2013 r. porozumienia pomiędzy Kombud, PNI i PKP Energetyka.

Zatem w opinii odwołującego, zarówno z umów, jak i oświadczenia wynika, że PPMT jako partner konsorcjum, a potem lider nie był nawet stroną pośredniczącą w realizacji robót SRK na tym zadaniu, czyli nie może w związku z tym wykazywać się referencjami w tym zakresie. Ocena ta stanowi wyraz respektowania wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie o sygn. akt C-3 87/14, którego interpretacja znalazła zastosowanie w licznych wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej (np. sygn. akt KIO 2571/17, sygn. akt KIO 905/17, KIO 925/17, KIO 933/17). Skrupulatna ocena wiedzy i doświadczenia nabytego przez danego wykonawcę jest o tyle istotna, że jak wskazano w wyroku z dnia 21 grudnia 2017 r. (sygn. akt KIO 2529/18) dysponowanie przez wykonawcę określonym potencjałem ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia. Aby wykonawca dawał rękojmię należytej realizacji powierzonego zadania, musi wymagany potencjał rzeczywiście - a nie tylko formalnie - posiadać. W odniesieniu do doświadczenia oznacza to, że musi to być doświadczenie faktycznie przez danego wykonawcę nabyte poprzez realizację określonych zadań. Przyjęcie stanowiska przeciwnego byłoby tożsame z zezwoleniem na ukształtowanie się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego szkodliwej praktyki, dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, dając możliwość uzyskania zamówień podmiotom, które nie są zdolne do ich właściwej realizacji.

Odwołujący dodał, że powoływanie się wykonawcy PPMT bezpośrednio (bez korzystania z zasobów podmiotów trzecich) na własne doświadczenie w zakresie budowy systemów stacyjnych scentralizowanych urządzeń SRK na stacji Grodzisk Mazowiecki - budzi uzasadnione wątpliwości, w szczególności po wnikliwym zapoznaniu się z treścią protokołu odbioru końcowego tej inwestycji, jak również z wykazu, w którym PKP Energetyka została wskazana w odniesieniu do pana R. M. jako podmiot, na rzecz którego usługi były realizowane. Biorąc pod uwagę powyższe, w niniejszej sprawie występują w zakresie doświadczenia zawodowego wykonawcy PPMT takie okoliczności, które wzbudzają wątpliwości co do faktu, czy rzeczywiście to ten wykonawca wykonywał w ramach referencyjnego zamówienia roboty polegające na budowie systemów stacyjnych scentralizowanych urządzeń SRK, a tym samym, uzasadnione zdają się być wątpliwości, czy wykonawca może posługiwać się referencjami (protokołem odbioru) w zakresie budowy systemów stacyjnych urządzeń SRK w sytuacji, gdy w istocie samodzielnie tej części zamówienia nie realizował.

Odwołujący wskazał również, że poprzez podanie przez wykonawcę PPMT informacji o doświadczeniu własnym w zakresie tej roboty podano nierzetelne lub nieprawdziwe informacje, wprowadzające zamawiającego w błąd. W konsekwencji uzasadnione jest twierdzenie, że złożenie oświadczenia sprzecznego ze stanem faktycznym stanowi co najmniej o rażącej lekkomyślności PPMT, co jednak należałoby ocenić jako działanie

umyślne, wypełniające znamiona w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. W ocenie odwołującego doszło do wywarcia nie tylko potencjalnego, ale faktycznego wpływu na decyzje zamawiającego w postępowaniu. Wykonawca zobowiązany jest do uprzedniego zweryfikowania informacji przekazywanych zamawiającemu, a przede wszystkim do dokonania prawidłowej i rzetelnej oceny swoich działań w ramach inwestycji. PPMT, jako profesjonalny wykonawca, nie sprostął obowiązkowi spoczywającym na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne. Ziszczenie się wszystkich przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p., przełoży się jednoznacznie na uznanie, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania.

Dalej odwołujący podniósł, że wykonawca PPMT potwierdził, że dysponuje co najmniej jednym zestawem min. 3 szt. wagonów do transportu rozjazdów w blokach (warunek zdolności technicznej z rozdziału 8 pkt 8.6.2. lit. b pozycja k SIWZ, tom I IDW). Kiedy na podstawie analizy dokumentacji postępowań historycznych, w których ofertę składał PPMT, jak również wiedzy własnej zdobywanej podczas realizacji innych kontraktów, w których odwołujący miał okazję badać dokumenty składane przez PPMT, jak i pozyskiwać informacje na temat zaplecza technicznego tego wykonawcy, uzasadniony jest wniosek, że PPMT nie dysponuje samodzielnie sprzętem tego rodzaju. Wniosek taki, poza wiedzą własną odwołującego, jest również uzasadniony na podstawie analizy oferty PPMT, z której wynika, że spółka zajmuje się naprawami i modernizacją nawierzchni kolejowej, wynajmem maszyn i sprzętu, naprawą maszyn do robót torowych, podzespołów, drobnego sprzętu i pracami z zakresu obróbki skrawaniem, i co istotne w ofercie maszyn ciężkich do wynajmu PPMT nie posiada wagonów do transportu rozjazdów w blokach. Ponadto, w innych postępowaniach PPMT powoływał się w tym zakresie na zasoby podmiotu trzeciego, a zatem wówczas nie dysponował własnym sprzętem.

W zakresie kolejnego zarzutu odwołujący argumentował, że w treści sekcji C i D, rozdział III formularza JEDZ, wykonawca PPMT podał, że żaden pracownik PPMT nie był - ani bezpośrednio, ani pośrednio - zaangażowany w przygotowanie przedmiotowego postępowania. Jednocześnie zamawiający, co wyraził w piśmie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 p.z.p. skierowanym do wykonawcy 17 lutego 2021 r., powziął wątpliwości dotyczące oświadczenia wykonawcy PPMT złożonego w tym zakresie, z uwagi na fakt, iż posiada informacje o zatrudnieniu przez niego pani E.B., która była zaangażowana w przygotowanie i prowadzenie niniejszego postępowania. Osoba ta aktualnie zajmuje w PPMT stanowisko naczelnika działu ofertowania. Natomiast według odwołującego, pomiędzy dniem wszczęcia przetargu, a złożeniem oferty upłynęły trzy tygodnie, zaś zamawiający nie wezwał PPMT do wyjaśnienia kwestii dat zaangażowania pani E.B. w organizacji zamawiającego, ani wykonawcy PPMT i pomimo złożenia przez PPMT niezwykle lakonicznych wyjaśnień, uzasadnione jest powzięcie wątpliwości w zakresie daty,



w której osoba ta zaczęła pracę w PPMT, a także - na jakim etapie było postępowanie w momencie, w którym osoba ta przestała być zatrudniona u zamawiającego. W treści wyjaśnień brakuje również informacji dotyczących zakresu obowiązków pani E.B. - zarówno w zakresie czynności wykonywanych u zamawiającego, jak i w PPMT, co powoduje istotne wątpliwości odwołującego.

W sytuacji, gdyby z dodatkowych wyjaśnień, oświadczeń i dokumentów przedstawionych przez PPMT w trakcie procedury wyjaśniającej wynikało, że zarówno okres zaangażowania pani E.B., jak i zakres obowiązków tej osoby budził jednak uzasadnione wątpliwości dotyczące udziału w przygotowaniu i prowadzeniu postępowania, to powstaje rozbieżność między złożonym przez PPMT w formularzu JEDZ oświadczeniem dotyczącym zaangażowania w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia. W konsekwencji uprawniony byłby wniosek, że wykonawca podał nierzetelne lub nieprawdziwe informacje, wprowadzające zamawiającego w błąd, w stanie co najmniej rażącej lekkomyślności, i doszłoby do wywarcia nie tylko potencjalnego, ale faktycznego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Konsekwencją wszystkich wyżej wymienionych uchybień zamawiającego jest również przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 p.z.p., bowiem tylko prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów ustawy pozwala na prowadzenie postępowania z zachowaniem tych zasad. Co więcej, emanacją respektowania zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest także skrupulatne weryfikowanie spełniania wszystkich warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, któremu udzielone zostać ma zamówienie, pamiętając, iż weryfikacja ta nie może być oderwana od podstawowego celu tego mechanizmu, jakim jest udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego stanowisku procesowym.

Izba wskazuje, że mając na uwadze datę wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do postępowania odwoławczego – zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) – znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), dalej zwanej „n.p.z.p.”.

Skład orzekający stwierdził spełnienie przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 n.p.z.p. i dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o., ul. Sandomierska 19, 80-051 Gdańsk (dalej zwanego „przystępującym”), zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku przetargu oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 pkt n.p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 n.p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 528 n.p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. W ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 n.p.z.p. Ponadto, zgodnie z oświadczeniem złożonym na posiedzeniu, odwołujący dokonał modyfikacji swojego stanowiska procesowego i wycofał zarzut nr 3 z *petitum* odwołania, co skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego w tym zakresie i znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 tenoru sentencji wyroku.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 n.p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem odwołanie nie posiada uzasadnionej podstawy i jako takie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone.

W przedmiocie zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w zw. z § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2020 poz. 1282), dalej zwanego „rozporządzeniem ws. dokumentów”, poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania, pomimo że nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu wykonania jednej budowy lub przebudowy co

najmniej jednego systemu stacyjnych, scentralizowanych urządzeń SRK (sterowania ruchem kolejowym), na stacji liczącej co najmniej dziesięć zwrotnic – Izba wskazuje co następuje.

Na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania zdolności technicznej i zawodowej (rozdział 8 pkt 8.6.1. lit. d SIWZ, tom I IDW), w zakresie legitymowania się doświadczeniem polegającym na wykonaniu, w okresie pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej jednej budowy lub przebudowy systemu stacyjnych, scentralizowanych urządzeń SRK na stacji liczącej co najmniej dziesięć zwrotnic, przystępujący wskazał zamówienie dotyczące modernizacji linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II, Lot A - odcinek Warszawa Zachodnia - Miedniewice (Skierniewice) (dalej zwane jako „projekt Miedniewice”), realizowane na rzecz obecnego zamawiającego. W kolumnie przedmiot wykonywanych robót wpisano m.in. budowę systemów stacyjnych scentralizowanych urządzeń SRK na stacji Grodzisk Mazowiecki, a także wskazano, że doświadczenie to nie jest zdolnością innego podmiotu, a doświadczeniem własnym przystępującego (pozycja nr 1 wykazu robót budowlanych, załącznik nr 6 z 19.01.2021 r. do odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 p.z.p.).

Na podstawie materiału procesowego Izba ustaliła, że zgodnie z § 2 ust. 2 lit. h umowy konsorcjum z dnia 8 grudnia 2009 r. zawartej przez trzy spółki: Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury S.A. w Warszawie (lider), PKP Energetyka S.A. w Warszawie i przystępującego, dotyczącej realizacji projektu Miedniewice, do koordynowania wykonania kontraktu, w tym robót partnerów, został upoważniony lider. Zgodnie z § 1 aneksu nr 5 do umowy konsorcjum na projekt Miedniewice nr 90/109/033/00/14200/10/I/I/ funkcję lidera przejął przystępujący.

Nie było spornym, co także wynika z dowodów złożonych przez strony, że budowę urządzeń SRK na stacji Grodzisk Mazowiecki (doświadczenie referencyjne) wykonywały Zakłady Automatyki KOMBUD S.A. w Radomiu (dalej zwane „podwykonawcą”) – *vide* umowa podwykonawcza z dnia 16 lipca 2010 r. nr PNI-T4-6/2010 – KOMBUD, gdzie w załączniku nr 1, który stanowi zakres prac zleczanych podwykonawcy, w pozycji III.9. wskazano budowę komputerowych urządzeń SRK + LCS oraz urządzeń zdalnego sterowania na stacji Grodzisk Mazowiecki oraz porozumienie z dnia 30 września 2013 r. do rzeczonyj umowy. Spornym było kto bezpośrednio nadzorował i koordynował roboty podwykonawcy, biorąc czynny udział w realizacji tej części zamówienia. Odwołujący podważał zaangażowanie przystępującego w tym zakresie, twierdząc, że doświadczeniem z realizacji SRK Grodzisk Mazowiecki może posłużyć się jedynie PKP Energetyka S.A. w Warszawie.

Na podstawie dowodów złożonych przez przystępującego skład orzekający ustalił, że przystępujący, działając jako lider realizujący umowę na projekt Miedniewice, upoważnił pana L.B. do działania w imieniu wykonawcy oraz w imieniu konsorcjum jako przedstawiciela

we wszystkich sprawach związanych z realizacją kontraktu, umocowując go do m.in. lit. a pełnomocnictwa – kierowania wykonaniem kontraktu oraz wszelkimi pracami wykonawców lub podwykonawców, monitorowania przebiegu realizacji umowy na projektowanie i roboty budowlane, a w szczególności do kontrolowania zgodności realizacji robót oraz rekomendowania usunięcia stwierdzonych wad i usterek w wykonawstwie robót, a także do innych istotnych czynności bezpośrednio związanych z nadzorem i koordynacją nad prawidłową realizacją umowy (zgodnie z treścią pełnomocnictwa z 31.03.2014 r. lit. a - g). Osoba ta, zgodnie z ośmioma protokołami potwierdzenia wykonania robót z dnia 5 marca 2015 r. jako kierownik budowy, współpracowała, nadzorowała i weryfikowała prace wykonywane m.in. przez podwykonawcę, w szczególności istotny jest protokół dotyczący branży automatyka, gdzie pan L.B. z ramienia wykonawcy bierze udział w odbiorze budowy komputerowych urządzeń SRK + LCS oraz urządzeń zdalnego sterowania (tabela z protokołu spójna z pkt III.9. umowy podwykonawczej z 16.07.2010 r.). Rzeczone protokoły – zgodnie z pkt 1 i pkt 4 – stanowiły załączniki do przejściowego świadectwa płatności, na podstawie którego przystępujący (lidera konsorcjum) wystawiał faktury VAT, tak faktura VAT nr PPMT//030/2015 z 5 marca 2015 r. dotycząca wykonania robót budowlano-montażowych z m.in. branży automatyki.

Izba ustaliła następnie, że pan L.B. działając jako przedstawiciel przystępującego, w trakcie realizacji projektu Miedniewice udzielił dalszego pełnomocnictwa panu K.C. do działania w imieniu wykonawcy w tożsamym zakresie, w którym sam był upoważniony (pełnomocnictwo z 31.03.2014 r.). Zgodnie ze str. 1 dziennika budowy nr WIŚ.III.216//0/2013 pan. K.C. pełnił funkcję kierownika budowy w branży sterowania ruchem (SRK), którą wykonywał podwykonawca, podobnie str. 1 dziennika budowy nr WIŚ.III.25//0/2014. Osoba ta była także przedstawicielem konsorcjum przy końcowym odbiorze inwestycji projektu Miedniewice, w tym w zakresie SRK zrealizowanym przez podwykonawcę (część I pkt 15 ppkt 6 tiret 4, w ramach którego odebrano także branżę automatyka – protokół nr LOT A/4/2016 będący załącznikiem do protokołu odbioru końcowego).

Zgromadzony materiał dowodowy, w sposób spójny i logiczny pozwala na przyjęcie wniosku, że działający jako lider przystępujący był uprawniony do koordynowania robót całego konsorcjum, a także był bezpośrednio i faktycznie zaangażowany w proces realizacji prac z branży SRK w Grodzisku Mazowieckim w zakresie projektu Miedniewice, czyli brał realny udział w przedmiocie wykonania roboty referencyjnej, także w zakresie prac wykonywanych przez podwykonawcę. Przystępujący bezpośrednio koordynował i nadzorował roboty wykonywane w ramach przedmiotowej inwestycji, w tym w branży automatyka, w ramach której realizowano SRK, potwierdza to także czynny udział ww.

pracowników w realizacji referencyjnej inwestycji. Ponadto, pełnił on nadzór nad realizacją umów podwykonawczych, przyjmując za nie odpowiedzialność względem zamawiającego.

Natomiast odwołujący nie zdołał podważyć wniosków wynikających z dowodów złożonych przez przystępującego, opierając swoje stanowisko na wybiórczym przedstawieniu okoliczności faktycznych, związanych głównie z realizacją umowy przez konsorcjum w początkowej jej fazie. Odwołujący podnosił, że spornym doświadczeniem może legitymować się członek konsorcjum – PKP Energetyka S.A. w Warszawie, która jego zdaniem przejęła realizację robót polegających na budowie SRK na Stacji Grodzisk Mazowiecki, co wywodzono z umów wykonawczych (umowa wykonawcza z 21.10.2010 r. nr PNI-T4-13/2010-ENERGETYKA, umowa wykonawcza z 04.03.2011 r. nr PNI-T4-18/2011-PPM-T), a przystępujący jako partner konsorcjum, a następnie lider nie był nawet stroną pośredniczącą w realizacji SRK na tym zadaniu.

W ocenie składu orzekającego stanowisko odwołującego bazuje na wycinkowej prezentacji stanu faktycznego, bowiem wykonawca ograniczył się do przedstawienia swoich tez w oparciu o to w jaki sposób, w pierwotnej fazie realizacji zamówienia, strony umowy konsorcjum podzieliły obowiązki i odpowiedzialność w ramach wewnętrznych rozliczeń, także z pominięciem, że lider – zgodnie z § 2 ust. 2 lit. h umowy konsorcjum z dnia 8 grudnia 2009 r. – został upoważniony przez członków do koordynowania wykonania kontraktu, w tym koordynowania robót partnerów. Zatem niezależnie od wewnętrznych podziałów, które mogą być podstawą do roszczenia regresowego pomiędzy konsorcjantami, to dalej lider, którego funkcję po ogłoszeniu upadłości układowej przez Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury S.A. w Warszawie przejął przystępujący, koordynował i nadzorował całość kontraktu. Natomiast realne zaangażowanie lidera w prace SRK na stacji Grodzisk Mazowiecki udowodniono niepodważonymi przez odwołującego dowodami w postaci protokołów, które są spójne z pełnomocnictwami i dziennikami budowy. Izba także nie znalazła podstaw, aby odmówić wiarygodności złożonym dokumentom. W tej sytuacji – kiedy udowodniono nadzór, kontrolę, weryfikację i kompleksową koordynację, aż do odbioru spornych robót, w tym w zakresie działań podwykonawcy – nie było podstaw, aby odmówić przystępującemu możliwości legitymowania się rzeczoną doświadczeniem. Odwołujący próbował wyciągając także korzystne dla siebie wnioski wskazując, że to PKP Energetyka S.A. w Warszawie przejęła za zmienianego lidera prace polegające na realizacji robót SRK Grodzisk Mazowiecki, co pomija, że podczas realizacji umowy, to nie ten wykonawca, a przystępujący koordynował i nadzorował działania podwykonawcy, co wynika ze złożonych dowodów, zaś odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnej. Skoro więc z materiału dowodowego spójnie wynika, że przystępujący brał faktyczny i realny udział w pracach dotyczących wymaganego doświadczenia w warunkach udziału w przetargu, także w tych wykonywanych

przed podwykonawcę, to nie było podstaw do podważenia oświadczenia przystępującego o posiadaniu odpowiedniej zdolności zawodowej.

Rekapitulując, w odwołaniu skupiono się na negowaniu możliwości posługiwania się przez lidera konsorcjum doświadczeniem rzekomo innego członka konsorcjum. Po pierwsze, nie udowodniono, aby to nie przystępujący (lider konsorcjum), a PKP Energetyka S.A. w Warszawie była w sposób czynny zaangażowana w realizację rzeczonych prac, a mając na uwadze zgromadzony materiał dowodowy przystępujący prawidłowo wykazał swój realny udział w realizacji kontraktu. Po drugie, przyjmując, że główną część robót SRK Grodzisk Mazowiecki wykonał podwykonawca, także należy uznać doświadczenie za prawidłowe, ponieważ to przystępujący – co opisano w ramach oceny materiału procesowego – koordynował, nadzorował i brał odpowiedzialność za działania podwykonawcy. Dlatego, że w odwołaniu skupiono się na podważaniu doświadczenia w ramach zawarcia umowy konsorcjum, a nie w przedmiocie zależności wykonawca-podwykonawca, co wynika z oparcia zarzutu na wrywkowo wskazanych okolicznościach faktycznych realizacji kontraktu, jedynie krótko dodać wypada, że skład orzekający stoi na stanowisku, iż w ustalonym stanie rzeczy przystępujący jest uprawniony do posługiwania się „doświadczeniem” podwykonawcy – z poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych wynika bowiem, że podwykonawca był pod bezpośrednim i czynnym kierownictwem wykonawcy przy realizacji zamówienia, który brał faktyczny udział w jego wykonaniu. Zatem nieudowodniony przez odwołującego zarzut nr 1 został przez skład orzekający oddalony.

W konsekwencji powyższego Izba oddaliła także zarzut nr 2, tj. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 p.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego, pomimo że wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie legitymowania się doświadczeniem dotyczącym wykonania budowy lub przebudowy systemu SRK. Skoro bowiem przystępujący spełnia sporny warunek udziału w przetargu, to *a priori* nie mogło dojść do wprowadzenia zamawiającego w błąd, więc również zarzut zaniechania wykluczenia go na omawianej podstawie prawnej podlega oddaleniu. Uniwersalną obroną eliminującą możliwość kwalifikacji postępowania wykonawcy poprzez art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 p.z.p. jest stwierdzenie, że podane przez przystępującego w oświadczeniu o spełnieniu warunków udziału w przetargu informacje są prawdziwe, zatem stan błędu po stronie zamawiającego nie powstał i nie mógł powstać.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 4 p.z.p. w zw. § 2 ust. 4 pkt 3 rozporządzenia ws. dokumentów, poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień co do realności dysponowania sprzętem niezbędnym do realizacji zamówienia, tj. co najmniej jednym zestawem minimum trzech sztuk wagonów do transportu rozjazdów w blokach (rozdział 8 pkt 8.6.2. lit. b pozycja k SIWZ, tom I IDW), alternatywnie – w przypadku braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w przetargu na

skutek złożenia przez przystępującego wyjaśnień – naruszenie art. 26 ust. 3 p.z.p. w zw. z § 2 ust. 4 pkt 3 rozporządzenia ws. dokumentów, poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do wykazania spełniania warunku dotyczącego dysponowania co najmniej jednym zestawem trzech sztuk wagonów do transportu rozjazdów w blokach (zarzut nr 4 z *petitum* odwołania), Izba wskazuje jak niżej.

Uzasadnienie omawianego zarzutu sprowadza się do twierdzeń odwołującego, że postępowania historyczne, profil działalności przystępującego oraz jego wiedza i doświadczenie powodują, że należy dopytać przystępującego o spełnienie warunku udziału w przetargu dotyczącego wymaganego zaplecza technicznego w postaci dysponowania zestawem minimum trzech sztuk wagonów do transportu rozjazdów w blokach. Przy tym stanowisko to nie zostało zbyt szczegółowo uzasadnione, nie podjęto żadnej inicjatywy dowodowej i w zasadzie odwołujący zakwestionował ocenę oferty dokonaną przez zamawiającego nic konkretnego jej nie zarzucając, ograniczając się do twierdzenia, że – w oparciu o własne przekonanie – on zaplecze techniczne przystępującego oceniłby inaczej i zażądałby dodatkowych wyjaśnień. Natomiast przystępujący przedłożył umowę z dnia 24 sierpnia 2020 r. wraz z aneksem nr 1 z dnia 3 lutego 2021 r., którą zawarł z Vossloh Cogifer Polska Sp. z o.o. w Bydgoszczy, w przedmiocie dzierżawy zestawu składającego się z trzech sztuk wagonów do transportu rozjazdów w blokach, co jednoznacznie potwierdza, że wykonawca dysponuje sprzętem wymaganym w warunku posiadania odpowiedniej zdolności technicznej. Izba uznała ten dowód za wiarygodny, potwierdzający niepodważone oświadczenie przystępującego o dysponowaniu niezbędnym potencjałem, spójny ze zobowiązaniem podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji przystępującego zasobu zestawu wagonów, więc nie tylko właściwie udowodniono posiadanie zaplecza technicznego, a wyprzedzająco rozwiano subiektywne hipotezy odwołującego, który pomimo ciężącej na nim powinności dowiedzenia swoich twierdzeń pozostał w postępowaniu całkowicie bierny. Mając na uwadze powyższe, zarzut nr 4 został przez Izbę oddalony jako bezzasadny.

Skład orzekający dodatkowo zaznacza, że na rozprawie odwołujący usiłował uzupełnić odwołanie i nakładać na przystępującego wymagania dotyczące wagonów, które nie wynikają z dokumentacji przetargu, co jako spóźnione zostało pominięte przez Izbę i tylko ubocznie można zauważyć, że oceny ofert dokonuje się w ramach brzmienia dokumentacji postępowania, a formułowanie po otwarciu ofert dodatkowych wymagań poza osnowę SIWZ – pomijając już próbę zastąpienia zamawiającego w określaniu jego potrzeb – stanowi raczej spóźnioną polemikę z dokumentacją, a nie powód do bardziej wnikliwej weryfikacji oferty konkurencji. Przyzwolenie na takie działanie stanowiłoby naruszenie naczelných zasad zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 p.z.p., z których wyprowadzić także należy zakaz retroaktywnego pogarszania sytuacji niektórych

wykonawców, w szczególności w zakresie próby nakładania na nich warunków, które nie wynikają z brzmienia dokumentacji postępowania.

Izba stwierdziła dalej, że zarzuty nr: 5, 6 i 7 okazały się niepotwierdzone w ustalonym stanie rzeczy. W zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia skład orzekający ustalił, iż zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające w trybie art. 26 ust. 4 p.z.p. (wezwanie z dnia 17.02.2021 r.) w przedmiocie uczestnictwa pani E.B. – pracownicy przystępującego, która wcześniej pracowała u zamawiającego i była zaangażowana w przygotowanie przetargu – w proces ubiegania się o zamówienie przez tego wykonawcę. Pismem z dnia 19 lutego 2021 r., odpowiadając na wezwanie jednostki zamawiającej, przystępujący potwierdził, że osoba ta nie brała udziału w ubieganiu się o udzielenie zamówienia, w tym nie brała udziału w przygotowaniu złożonej oferty.

Na wstępie należy zauważyć, że pomimo zarzucenia zamawiającemu naruszenia art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 p.z.p. (zarzut nr 5 z *petitum* odwołania) odwołujący nie zdecydował się na przywołanie okoliczności faktycznych, które w jego ocenie uzasadniałyby spełnienie przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 19 p.z.p., ograniczając się do zarzutu zaniechania kompleksowego wyjaśnienia kwestii, które podniesiono w odwołaniu. Odwołujący skupił się na uszczegółowieniu informacji, o które dodatkowo zapytałby przystępującego, bez faktycznego powiązania odwołania z naruszeniem przesłanki wykluczającej z powodu zakłócenia konkurencji w przetargu. W uzasadnieniu środka zaskarżenia ograniczono się do spekulacji, pomijając obowiązek przytoczenia podstaw faktycznych, które można byłoby poddać pod subsumpcję zarzucanych zamawiającemu naruszeń ustawy p.z.p., zaniechano również przedstawienia jakichkolwiek środków dowodowych. Odwołujący podnosił jedynie lakoniczność wyjaśnień, które jego zdaniem uzasadniają konieczność dopytania o daty zmiany pracodawcy, a także brak informacji dotyczących obowiązków pani E.B., zarówno w zakresie czynności wykonywanych na rzecz zamawiającego, jak i przystępującego. O ile zrozumiałym jest, że przystępujący życzyłby sobie uzyskać jak najszersze informacje o konkurencji, to nie można tracić ze wzroku, że odpowiedź negatywna na pytanie o związek byłego pracownika zamawiającego z ofertą przystępującego, nie daje obiektywnych podstaw do dalszego wyjaśniania. Jeżeli zaś odwołujący uważa, że odpowiedź na wyjaśnienia powinna być inna, to zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodowego należało to wykazać, podobnie jak konieczność uzyskania dalszych informacji. Jednakże strona nie zdecydowała się na wskazanie faktów, które stanowiłyby o naruszeniu art. 26 ust. 4 p.z.p., czyli o konieczności kontynuacji wyjaśniania oferty przystępującego.

Postępowanie wyjaśniające powinno być oparte na realnych i obiektywnych podstawach, kiedy faktycznie wystąpią okoliczności, które należy zweryfikować. I dopóki odwołujący nie podważył oceny zamawiającego, że wyjaśnienia dały właściwy rezultat



w postaci uzyskania informacji, które są wystarczające do dokonania oceny oferty – w tym przypadku do rozwiania wątpliwości o możliwości wystąpienia powiązań byłej pracownicy zamawiającego z ofertą przystępującego – to nie ma podstaw, by kontynuować procedurę wyjaśniającą. Nie ma także powodów do dalszego dopytywania wykonawcy, kiedy odwołujący nie jest w stanie przedstawić jakiegokolwiek okoliczności, która mogłaby podważyć treść złożonych wyjaśnień, czy ich zgodność z rzeczywistością. Nie wystarczy przedstawić ogólnych rozważań, co by się stało, gdyby jakieś przypuszczenie okazałoby się prawdopodobne, a należy wskazać powód, który w sposób obiektywnie uzasadniony mógłby stanowić o konieczności dalszego wyjaśniania. Odwołujący powinien zatem podać okoliczności pozwalające na podzielenie jego oceny o konieczności dopytania przystępującego albo wskazać na błąd, który popełnił zamawiający oceniając wyjaśnienia. Błąd ten musiałby być zauważalny, czyli możliwy do wyjaśnienia przez pryzmat zasad racjonalnej oceny. Wówczas możliwe byłoby wykazanie, że starannie działający zamawiający oceniłby wyjaśnienia przystępującego (lub chociażby mógłby je ocenić) w sposób odmienny, niż zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – w tym, że uzasadnionym byłoby postulowane wezwanie przystępującego do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie dat zatrudnienia i zakresu obowiązków pani E.B. Jednakże odwołanie jest w tym zakresie merytorycznie puste, sprowadzające się do postulatów kontynuacji procedury wyjaśniającej, bez udowodnienia zasadności wezwania do dodatkowych wyjaśnień. Brak w aspekcie przedmiotowym, czyli w zakresie konieczności wskazania okoliczności faktycznych, które są prawnie relewantne dla wykazania naruszenia art. 26 ust. 4 p.z.p. (w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 p.z.p.), czyli faktów, na podstawie których Izba mogłaby przekonać się o słuszności żądań strony, spowodował następczy brak w przedstawieniu środków dowodowych. Subiektywne przekonanie o swoich racjach nie zostało przez odwołującego właściwie uzasadnione ani udowodnione, zatem zarzut nr 5 został przez skład rozpoznający spór oddalony.

W istocie strona pominęła ten niezbędny element odwołania i skupiła się na hipotetyzowaniu o tym, jakie dalsze zarzuty (art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 22 ust. 1 p.z.p.) mogłaby postawić zamawiającemu, o ile dodatkowe wyjaśnienia ujawniłyby korzystne dla niej okoliczności. W odwołaniu nie zawarto więc faktów, które można byłoby poddać subsumpcji pod przesłanki eliminacyjne wskazane w zarzutach nr 6 i nr 7 odwołania, a z użyciem trybu przypuszczającego wskazano na normy, które mogłyby zostać naruszone, o ile z dodatkowych wyjaśnień wynikałoby, że okres zatrudnienia i zakres obowiązków pani E.B. budzi uzasadnione wątpliwości lub wprowadza zamawiającego w błąd.

Zgodnie z regułami procesowymi strona twierdząca, że doszło do zaniechania wykluczenia innego wykonawcy winna wskazać fakty, które stanowią o wypełnieniu

przesłanek normy prawnej implikującej konieczność wykluczenia, a następnie winna te fakty udowodnić. Na podstawie art. 534 ust. 1 n.p.z.p. strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Norma ta nakłada na odwołującego obowiązek dostarczenia organowi procesowemu środków, przy pomocy których mógłby on przekonać się o tym, że przytoczone przez stronę okoliczności są prawdziwe, a z drugiej strony określa, że to odwołujący poniesie negatywne konsekwencje prawne, jeżeli nie podoła ciężącemu na nim ciężarowi dowodowemu – w postaci materialnoprawnego skutku nieudowodnienia istotnych okoliczności, co w rozpoznawanej sprawie oznacza oddalenie niewykazanych zarzutów odwołania.

Odwołanie nie zostało poparte żadnymi dowodami, nie wskazano w nim okoliczności, które można byłoby zweryfikować w ramach omawianych zarzutów, a poprzestano na stanowisku, że będą one zasadne w przypadku potwierdzenia się okoliczności polegającej na podaniu przez przystępującego informacji wprowadzających zamawiającego w błąd. Strona nie była nawet w stanie dookreślić o jakie dokładnie informacje może jej chodzić, a pomimo tego zdecydowała się na postawienie zarzutów naruszenia prawa zamawiającemu, poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania. Zatem skoro w odwołaniu nie wskazano, zaś następczo nie wykazano, w zakresie jakich informacji przystępujący miałby wprowadzić zamawiającego w błąd, czy z jakiego powodu miałyby nastąpić brak spełnienia warunku udziału w przetargu bądź zakłócenie konkurencji, które może zostać wyeliminowane jedynie poprzez wykluczenie przystępującego, Izba nie miała podstaw do uwzględnienia tak postawionych zarzutów, które w zasadzie sprowadzają się do luźnych hipotez strony.

Na marginesie można również dodać, że odwołujący nie zdecydował się na podważenie stanowiska zamawiającego wskazanego w odpowiedzi na odwołanie, że była pracownica nie miał wpływu na ostateczny kształt dokumentacji postępowania, w tym w szczególności na opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, kryteria oceny ofert oraz pozostałą treść SIWZ. Zaś dokumenty postępowania, które w całości zostały upublicznione, powstały w zespole kontraktowym na podstawie dokumentów bazowych, zgodnie z korporacyjną polityką zakupową zamawiającego. Zatem nie ma podstaw, by nawet hipotetycznie zakładać, że doszłoby do jakiegokolwiek przewagi przystępującego nad konkurencją. Dla ziszczenia się przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 p.z.p. istotne jest, aby udział w przygotowaniu postępowania prowadził do naruszenia równowagi konkurencyjnej, skoro więc nie istnieje związek pomiędzy zatrudnieniem przez przystępującego pani E.B., a nawet spekulatywną możliwością wystąpienia zakłócenia konkurencji, nie byłoby podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 p.z.p. Udział w przygotowaniu postępowania nie jest

samoistną i automatyczną przesłanką wykluczenia wykonawcy, ponieważ pomiędzy udziałem pani E.B., a uzyskaniem nieuprawnionej przewagi konkurencyjnej musiałby istnieć związek przyczynowo-skutkowy polegający na tym, że osoba ta pozwoliła uzyskać wykonawcy przewagę w stosunku do pozostałych uczestników postępowania, np. poprzez możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach lub uzyskania informacji mających znaczenie dla wykonania umowy, które nie wynikają z dokumentacji postępowania i nie są możliwe do uzyskania w ramach SIWZ danego postępowania. Natomiast w ustalonym stanie rzeczy domniemanie zakłócenia konkurencji, powstałe w wyniku udziału w przygotowanie dokumentacji przetargu pracownika zamawiającego, który następnie rozpoczął pracę u przystępującego, zostało obalone zarówno przez jednostkę zamawiającą, jak i przez przystępującego, zaś odwołujący nie podjął próby wykazania okoliczności przeciwnej.

Izba stwierdziła, że nie ma również podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. powiązanego przez odwołującego z pozostałymi zarzutami odwołania, które zostały przez skład orzekający oddalone. Skoro zarzucane zamawiającemu zaniechania nie znalazły potwierdzenia w ustalonym stanie rzeczy, skład orzekający oddalił także zarzut naruszenia zasad naczelnych p.z.p. uregulowanych w art. 7 p.z.p. jako zarzut bezpodstawny.

Ponadto, złożone przez zamawiającego dwa wyciągi z dzienników budowy, fragment raportu z postępu prac kwiecień 2015 LCS Gdynia, a także złożone przez przystępującego: raport o postępie prac nr 2 maj 2011, protokół odbioru z 30.11.2013 r., pismo z 10.03.2014 r., zgłoszenie wykonania robót z 14.07.2014 r., zawiadomienie o posiedzeniu komisji odbioru końcowego z 18.03.2015 r., pismo z 24.03.2015 r., świadectwo przejęcia robót z 30.04.2015 r., protokół odbioru z 25.06.2015 r., oświadczenie o podjęciu obowiązków kierownika robót z 02.07.2015 r., protokół odbioru z 12.08.2015 r. i świadectwo wykonania z 12.08.2016 r. dotyczą zarzutu umorzonego i zostały przez skład orzekający pominięte. Odpowiedź zamawiającego na odwołanie w sprawie KIO 708/20 nie jest w żaden sposób związana z rozpoznawanym sporem, więc także została przez Izbę pominięta. Natomiast przedłożone dokumenty z przetargu już się *ex lege* w aktach postępowania znajdowały (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 poz. 2453).

Zgodnie z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 n.p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza tej normy prawnej, zatem odwołanie zostało oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania skład orzekający wydał na podstawie art. 575 n.p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 zd. 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia 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). Izba obciążyła odwołującego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania.

Przewodniczący:

.....