

WYROK

z dnia 19 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie **16 marca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **26 lutego 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polski Holding Budowlany Infrastruktura sp. z o.o. z siedzibą w Olszewie-Bołakach, Przedsiębiorstwo Inżynierii Budowlanej K. sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, GÓR-TOR M. G., Olszewo-Bołaki**

w postępowaniu pn. *Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na odcinku Ostrowy - Toruń Główny – Etap IV w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Prace na linii kolejowej nr 18 na odcinku Kutno - Toruń Główny”* (nr postępowania 9090/IREZA2/17861/04703/20/P)

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

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i wykluczenia Odwołujących z postępowania oraz powtórzenie czynności w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołujących.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołujących kwotę 23600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 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. poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „PKP PLK” lub „Zamawiający”} prowadzą na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na odcinku Ostrowy - Toruń Główny – Etap IV w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Prace na linii kolejowej nr 18 na odcinku Kutno - Toruń Główny”* (nr postępowania 9090/IREZA2/17861/04703/20/P).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 30 września 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_190 pod poz. 459746.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

19 lutego 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o unieważnieniu powyższego postępowania w związku z wykluczeniem Polskiego Holdingu Budowlanego Infrastruktury sp. z o.o. z siedzibą w Olszewie-Bołakach {dalej: „PHBI”}, Przedsiębiorstwa Inżynierii Budowlanej K. sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu {dalej: „K.”}, GÓR-TORU M. G. z Olszewa-Bołak {dalej również: „Gór-Tor”}, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie tego zamówienia {dalej zwanych łącznie „Konsorcjum”}, oraz uznaniu wspólnej oferty tych wykonawców za odrzuconą.

26 lutego 2021 r. Konsorcjum {dalej również: „Odwołujący”} wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 – przez ich niezasadne zastosowanie polegające na bezpodstawnym uznaniu, że Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykluczeniu Konsorcjum z postępowania i uznaniu oferty Konsorcjum za odrzuconą, pomimo że Konsorcjum wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak jest podstaw do jego wykluczenia.
2. Art. 26 ust. 3 – przez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że uzupełnione na skutek wezwania Zamawiającego zobowiązanie podmiotu trzeciego nie może być wystawione z datą po terminie składania ofert, podczas gdy: a) dokumenty uzupełniane w oparciu o ten przepis (w tym zobowiązanie podmiotu trzeciego) mogą być wystawione

z datą po tym terminie, b) podmiot trzeci skutecznie udostępnił Konsorcjum swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, c) uzupełnione zobowiązanie podmiotu trzeciego jest aktualne na dzień złożenia oferty przez Konsorcjum – co w konsekwencji skutkowało bezpodstawnym uznaniem, że Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz unieważnieniem postępowania, choć złożono w nim jedną ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

3. Art. 7 ust. 1 – przez naruszenie w konsekwencji powyższych naruszeń zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wykluczenia Konsorcjum z postępowania i unieważnienia uznania jego oferty za odrzuconą.
2. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
3. Ponownej oceny ofert i wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował dodatkowo powyższe zarzuty w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

Z odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne odnośnie przebiegu badania spełniania przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu.

Jeden z warunków dotyczących zdolności technicznej i zawodowej wymagał wykazania przez wykonawców, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonali *co najmniej 2 roboty budowlane, każda wykonana w ramach odrębnej umowy, na zakres których składają się Budowa lub Przebudowa lub Remont nawierzchni torowej wraz z urządzeniami srk na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej lub elektryfikowanej gdzie suma długości Budowanych lub Przebudowywanych lub Remontowanych torów szlakowych i torów głównych zasadniczych wynosiła łącznie co najmniej 5 km wykonana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich* [pkt 8.6.1. lit a) Instrukcji dla Wykonawców; dalej: „IDW”].

Ponieważ w zakresie powyższego warunku Konsorcjum posiłkowało się potencjałem podmiotu trzeciego – NDI Sopot S.A. z siedzibą w Sopocie {„dalej: „NDI”}, wraz z ofertą przedłożone zostało Zamawiającemu zobowiązanie NDI wskazujące na następujące zadania:

- 1) *Wykonanie rewitalizacji linii kolejowej nr 171 na odcinku Dąbrowa Górnicza Towarowa -*

Dąbrowa Górnicza Wschodnia oraz linii 661 na szlaku Dąbrowa Górnicza Towarowa - p. odg. Kozioł w ramach projektu inwestycyjnego pn.: „Prace na południowo-wschodniej obwodnicy GOP wraz z przyległymi odcinkami”;

- 2) *Wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej 272 na odcinku Środa Wielkopolska - Kurnik od km 166,653 do km 181,781 w ramach zadania pn.: „Wymiana nawierzchni wraz z robotami towarzyszącymi na stacjach i szlakach w tonię nr 1 linii kolejowej 272 Kluczbork - Poznań od km 131,500 do km 181,781”.*

Ponieważ termin składania ofert pierwotnie został określony na 2 listopada 2020 r., Konsorcjum 28 października 2020 r. pozyskało powyższe zobowiązanie NDI.

Ostatecznie termin składania ofert przypadł na 3 grudnia 2020 r.

Pismem z dnia 14 stycznia 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 pzp wezwał Konsorcjum do złożenia oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału oraz brak podstaw do wykluczenia.

Konsorcjum przedłożyło Zamawiającemu żądane dokumenty wraz z wykazem robót (wypełnionym załącznikiem nr 7 do IDW), w którym oprócz zadań wymienionych w zobowiązaniu dodano, z uwagi upływ 5-letniego okresu dla drugiego z nich, kolejne zrealizowane przez NDI zadanie pn. *Wykonanie prac projektowych i robót budowlanych na linii kolejowej nr 281 Oleśnica - Chojnice, prace na szlaku Orzechowo - granica IZ w torze nr 1, w ramach zadania pn.: „Prace na liniach kolejowych nr 281, 766 na odcinku Oleśnica/Łukanów - Krotoszyn - Jarocin - Września - Gniezno”.*

8 lutego 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3, 3a i 4 pzp wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów, w tym do uzupełnienia braku w postaci oświadczenia podmiotu trzeciego co do udostępnienie zasobów dotyczących zadania z poz. nr 3 wykazu robót.

Pismem z 12 lutego 2021 r. Konsorcjum przedłożyło zobowiązanie NDI, uwzględniające trzecie zadanie z wykazu robót, podpisane 11 lutego 2021 r.

19 lutego 2021 r. Zamawiający zawiadomił, że na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp unieważnia postępowanie, gdyż nie złożono w nim oferty, która nie podlegałaby odrzuceniu. W ramach uzasadnienia wykluczenia Zamawiający wskazał, że ponieważ przedłożone zobowiązanie podmiotu trzeciego, z uwagi na wystawienie z datą po terminie składania ofert, nie potwierdza informacji zawartych wykazie robót na dzień składania ofert, Konsorcjum nie spełniło warunku udziału w postępowaniu.

Po pierwsze, Odwołujący wywiódł, że skoro w aktualnym brzmieniu art. 26 ust. 3 pzp w odniesieniu do uzupełnianych dokumentów nie wskazuje wprost ani na jaką datę mają być wystawione (podpisane), ani na jaki moment mają być aktualne – w przeciwieństwie

do poprzedniego brzmienia tego przepisu, z którego wprost wynikało, że uzupełniane dokumenty powinny potwierdzać warunki udziału w postępowaniu nie później niż na dzień, w którym upłynął termin składania ofert – taka zmiana musiała wynikać, że świadomej decyzji ustawodawcy.

Ponieważ uruchomienie procedury z art. 26 ust. 3 pzp jest zawsze konsekwencją wadliwości dokumentów składanych w oparciu o art. 26 ust. 1 pzp, a z brzmienia tego ostatniego wynika, że składane dokumenty m.in. potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu muszą być aktualne na dzień ich złożenia, nie ma wymogu, aby składane dokumenty były wystawione (podpisane) w konkretnym momencie (np. w momencie poprzedzającym składanie ofert), a zatem okoliczność ta jest prawnie irrelevantna – dokument może być podpisany w dowolnym momencie przed jego złożeniem.

Jednocześnie skoro wykonawca musi spełniać warunki udziału i nie podlegać wykluczeniu przez cały okres postępowania (począwszy od momentu złożenia oferty), a dokumenty składane w oparciu o art. 26 ust. 1 pzp mają to potwierdzać, również dokumenty uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 pzp powinny potwierdzać spełnianie warunków przez ten okres. Jednakże samo opatrzenie dokumentu datą po upływie terminu składania ofert nie uprawnia do wniosku, że powyższy wymóg nie został dochowany.

Natomiast stanowisko Zamawiającego prowadziłoby do wniosków nie do zaakceptowania z punktu widzenia logiki i *ratio legis* powyższych przepisów, gdyż wykonawca musiałby albo już dysponować uzupełnianym dokumentem, albo je wystawiać (podpisywać) z datą wsteczną, co zresztą z uwagi na elektroniczną zamówień nie jest już możliwe (podpis elektroniczny opatrzony jest znacznikiem czasu).

Po drugie, Odwołujący wywiódł, że skoro wg art. 22a ust. 6, który stanowi *de facto* sposób wykonania obowiązku z art. 26 ust. 3 pzp wobec wykonawców wykazujących warunki udziału przy pomocy zasobów podmiotów trzecich, dopuszczalna jest zmiana podmiotu trzeciego na etapie badania i oceny ofert, oczywiste jest, że w takim przypadku dokumenty złożone wraz z nowym zobowiązaniem innego podmiotu trzeciego będą opatrzone datą po upływie terminu składania ofert.

Prowadzi to wg Odwołującego do wniosku, że tym bardziej przedłożone na wezwanie z art. 26 ust. 3 pzp zobowiązanie tego samego co dotychczas podmiotu trzeciego nie podważa domniemania prawdziwości i aktualności złożonych uprzednio oświadczeń wstępnych w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Po trzecie, Odwołujący wywiódł, że o ile zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów ma charakter wstępny, o tyle jest wiążące co do wskazania:

1) zakresu, w jakim wykonawca zamierza korzystać z potencjału podmiotu trzeciego, 2) identyfikacji podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby, 3) zakresu i sposobu zaangażowania podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia.

Natomiast ostateczna i szczegółowa weryfikacja doświadczenia podmiotu trzeciego przez pryzmat warunków udziału w postępowaniu dokonywana jest na etapie oceny w trybie art. 26 ust. 1 pzp, przy czym wykonawca pozostaje związany zakresem udostępnionego mu potencjału, który nie może ulec zmianie (z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 22a ust. 6 pzp).

Jednakże takiej zmiany nie stanowi wskazanie w miejsce zadania, które nie spełniało warunku udziału w postępowaniu innego zadania wykonanego przez ten sam podmiot trzeci, gdyż mieszczą się one w zakresie wiedzy i doświadczenia udostępnionego przez ten podmiot trzeci w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu, a wskazanie konkretnych inwestycji ma na celu jedynie umożliwienie weryfikacji tej okoliczności.

A zatem celem, jaki przyświeca zobowiązaniu podmiotu trzeciego, jest wykazanie, że podmiot ten posiada wymagane przez zamawiającego doświadczenie. Natomiast na etapie badania dokumentów złożonych w trybie art. 26 ust. 1 pzp dochodzi do weryfikacji, czy doświadczeniem tym podmiot trzeci faktycznie dysponuje. W razie negatywnego wyniku weryfikacji, uruchomiona zostaje procedura z art. 26 ust. 3 pzp oraz art. 22a ust. 6 pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że nieprawidłowo ocenił, czy Konsorcjum dysponowało i nadal dysponuje doświadczeniem, które użycza mu na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia podmiot trzeci. Ponieważ NDI udostępniło zdolność zawodową niezbędną do wykazania spełnienia warunku udziału, o którym mowa w pkt 8.6.1. lit. a) IDW, zastąpienie jednej z tych inwestycji inną w żaden sposób nie wpływa na zakres użyczanego potencjału, jego formę czy sposób udostępnienia. Skoro NDI niezmiennie (tj. co najmniej od złożenia oferty przez Konsorcjum) dysponowało doświadczeniem pozwalającym spełnić warunek i zdecydowało się ten potencjał użyczyć Konsorcjum, Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nadmierne przywiązanie do błędnie pojmowanego formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż zamiast dokonać oceny dokumentów przez pryzmat zagadnienia o zasadniczym znaczeniu, jakim jest zdolność Konsorcjum do wykonania zamówienia, skoncentrował się na dacie wystawienia dokumentu.

Odwołujący zarzucił, że stanowisko Zamawiającego jest sprzeczne z dyspozycją art. 26 ust. 3 pzp, a także nieuzasadnione z uwagi art. 22a ust. 6 pzp, gdyż prowadziłyby do nielogicznego wniosku, że o ile Konsorcjum byłoby uprawnione do zastąpienia NDI innym

podmiotem trzecim (co wiązałoby się z przedłożeniem zobowiązania tego podmiotu wystawionego po terminie składania ofert), o tyle nie jest uprawnione do zastąpienia jednego innym spośród zadań wykonanych przez NDI.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niewzięcie pod uwagę, że jedną z podstawowych zasad na gruncie nie tylko pzp, ale i wszelkich regulacji prawnych stanowiących o prawach i obowiązkach podmiotów prawa, jest zakaz dokonywania wykładni rozszerzającej.

Odwołujący podniósł również – jak zaznaczył – na marginesie, że zobowiązanie NDI, jak zresztą każde jednostronne oświadczenie woli, podlega regułom wykładni oświadczeń woli. Zgodnie z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”} oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Przy interpretacji poszczególnych wyrażen składających się na oświadczenie woli złożone w formie pisemnej należy uwzględnić kontekst i związki treściowe, występujące pomiędzy zawartymi w tekście postanowieniami oraz cel oświadczenia, jak również okoliczności jego złożenia. Sens tego przepisu trafnie uchwycił Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 21 czerwca 2007 r. sygn. akt IV CSK 95/07: *Ustalając znaczenie oświadczenia woli należy zacząć od sensu wynikającego z reguł językowych, z tym, że przede wszystkim należy uwzględnić zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe. Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst. Dlatego nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi. Klóciłoby się to bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego. Przy wykładni oświadczenia woli należy - poza kontekstem językowym - brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny (art. 65 § 1 k.c.). Obejmuje on w szczególności przebieg negocjacji, dotychczasowe doświadczenie stron, ich status (wyrażający się, np. prowadzeniem działalności gospodarczej).*

Według Odwołującego jedyny racjonalny wniosek, jaki wyprowadzić można w okolicznościach tej sprawy, jest taki, że intencją NDI było użyczenie Konsorcjum doświadczenia niezbędnego do spełnienia warunku z pkt 8.6.1 lit. a) IDW. Przyjęcie zatem, że zamiar autora tego dokumentu bezwzględnie definiuje był przywołanie konkretnych inwestycji, tj. że NDI chciało użyczyć swoje doświadczenie zdobyte w ramach zadania nr 1 i 2 z zobowiązania, ale już nie w ramach zadania nr 3 (dodanego na etapie składania wykazu robót), przeczy w równym stopniu przywołanym powyżej regułom wykładni oświadczeń woli, ale i elementarnej logice oraz zdrowemu rozsądkowi. Wobec tego, wbrew twierdzeniom

Zamawiającego, uzupełnione zobowiązanie NDI potwierdza udostępnienie potencjału na dzień składania ofert.

W odpowiedzi na odwołanie z 15 marca 2021 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności przedstawiając następującą argumentację.

Zamawiający wywiódł, że spełnienie warunku musi nastąpić już przed terminem składania ofert, co potwierdzać ma wstępne oświadczenie, natomiast dokument potwierdzający powyższe, może zostać wydany z datą późniejszą, czego nie zmieniła nowelizacja ustawy pzp z 2016 r., na którą powołał się Odwołujący.

Zamawiający powołał się na uzasadnienie wyroku Izby z 3 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 905/20, w którym wskazano w szczególności: (...) że *warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione już w dacie składania ofert, co oznacza, że już w tym momencie wykonawca musi posiadać potencjał niezbędny do realizacji zamówienia (ekonomiczny, finansowy, techniczny, zawodowy, kompetencje czy też uprawnienia wymagane przez Zamawiającego i wskazane w SIWZ. Składane oświadczenia lub dokumenty, które mają potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu, składane na wezwanie z art. 26 ust. 1 lub 2 pzp powinny być aktualne na dzień ich złożenia, ale muszą także potwierdzać spełnianie warunków udziału na dzień składania ofert. Wskazuje na to brzmienie ww. przepisów, które nakładają na Zamawiającego obowiązek (ust. 1) lub uprawnienie (ust. 2) do wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie „aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1”. Oświadczenia lub dokumenty składane na wezwanie powinny potwierdzać brak podstaw do wykluczenia na moment ich złożenia (w czasie terażniejszym, w odniesieniu do aktualnego stanu faktycznego), tym samym potwierdzając także, że aktualne pozostają okoliczności wskazane w oświadczeniu wstępnym.*

Zamawiający dodał, że jak analogicznie wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku z 8 września 2020 r. sygn. akt 1652/20: (...) *Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zatem z powyższego przepisu wynika, wprost, że wykonawca wraz z ofertą składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, które ma być aktualne na dzień składania ofert, a zatem warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień składania ofert. Nowelizacja ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. nie zmieniła powyższej zasady. Zmianie uległ jedynie moment składania przez wykonawców oświadczeń lub dokumentów (środków dowodowych) mających potwierdzać spełnienie warunków udziału*

w postępowaniu, które w poprzednim stanie prawnym składane były wraz z oświadczeniem o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (tj. w dacie składania oferty), zaś obecnie składane są dopiero na dalszym etapie postępowania, na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2 pzp i jedynie przez wykonawcę, którego oferta zostanie najniżej oceniona. Nie budzi, zatem żadnych wątpliwości Izby, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione już w dacie składania ofert. Tym samym już w tym momencie wykonawca musi posiadać potencjał niezbędny do realizacji zamówienia. Natomiast oświadczenia lub dokumenty, które mają potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu, składane na wezwanie z art. 26 ust. 1 lub 2 pzp powinny być aktualne na dzień ich złożenia. (...)

Zamawiający stwierdził, że nie mógł uznać zawartej w piśmie Konsorcjum, złożonym w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 25 ust. 1 pzp, deklaracji o udostępnieniu przez NDI zasobów w zakresie robót niewskazanych w złożonym uprzednio zobowiązaniu, gdyż do takiej czynności uprawniony jest wyłącznie podmiot trzeci. Natomiast zobowiązanie NDI złożone wraz z ofertą enumeratywnie wymienia dwie roboty budowlane, których dotyczy udostępnianie zasobów, czyli chodzi o wiedzę i doświadczenie nabyte przy realizacji tych konkretnych zadań.

Z kolei z treści zobowiązania NDI z 11 lutego 2021 r. (w której wskazano dodatkowo trzecie roboty budowlane), złożonego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 pzp, w ocenie Zamawiającego wynika, że udostępnienie zasobów pozwalających na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nastąpiło po terminie składania ofert. Innymi słowy dopiero 11 lutego 2021 r. nastąpiło udostępnienie zasobów potwierdzających treść oświadczenia zawartego w JEDZ o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający oświadczył, że nie sformułował wymogu, aby dokument został wydany w dacie sprzed złożenia ofert, natomiast brak wykazania spełnienia warunków udziału przez Konsorcjum wynika z daty udostępnienia zasobów, a nie daty dokumentu. Według Zamawiającego w tym przypadku nieadekwatne jest czynione w odwołaniu rozróżnienie „aktualności dokumentu” oraz „daty jego podpisania”. Zamawiający stwierdził, że nie podważa aktualności dokumentu w rozumieniu jego zgodności ze stanem faktycznym, natomiast odnosi się do daty udostępnienia zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia zdobytego przy realizacji zamówienia wskazanego w zobowiązaniu i 11.02.2021 r. i spełnienia warunku.

Do postępowania odwoławczego w tej sprawie nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) {dalej: „nowa ustawa pzp” lub „npzp”}.

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż wykluczenie z tego postępowania uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W pkt 8.6.1. lit. a) instrukcji dla wykonawców {dalej: „i.d.w.”} specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „s.i.w.z.”} Zamawiający określił warunek udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, zgodnie z którym wykonawca miał wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania oferty wykonał co najmniej dwie roboty budowlane, każda wykonana w ramach odrębnej umowy, w zakresie budowy, przebudowy lub remontu nawierzchni torowej wraz z urządzeniami srk linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej lub elektryfikowanej, gdzie suma długości budowanych, przebudowywanych lub remontowanych torów szlakowych i torów głównych zasadniczych, przy jednocześnie prowadzonym ruchu po torach sąsiednich, wynosiła łącznie co najmniej 5 km.

Konsorcjum w ofercie podpisanej elektronicznie 1 grudnia 2020 r. wskazało, że NDI, na którego zasobach polega dla wykazania warunków udziału w tym postępowaniu, będzie podwykonawcą części robót torowych [pkt 8 i 9 formularza ofertowego]. Przy czym z JEDZ Gór-Toru wynika, że to na jego rzecz NDI zobowiązało się udostępnić swoje zasoby i być jego podwykonawcą w zakresie części robót torowych. Jednocześnie do oferty złożono zarówno JEDZ NDI, jak i zobowiązanie NDI do udostępnienia Gór-Torowi posiadanych zdolności technicznych i zawodowych dzięki udziałowi jako podwykonawca w realizacji tego zamówienia, podpisane elektronicznie 28 października 2020 r.

Zamawiający wymagał na tym etapie postępowania jedynie złożenia ogólnego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, które zostało złożone przez NDI [sekcja α w części IV JEDZ]. Dodatkowo w treści zobowiązania NDI, o którym mowa powyżej, wyszczególniono, że NDI nabyło doświadczenie dzięki wykonaniu dwóch zamówień, których dokładne nazwy podano.

Następnie, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 14 stycznia 2021 r. w trybie art. 26 ust. 1 pzp, Konsorcjum 21 stycznia 2021 r. złożyło dokumenty na potwierdzenie niepodlegania przez NDI wykluczeniu. Z kolei dla wykazania warunku, o którym mowa w pkt 8.6.1. lit. a) IDW, Konsorcjum złożyło wykaz obejmujący 3 roboty budowlane wykonane przez NDI na rzecz PKP PLK, to jest obejmujący dodatkowe zamówienie w stosunku do wymienionych w zobowiązaniu NDI złożonym wraz z ofertą.

8 lutego 2021 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 pzp wezwał Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania przywołanego powyżej warunku. Zamawiający stwierdził, że ponieważ według brzmienia oświadczenia NDI udostępniło ono Konsorcjum zdolność techniczną i zawodową w postaci doświadczenia nabytego przy realizacji zamówień z poz. 1 i 2 wykazu robót, brak jest takiego oświadczenia w odniesieniu do poz. 3 wykazu robót.

Choć nie zostało to wysłowione w treści powyższego wezwania, faktycznym powodem, dla którego konieczne było wzięcie pod uwagę poz. 3 wykazu robót na poczet wykazania spełniania powyżej przywołanego warunku była okoliczność, że poz. 2 wykazu dotyczyła robót budowlanych, które zostały wykonane w październiku 2015 r., a zatem dawniej niż 5 lat przed terminem składania ofert, który ostatecznie upływał w tym postępowaniu 3 grudnia 2020 r.

12 lutego 2021 Konsorcjum złożyło zobowiązanie NDI analogicznej treści jak złożone wraz z ofertą, w którym dodatkowo wyszczególniono również trzecie zamówienie z wykazu robót, podpisane elektronicznie 11 lutego 2021 r.

Zobowiązanie NDI jako oświadczenie woli z mocy art. 14 ustawy pzp w zw. z art. 65

§ 1 kc należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W powyżej ustalonych okolicznościach nie powinno budzić wątpliwości, że wolą NDI jest udostępnienie jego zdolności technicznych i zawodowych adresatowi zobowiązania w takim zakresie, w jakim jest to konieczne zarówno dla wykazania warunków udziału w tym postępowaniu, jak i dla należytego wykonania tego zamówienia. Innymi słowy celem tego zobowiązania było umożliwienie Konsorcjum udowodnienie Zamawiającemu, że realizując przedmiotowe zamówienie, będzie dysponowało niezbędną wiedzą i doświadczeniem, w szczególności dzięki temu, że NDI zrealizuje jako podwykonawca roboty, do realizacji których zdolności te są wymagane, czyli uczynienie zadość dyspozycji normy wynikającej z art. 22a ust. 2 i 4 pzp.

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że dzięki wykonaniu wszystkich trzech robót budowlanych opisanych w wykazie NDI dysponowało i nadal dysponuje wymaganymi dla realizacji tego zamówienia w zakresie robót torowych zdolnościami technicznymi i zawodowymi.

Skoro udostępnienie tych zdolności Konsorcjum będzie polegało na udziale NDI w wykonywaniu części robót torowych jako podwykonawca, nie ma podstaw dla przyjęcia, że wolą NDI było korzystanie z jego wiedzy i doświadczenia w zakresie niewystarczającym dla należytego zrealizowania tych prac.

Przede wszystkim w przypadku takich abstrakcyjnych i niematerialnych zasobów jak wiedza i doświadczenie, w przeciwieństwie do konkretnych i materialnych zasobów jak np. sprzęt techniczny, trudno wyobrazić sobie, w jaki sposób miałyby być faktycznie możliwe wyodrębnienie spośród ogółu zasobów wchodzących w skład przedsiębiorstwa, ich części i to związanej z wykonaniem konkretnej umowy na roboty budowlane. O ile zatem można udostępnić część potencjału sprzętowego w postaci niektórych spośród posiadanych pojazdów specjalistycznych, maszyn, urządzeń, narzędzi etc., o tyle nie da się uchwycić, na czym miałyby polegać udostępnienie części wiedzy i doświadczenia, które dzięki prowadzonej działalności osiągnęły określony poziom zaawansowania. Prowadziłoby to do absurdalnego wniosku, że nawet jeżeli przedsiębiorca posiada najwyższy poziom kompetencji do wykonania robót danego rodzaju, może zobowiązać się do niewykorzystywania ich w pełni przy wykonywaniu kolejnych robót tego samego rodzaju. Przedstawiając to na uproszczonym przykładzie byłaby to sytuacja, w której lektor ze znajomością języka obcego na poziomie zaawansowanym miałby zobowiązać się do tego, że będzie wykorzystywał tę zdolność na poziomie średniozaawansowanym.

Z powyższych względów nie można oświadczenia woli NDI odczytywać wyłącznie przez pryzmat niefortunnego sformułowania, które rzeczywiście literalnie wskazuje, jakoby

przedmiotem udostępnienia była wiedza i doświadczenie wynikające wyłącznie z wykonania niektórych spośród ogółu wykonanych robót budowlanych. Natomiast należy je odczytywać jako próbę, przedwczesną w okolicznościach tego postępowania, wykazania, że NDI wykonało co najmniej dwie roboty budowlane o parametrach opisanych w ramach warunku udziału w postępowaniu.

Skoro uzupełnienie treści zobowiązania złożonego wraz z ofertą sprowadza się *de facto* do aktualizacji listy wykonanych przez NDI zamówień w związku z tym, że jedno z dwóch dotychczas wskazanych wykracza poza cezurę czasową stanowiącą element warunku udziału w postępowaniu, również potwierdza to, że wolą NDI od początku było umożliwienie polegania na jego zdolnościach koniecznych dla realizacji tego zamówienia.

W zawiadomieniu z 19 lutego 2021 r. uzasadnienie faktyczne decyzji o wykluczeniu Konsorcjum, poza zrelacjonowaniem przebiegu badania spełniania przez nie przywołanego na wstępie ustaleń warunku, sprowadza się do stwierdzenia przez Zamawiającego, że:

- po pierwsze – uzupełnione zobowiązanie NDI *nie potwierdza informacje w nich zawartych najpóźniej na dzień składania ofert, a na dzień uzupełnienia tych dokumentów – wobec czego nie spełnia warunku pkt 8.6.1 a) TOM I SIWZ (IDW);*
- po drugie – *Treść oświadczeń i dokumentów składanych w trybie art. 26 ust. 3 PZP musi być aktualna na dzień składania ofert (złożone w odpowiedzi na wezwanie w tym trybie oświadczenia lub zobowiązanie innego podmiotu musi być aktualne na dzień składania ofert). Okoliczności, które są zawarte w dokumentach, muszą potwierdzać informacje w nich zawarte najpóźniej na dzień składania ofert, a nie na dzień uzupełnienia tych dokumentów.*

Na podstawie tak enigmatycznego i niepoprawnego językowo uzasadnienia {informacje zawarte w dokumentach mogą potwierdzać istnienie okoliczności, a nie odwrotnie} Konsorcjum mogło dojść do wniosku, że Zamawiający oczekiwał opatrzenia uzupełnionego na skutek wezwania dokumentu w formie elektronicznej podpisem ze znacznikiem wskazującym na datę sprzed upływu terminu złożenia ofert.

Zamawiający co prawda zaprzeczył temu w odpowiedzi na odwołanie, ale *de facto* nadal z daty podpisania uzupełnionego zobowiązania wywodzi, że dopiero w tej dacie nastąpiło udostępnienie zasobów w zakresie niezbędnym dla wykazania warunku udziału w postępowaniu. W szczególności Zamawiający nie był w stanie sprecyzować, w jaki inny sposób Konsorcjum mogło uzupełnić opisany przez niego brak, aby uczynić zadość treści wezwania.

Przed wszystkim z treści uzasadnienia wykluczenia i odpowiedzi na odwołanie wynika, że Zamawiający nie uwzględnił konieczności zinterpretowania oświadczenia woli NDI zawartego w dokumencie zobowiązania przez pryzmat reguł wykładni oświadczeń woli

z art. 65 § 1 kc, z uwzględnieniem specyficznego charakteru zasobu, jakim jest wiedza i doświadczenie, co doprowadziło go do błędnych ustaleń.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach zarzuty odwołania są zasadne.

Dla oceny czynności podjętych przez Zamawiającego znaczenie mają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), gdyż na jej podstawie zostało wszczęte przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Z art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp wynika, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przy czym według art. 26 ust. 3 pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub są one niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia tych oświadczeń lub dokumentów lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Skoro Zamawiający bezpodstawnie ustalił, że Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, o którym mowa powyżej, w tym błędnie stwierdził nieuczynienie zadość wezwaniu do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego udostępnienie w tym zakresie przez podmiot trzeci potencjału, Zamawiający dokonał wykluczenia Konsorcjum z naruszeniem powyżej przywołanych przepisów. W szczególności ustalone powyżej okoliczności prowadzą do wniosku, że wystosowane wezwanie nie tyle służyło umożliwieniu Konsorcjum uzupełnienia opisanego w jego treści braku, a formalnemu dopełnieniu przez Zamawiającego obowiązku przeprowadzenia procedury z art. 26 ust. 3 pzp.

Według art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Ponieważ oferta Konsorcjum nie powinna zostać uznana za odrzuconą, odpadła podstawa faktyczna unieważnienia postępowania, na którą powołał się Zamawiający, a czynność tę należy uznać za dokonaną z naruszeniem tego przepisu.

Ponieważ z odwołania nie wynika, na czym miałyby polegać naruszenie przez

Zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości, a nie ma podstaw prawnych i faktycznych, aby każde naruszenie szczegółowych przepisów ustawy pzp uznawać za jednocześnie naruszenie art. 7 ust. 1 pzp, zarzut naruszenia tego przepisu nie potwierdził się.

W ocenie Izby powyższe nie ma jednak znaczenia dla stwierdzenia, że odwołanie od czynności wykluczenia Konsorcjum i uznania jego oferty za odrzuconą oraz unieważnienia postępowania okazało się w całości zasadne.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b nowej ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz koszty zastępstwa przez Izbą Odwołującego (potwierdzone złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem), orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 nowej ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając nimi Zamawiającego.