

Sygn. akt KIO 2007/17
KIO 2014/17

WYROK
z dnia 2 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński
Małgorzata Matecka
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 9, 17 i 27 października 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 25 września 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum: **ASTALDI S.p.A., via G.V. Bona 65, 00-156 Rzym, Torpol S.A., ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań** (sygn. akt KIO 2007/17),
- B. w dniu 25 września 2017r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum: **Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş, Konya Devletyolu, 23. Km, no. 111 Gölbasi – Ankara, Mosty Łódź S.A., ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź, Gülermak Sp. z o.o., ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa** (sygn. akt KIO 2014/17),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa.**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: **Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş, Konya Devletyolu, 23. Km, no. 111 Gölbasi – Ankara, Mosty Łódź S.A., ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź, Gülermak Sp. z o.o., ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2007/17 po stronie odwołującego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **konsorcjum: ASTALDI S.p.A., via G.V. Bona 65, 00-156 Rzym, Torpol S.A., ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2014/17 po stronie zamawiającego,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **konsorcjum: „Energopol – Szczecin S.A., ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2007/17 i KIO 2014/17 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołania,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **konsorcjum: ASTALDI S.p.A., via G.V. Bona 65, 00-156 Rzym, Torpol S.A., ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań** i wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **konsorcjum: Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş, Konya Devletyolu, 23. Km, no. 111 Gölbasi – Ankara, Mosty Łódź S.A., ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź, Gülermak Sp. z o.o., ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa, i:**
- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołujących, w tym:
 - A. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **konsorcjum: ASTALDI S.p.A., via G.V. Bona 65, 00-156 Rzym, Torpol S.A., ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,
 - B. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **konsorcjum: Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş, Konya Devletyolu, 23. Km, no. 111 Gölbasi – Ankara, Mosty Łódź S.A., ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź, Gülermak Sp. z o.o., ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **konsorcjum: ASTALDI S.p.A., via G.V. Bona 65, 00-156 Rzym, Torpol S.A., ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań** i wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **konsorcjum: Gülermak Ağir Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş, Konya Devletyolu, 23. Km, no. 111 Gölbasi – Ankara, Mosty Łódź S.A., ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź, Gülermak Sp. z o.o., ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa** na rzecz zamawiającego: : **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa.**, w tym:

A. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **konsorcjum: ASTALDI S.p.A., via G.V. Bona 65, 00-156 Rzym, Torpol S.A., ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (KIO 2007/17),

B. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **konsorcjum: Gülermak Ağir Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş, Konya Devletyolu, 23. Km, no. 111 Gölbasi – Ankara, Mosty Łódź S.A., ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź, Gülermak Sp. z o.o., ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (KIO 2014/17).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie.**

.....

.....

.....

Sygn. akt KIO 2007/17

Sygn. akt KIO 2014/17

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizację robót budowlanych w formule „Projektuj i Buduj” w ramach projektu POIiŚ 5.1-15 „Udrożnienie Łódzkiego Węzła Kolejowego (TEN-T). etap II. odcinek Łódź Fabryczna - Łódź Kaliska/Łódź Żabieniec”*”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2016/S 229-417815 w dniu 26 listopada 2016 r. – a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

KIO 2007/17

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie w ramach konsorcjum: Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie i Torpol S.A. z siedzibą w Poznaniu (dalej jako odwołujący Astaldi), wnieśli odwołanie wobec zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania

o udzielenie zamówienia konsorcjum Energopol – Szczecin S.A. z siedzibą w Szczecinie i Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim (dalej jako konsorcjum Energopol) i w konsekwencji zaniechania wyboru oferty odwołującego Astaldi.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp”:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp - poprzez niewykluczenie z postępowania konsorcjum Energopol mimo, że wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu;
- 2) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp - poprzez niewykluczenie z postępowania konsorcjum Energopol mimo, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa lub lekkomyślności wprowadził w błąd

Zamawiającego w przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;

- 3) naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 w z w. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez wezwanie konsorcjum Energopol w dniu 11.09.2017 r. do uzupełnienia Załącznika nr 10, tj. wykazu osób w zakresie potwierdzającym spełnienie warunku dysponowania kierownikiem robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, mimo złożenia przez konsorcjum Energopol w tym zakresie oświadczenia celowo i uporczywie wprowadzającego Zamawiającego w błąd, jak również poprzez wezwanie konsorcjum Energopol do uzupełnienia Załącznika nr 10 w ww. zakresie, mimo samodzielnego uzupełnienia tego dokumentu przez konsorcjum, co skutkowało umożliwieniem temu wykonawcy wielokrotnego uzupełniania danych dotyczących wykazania spełnienia warunku w zakresie dysponowania kierownikiem robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej o nowe dane uzupełniające poprzednio złożone informacje wymagane dla wykazania spełnienia warunku, jak również o nowe osoby;
- 4) naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie uznania oferty złożonej przez konsorcjum Energopol za odrzuconą, mimo ziszczenia się przesłanek wskazujących na konieczność wykluczenia tego wykonawcy z postępowania;
- 5) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp polegające na dokonaniu wyboru oferty konsorcjum Energopol mimo, że jego oferta uznana winna być za odrzuconą i jako taka nie powinna podlegać wyborowi;
- 6) naruszenie art. 7 ust 1 ustawy Pzp w zw. z naruszeniami, o których mowa w pkt 1, 2, 4 i 5 powyżej - poprzez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania zasad równego traktowania, przejrzystości i uczciwej konkurencji.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia konsorcjum Energopol oraz uznania oferty złożonej przez konsorcjum Energopol za odrzuconą wobec faktu podlegania przez tego wykonawcę wykluczeniu z postępowania,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołującego Astaldi kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Uzasadnienie odwołania 2007/17

Odwołujący Astaldi wskazuje, że w Rozdziale I specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zatytułowanym Instrukcja dla Wykonawców Zamawiający zawarł w pkt 8.2.3 warunki odnoszące się do wymaganego doświadczenia wykonawców: „*że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali:*

(...)

b) budowę co najmniej 2 km tunelu w ramach jednego zadania inwestycyjnego (w zakresie infrastruktury kolejowej lub linii metra lub dróg) wykonanego metodą odkrywkową”.

Ocena spełniania w/w warunku nastąpić miała na podstawie przedstawionych przez wykonawcę dokumentów i oświadczeń, które Zamawiający wymienił w pkt 9 IDW.

Na dowód spełnienia warunków określonych w pkt 8.2.3 lit b konsorcjum Energopol powołało: „Projekt Nr Ref.: IP/RŁ/6539/12/16 „Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II. Odcinek Łódź Widzew - Łódź Fabryczna ze stacją Łódź Fabryczna oraz budowa części podziemnej dworca Łódź Fabryczna przeznaczonej dla odprawy i przyjęć pociągów oraz obsługi podróżnych, przebudowa układu drogowego i infrastruktury wokół multimodalnego dworca Łódź Fabryczna - budowa zintegrowanego węzła przesiadkowego nad i pod ul. Węglową”, w tym: - budowa budynku dworca Łódź Fabryczna wraz z podziemną stacją i niezbędną infrastrukturą kolejową na 8 torów, budowę powyżej 2 km tunelu w ramach jednego zadania inwestycyjnego (w zakresie infrastruktury kolejowej), wykonanego metodą odkrywkową; budowa powyżej 2 km linii kolejowej obejmująca nawierzchnię torową i podtorze wraz z przebudową powyżej 2 km sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi - rozbiórka i budowa wiaduktu nad ulicą Tramwajową - budowa wiaduktu w ciągu ulicy Nowotargowej dla odbiorcy PKP S.A. w porozumieniu z MIASTEM ŁÓDŹ oraz z PKP- PLK SA Adres: Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna, z siedzibą 00-973 Warszawa, ul. Szczęśliwicka 62, Oddział Gospodarowania Nieruchomościami, ul. Juliana Tuwima 28; 90-002 Łódź”.

Odwołujący Astaldi wskazuje, że złożone przez konsorcjum Energopol wstępne oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do ww. projektu odnoszącego się do modernizacji linii kolejowej Warszawa - Łódź, poświadczają nieprawdę co do spełnienia tych warunków bowiem wskazane w dokumencie JEDZ jako wykonawca przedmiotowych robót Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów w istocie tych robót w ogóle nie wykonywało. Podnosi też, że długość tunelu wykonanego w ramach wskazanej inwestycji referencyjnej - wbrew oświadczeniu złożonemu przez konsorcjum Energopol - jest krótsza niż 2 km.

Odwołujący wskazuje, że on sam był w istocie wykonawcą ww. robót. Podnosi, iż umowa na wykonanie tego projektu została zawarta w dniu 18.08.2011 r. z konsorcjum firm: TORPOL S.A., ASTALDI S.p.A., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o., jednakże tylko dwie spośród firm tworzących przedmiotowe konsorcjum zostały wyznaczone do faktycznej realizacji tego kontraktu. Były to mianowicie spółka Torpol S.A. oraz Astaldi S.p.A., które w tym celu zawiązały w dniu 13.11.2012 r. spółkę cywilną NLF, która była faktycznym wykonawcą robót.

Odwołujący potwierdza, że ww. spółka w ramach przedmiotowego zadania zrealizowała metodą odkrywkową tunel kolejowy, lecz - wbrew twierdzeniu Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. (dalej jako PBDiM) - długość tunelu wynosiła nie ponad 2 km, lecz 1,720,07 km. Na dowód powyższego odwołujący Astaldi powołał zawartą umowę spółki cywilnej pomiędzy Torpol S.A. oraz Astaldi S.p.A, Decyzję nr 280/1/2016 z dnia 9.12.2016 r. Łódzkiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego o Pozwoleniu na Użytkowanie.

Odwołujący podnosi, że po zawarciu umowy na realizację ww. projektu, czterech partnerów tworzących konsorcjum w umowie konsorcjum przewidywało z góry powołanie dla realizacji tego kontraktu spółki cywilnej. Motywem była niepodzielność robót kontraktowych, co skutkowało brakiem możliwości wyznaczenia a priori, który z partnerów będzie wykonywał określoną część. Zadanie było zbyt kompleksowe organizacyjnie, skomplikowane technicznie, a poszczególne roboty zbyt powiązane, żeby można było je wykonać bez ścisłej koordynacji. Wskazuje, że po wybraniu przez Zamawiającego oferty złożonej przez konsorcjum, jeden z partnerów nie zgodził się wejść do spółki cywilnej, jaka miała być wykonawcą robót i praktycznie zredukował swój udział w konsorcjum, nie delegował swoich przedstawicieli do zarządu, nie uczestniczył w wykonywaniu robót i zrzekł się płatności. W tej sytuacji dwie większościowe firmy, tj. Torpol S.A. i Astaldi S.p.A. podjęły decyzje o powołaniu spółki cywilnej, której nadano nazwę NLF, która przyjęła na siebie realizację całego kontraktu. Podnosi, iż pozostali partnerzy konsorcjum powierzyli spółce NLF realizację robót w imieniu konsorcjum. Odwołujący Astaldi podkreśla, że PBDiM jako partner konsorcjum, wykonał jedynie pomniejsze roboty drogowe i ziemne jako podwykonawca spółki NLF. Prace kontraktowe organizowała i prowadziła NLF, podejmowała decyzje na temat technologii wykonywanych robót, tworzyła harmonogramy, koordynowała realizację robót, dostaw, występowała o zatwierdzenie zmian kontraktowych, uzyskiwała wszelkie niezbędne decyzje, w tym pozwolenia, dopasowując do podjętych decyzji materiały, urządzenia, wykonawców, a także konieczny sprzęt, rozwiązywała bieżące trudności, podejmowała decyzje w obliczu nieprzewidzianych zdarzeń, kontaktowała się z Inżynierem, z zamawiającymi, z urzędami itp. NLF zatrudniała do tej pracy własny personel, wszyscy stali pracownicy na budowie, inżynierowie, technicy, administracja, księgowość itp. to pracownicy, którzy podpisali umowę o pracę z NLF.

W opinii Odwołującego Astaldi, powołane powyżej okoliczności dowodzą, że PBDiM w swym oświadczeniu poświadczył nieprawdę co do wykonawcy tych robót, a tym samym konsorcjum Energopol nie spełniło wymaganych warunków udziału w postępowaniu.

W kwestii długości wykonanego w ramach omawianego projektu tunelu, Odwołujący podnosi, iż ww. decyzja jednoznacznie wskazuje, że długość tunelu wykonanego w ramach tego projektu wynosiła 1.720,07 m, na co jednoznacznie wskazuje jej pkt 1, odnoszący się

do wykonanego tunelu wielobranżowego kolejowego. Wskazany w pozwoleniu kilometraż poprzedzony pikietażem, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami, nie pozwala na przyjęcie, że tunel ma długość ponad 2 km, jak oświadczyła w JEDZ PBDiM. Odwołujący wskazuje, że PBDiM wprowadziła w błąd Zamawiającego co do istotnych faktów mających potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało winno wykluczeniem konsorcjum Energopol.

Odwołujący Astaldi celem wykazania, iż wykonawca powołujący się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum musi wykazać realny udział w wykonywaniu zamówienia, przytoczył orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C- 387/14. Odwołujący powołał się również na ww. wyrok TS w zakresie uznania wykonawcy za winnego poważnego wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Przytacza również wyrok Izby z dnia 18.04.2017 r. w sprawie KIO 576/17. Odwołujący wskazuje, iż w przypadku uznania, że wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd co do okoliczności faktycznych, niemożliwe będzie uzupełnienie oświadczeń konsorcjum Energopol, bowiem Zamawiający zobowiązany był do wykluczenia wykonawcy.

Odwołujący Astaldi podnosi, że zgodnie z postanowieniem pkt 8.6.2 SIWZ „W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę:

a) że dysponuje lub będzie dysponował na czas wykonania Zamówienia osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem:

(...)

3. Kierownik robót w specjalności konstrukcyjno - budowlanej - 1 osoba; Uprawnienia (kwalifikacje zawodowe) - uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej; Doświadczenie - co najmniej 5 lat doświadczenia na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane, w tym co najmniej 24 miesięczne doświadczenie na jednym zadaniu inwestycyjnym w zakresie infrastruktury kolejowej lub linii metra, związane z budową lub przebudową co najmniej jednej podziemnej stacji lub podziemnego przystanku lub stacji metra posiadających co najmniej 2 tory”.

W treści JEDZ, złożonego wraz z ofertą, jak również w treści dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27.07.2017 r. skierowane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, konsorcjum Energopol wskazało, że będzie dysponowało Panem R.Ż. jako kierownikiem robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. W załączniku nr 10 stanowiącym Wykaz Osób, konsorcjum Energopol wskazało, że Pan R.Ż. zdobył doświadczenie w okresie od 04.1973 r. do 10.1978 r. pełniąc rolę kierownika budowy w ramach inwestycji dot. modernizacji linii kolejowej Szczecin Dąbie - Świnoujście, gdzie prowadzono roboty budowlane polegające na przebudowie co najmniej jednego

podziemnego przystanku posiadającego co najmniej dwa tory. Jednocześnie wskazano, że Pan R.Ż. posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej nr ZAP/0030/OWOK-03 z dnia 7.08.2003 r.

W związku z powyższym oświadczeniem, Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, czy wskazana przez konsorcjum Energopol osoba posiadała stosowne uprawnienia budowlane w okresie wykonywania usługi referencyjnej oraz wskazania, którego podziemnego przystanku na omawianej linii kolejowej dotyczy usługa referencyjna.

Jak wskazuje Odwołujący Astaldi, pismem z dnia 1.09.2017 r. konsorcjum Energopol wyjaśniło zakres doświadczenia i uprawnień Pana R.Ż., jednocześnie uzupełniając bez wezwania Załącznik nr 10, tj. wykaz osób o dodatkowe dane dotyczące doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, niezbędne dla wykazania spełnienia warunku w tym zakresie. Do wyjaśnień dołączono również oświadczenie Pana R.Ż., że przystanki w miejscowościach Wolin i Międzyzdroje wykonane w ramach zadania związanego z modernizacją linii kolejowej Szczecin Dąbie - Świnoujście są stacjami podziemnymi. Odwołując podnosi, iż tym samym konsorcjum Energopol uzupełniło dokumenty o nowe dane niezbędne dla - w ocenie konsorcjum - pozytywnej oceny spełnienia warunku, których nie sposób było wywieść z poprzednio złożonych dokumentów, a które nie stanowią jedynie wyjaśnień treści poprzednio zawartych w złożonych oświadczeniach. W reakcji na powyższe, Zamawiający pismem z dnia 5.09.2017 r. wezwał do wyjaśnienia podstaw uznania przez konsorcjum Energopol, że wskazane przystanki są przystankami podziemnymi, które to wyjaśnienia zostały złożone w piśmie z dnia 6.09.2017 r. Zgodnie z opinią Odwołującego Astaldi, w wyjaśnieniach tych konsorcjum Energopol w sposób uporczywy twierdziło, że ww. miejscowościach znajdują się przystanki podziemne. W rzeczonym piśmie konsorcjum Energopol ponownie z własnej inicjatywy uzupełniło Załącznik nr 10 oraz dokument JEDZ, wskazując nową osobę do pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, tj. Pana A.Z..

Odwołujący Astaldi podnosi, że mimo uporczywego wprowadzania Zamawiającego w błąd co do stanu faktycznego związanego ze stacjami podziemnymi w miejscowościach Wolin i Międzyzdroje, jak również dwukrotnego samodzielnego uzupełnienia wykazu osób i dokumentu JEDZ w zakresie odnoszącym się do osoby skierowanej do pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, Zamawiający pismem z dnia 11.09.2017 r., w sposób nieuprawniony i przyznający konsorcjum Energopol czwartą możliwość (po złożonym pierwotnie wykazie osób i 2 samodzielnych uzupełnieniach) wykazania spełnienia warunku w omawianym zakresie, wzywając do wskazania osoby na

stanowisko kierownika robót. W odpowiedzi na powyższe wykonawca pismami z dnia 13 i 14.09.2017 r. wskazał dwie nowe osoby - odpowiednio Pana A.Z. i Pana S.S..

Odwołujący wskazuje, że poprzez takie działania konsorcjum Energopol próbowało wykorzystać procedurę udzielania wyjaśnień do częściowego uzupełniania złożonych oświadczeń o nowe informacje i dane, na wypadek nieskuteczności udzielonych wyjaśnień. W konsekwencji konsorcjum Energopol złożyło i poddało pod ocenę Zamawiającego cztery wersje Załącznika nr 10, różniące się zakresem informacji co do poszczególnych osób skierowanych do pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej i ich doświadczenia, co nie może zostać uznane jako zastosowanie procedury jednokrotnego wezwania do uzupełniania. Odwołujący podnosi, że konsorcjum Energopol dokonując samodzielnych uzupełnień - pozbawiło się możliwości oczekiwania na skuteczne wezwanie Zamawiającego w tym zakresie. Odwołujący powołał na potwierdzenie swej argumentacji wyrok KIO z dnia 27 maja 2015 r. sygn. akt 1009/15. Wskazał także, że wezwanie z dnia 11.09.2017 r. skierowane do Wykonawcy wprost narusza przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, stawiając konsorcjum Energopol w uprzywilejowanej pozycji, w której wykonawca ten mógł wielokrotnie podejmować próbę wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wnosi, iż wobec powyższego, ani samodzielnie uzupełnione dokumenty przez wykonawcę, ani też złożone na wezwanie Zamawiającego, nie powinny w okolicznościach sprawy podlegać ocenie pod kątem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co w konsekwencji prowadzi do uznania, że konsorcjum Energopol nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a na skutek składanych wprowadzających w błąd oświadczeń, winno zostać wykluczone z udziału w postępowaniu.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron w dniu 9.10.2017 r. odwołujący Astaldi złożył pismo którym rozbudował argumentację zawartą w odwołaniu. W zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazał, że oświadczenie konsorcjum Energopol w przedmiocie długości wykonanego tunelu w ramach ww. zadania nie jest zgodne z rzeczywistością i ma na celu wprowadzenie w błąd Zamawiającego, poprzez próbę wyinterpretowania, że podziemna stacja kolejowa jest elementem tunelu, co ma pozostawać w sprzeczności z dokumentacją projektową i wydanymi decyzjami administracyjnymi.

Odwołujący podnosi, iż ustawa z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz.U. z 2016 r. poz. 1727 ze zm.) w art. 4 zawiera następujące definicje:

- pkt 1: infrastruktura kolejowa - elementy określone w załączniku nr 1 do ustawy, zgodnie z którym to załącznikiem „Wykaz elementów infrastruktury kolejowej” – *„w skład infrastruktury kolejowej wchodzi następujące elementy, pod warunkiem że tworzą część linii kolejowej, bocznic kolejowej lub innej drogi kolejowej, lub są przeznaczone do zarządzania nimi, obsługi przewozu osób lub rzeczy, lub ich utrzymania:*

(...)

4) *obiekty inżynieryjne: mosty, wiadukty, przepusty i inne konstrukcje mostowe, tunele, przejścia nad i pod torami, mury oporowe i umocnienia skarp;*

(...)

6) *perony wraz z infrastrukturą umożliwiającą dotarcie do nich pasażerom, pieszo lub pojazdem, z drogi publicznej lub dworca kolejowego;”*

- pkt 53 – *„stacja pasażerska - obiekt infrastruktury usługowej obejmujący dworzec kolejowy lub perony wraz z infrastrukturą umożliwiającą pasażerom dotarcie do peronów, pieszo lub pojazdem, z drogi publicznej lub dworca kolejowego”.*

Odwołujący z powyższego wywodzi, iż ww. ustawa wymienia elementy infrastruktury kolejowej odrębnie traktując tunel od peronów wraz z infrastrukturą zaś stację pasażerską traktuje jako obiekt infrastruktury usługowej. Podnosi również, że sam Zamawiający określając przedmiot Projektu Referencyjnego wskazał w opisie przedmiotu zamówienia, że *„Zamówienie obejmuje głównie następujące prace:*

- *budowa dwunawowego tunelu o długości około 1 600 m z linią czterotorową dla prowadzenia ruchu dalekobieżnego, regionalnego, aglomeracyjnego i kolei dużych prędkości,*

- *budowa stacji kolejowej Łódź - Fabryczna jako stacji podziemnej: dla czterech peronów i ośmiu torów wraz z zabudową czterech peronów dwukrawędziowych o długości 400 m i ośmiu torów (poziom głowki szyny około minus 16,5 m)”.*

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wskazuje, że Zamawiający dokonując opisu obiektów, które mają powstać w ramach postępowania odrębnie odnosił się do tunelu oraz do podziemnej stacji kolejowej, nie traktując ich jako jednego elementu konstrukcyjnego.

Odwołujący podniósł też, że wykonawca, wykonując swe zobowiązania kontraktowe, sporządził Projekt Budowlany, w oparciu o który zostało wydane pozwolenie na budowę, z którego jednoznacznie wynika zaprojektowana długość tunelu. Uwidocznione zostało to w części opisowej projektu budowlanego Tunelu Wielobranżowego - Tom II, część 3 — konstrukcja, gdzie wskazano: *„Projektowany tunel rozpoczyna się w miejscu połączenia z głowicą wschodnią stacji w km 0.529,93, natomiast kończy się wylotem w km 2.250,00, całkowita długość budowli wynosi zatem 1720,07. Zakres objęty projektem konstrukcji tunelu obejmuje odcinek od km 0,536.10 do km. 2,250.00 i ma długość 1713,90 m”.* Wedle Odwołującego na odrębność obiektu tunelu od obiektu stacji, a co za tym idzie brak możliwości sumowania ich długości i uznawania stacji kolejowej jako elementu konstrukcyjnego tunelu, wskazywać ma również fakt, że dla obu obiektów zostały wydane odrębne pozwolenia na użytkowanie. Podnosi, że Zamawiający - składając wnioski o wydanie pozwolenia na użytkowanie przygotowanych na podstawie dostarczonej przez Wykonawcę dokumentacji - zakwalifikował jako tunel wyłącznie obiekt powstały na odcinkach: od km 0+529.93 do km 0+641,40, od km 0+804 do km 1+021,89, od km 1+066,8 do km 1+175, od km 1+175 do km 2+250. Odwołujący podkreśla, że we wniosku dotyczącym

pozwoleniu na użytkowanie części stacyjnej w kilometrażu od km 0+141 do km 0+529,93 wnioskodawca nie kwalifikował tych elementów jako tunelu, co znalazło swoje odbicie i potwierdzenie w decyzji o pozwoleniu na użytkowanie z dn. 08.12.2016 r. nr 279/1/2016. Odwołujący wskazuje, że zawarte w treści decyzji o pozwoleniu na użytkowanie informacje dotyczące długości tunelu (kilometraż od 0+529,93 do 2+250, czyli długość 1720,07) są zgodne również ze sposobem zakwalifikowania długości tunelu przez Inżyniera Kontraktu, który w wydanym Zaświadczeniu o doświadczeniu Wykonawcy w wykonywaniu robót z dnia 22.05.2017 r. wskazuje, iż kontraktem objęte były m.in. budowa podziemnej stacji kolejowej dla czterech peronów o długości 400 metrów i 8 torów, budowa dwunawowego tunelu kolejowego o długości 1720 m o dwóch torach każda.

Ponadto Odwołujący Astaldi podnosi, że pośrednim dowodem na poparcie powyższego jest również dokumentacja przetargowa obecnego postępowania, w której Zamawiający ustalił jako odrębne warunki udziału w postępowaniu: budowę co najmniej 2 km tunelu w ramach jednego zadania inwestycyjnego (w zakresie infrastruktury kolejowej lub linii metra lub dróg) wykonanego metodą odkrywkową; (pkt 8.6.1. lit b) oraz budowę lub przebudowę jednego obiektu budowlanego takiego jak podziemna stacja lub przystanek kolejowy lub stacja metra posiadającego co najmniej 2 tory. Z powyższego Odwołujący wywodzi, że gdyby Zamawiający traktował stację jako element tunelu to nie ustalałby odrębnych warunków dla tych obiektów, co wskazuje na to, że Zamawiający konsekwentnie zarówno w Postępowaniu Referencyjnym wykazywanym przez konsorcjum Energopol dla spełnienia omawianego warunku udziału w postępowaniu, jak i w niniejszym postępowaniu rozróżnia tunel od stacji i traktuje je jako tunel inaczey jak wykonywanego w ramach jednego zadania inwestycyjnego.

W przedmiocie realnego udziału członka konsorcjum Energopol – spółki PBDiM w realizacji ww. zadania Odwołujący przedłożył dowody w postaci umowy konsorcjum z 12.02.2010 r. aneksu do umowy konsorcjum z 17.08.2011 r., umowy spółki cywilnej z 13.11.2012 r., pełnomocnictwa lidera konsorcjum z 27.11.2012 r. do realizacji inwestycji przez spółkę NLF.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący uzupełnił, iż podejmowane przez Wykonawcę wielokrotne próby wykazania spełnienia warunku posiadania odpowiedniego potencjału kadrowego, polegające na poddaniu pod ocenę Zamawiającego 4 (czterech) różnych wykazów osób, nie mogąc prowadzić do stwierdzenia, że procedura ta zapewniała zachowanie uczciwej konkurencji i nie odbyła się z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odnoszących się do możliwości uzupełnienia dokumentów po terminie składania ofert, czy też ich wyjaśnienia. W ocenie Odwołującego przedkładanie każdorazowo nowego wykazu osób w ramach wyjaśnień składanych w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, na wypadek, gdyby udzielane wyjaśnienia okazały się niewystarczające, prowadzi do obejścia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,

statuującego zasadę jednokrotnego wezwania do uzupełnienia danego dokumentu w postępowaniu, bowiem w ten sposób konsorcjum Energopol poddało pod ocenę Zamawiającego wykaz osób wielokrotnie, każdorazowo uzupełniając go o dodatkowe dane mające na celu wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, które to dane nie mogły zostać wyjaśnione w samodzielnej procedurze z przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jako że nie sposób ich było wywieść z treści poprzednio przedkładanych dokumentów. Odwołujący podkreśla, że procedura wyjaśniania dokumentów nie może prowadzić do wprowadzania nowych elementów oświadczenia wykonawcy - jak to miało miejsce w tym przypadku. Wskazuje, iż w jego ocenie konsorcjum Energopol wykorzystało procedurę udzielania wyjaśnień - do częściowego uzupełniania złożonych oświadczeń o nowe informacje i dane, na wypadek nieskuteczności udzielonych wyjaśnień. W konsekwencji powyższego konsorcjum Energopol złożyło i poddało pod ocenę Zamawiającego cztery wersje Załącznika nr 10, różniące się zakresem informacji co do poszczególnych osób skierowanych do pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej i ich doświadczenia, co nie może zostać uznane jako zastosowanie procedury jednokrotnego wezwania do uzupełniania, bowiem jedyne możliwe uzupełnienie zostało przez konsorcjum Energopol skonsumowane w wyniku uzupełnienia z dnia 1.09.2017 r., wobec czego wezwanie Zamawiającego z dnia 11.09.2017 r. było nieuprawnione i naruszało w sposób rażący przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący w odniesieniu do powyższego podniósł również, że sposób udzielenia wyjaśnień przez konsorcjum Energopol polegający nie tylko na zmianie kwalifikacji obiektów z przystanków na stacje, ale również na podjętej próbie wywiedzenia za wszelką cenę, że o tym czy stacja jest podziemna może zadecydować istnienie dochodzących do obiektu naziemnego przejść podziemnych, wskazuje, że konsorcjum Energopol podjęło wszelkie możliwe środki, aby celowo wprowadzić Zamawiającego w błąd co do charakteru tych obiektów i utrzymać Zamawiającego w tym przekonaniu. Odwołujący wskazał, iż w sytuacji tej obligatoryjną czynnością Zamawiającego winno być wykluczenie tego wykonawcy z udziału w postępowaniu, bez możliwości sanowania przez niego nieprawdziwych dokumentów.

Odwołujący Astaldi w piśmie z dnia 13.10.2017 r. odniósł się do argumentacji Przystępującego po stronie Zamawiającego - konsorcjum Energopol, przedstawionej w dalszej części niniejszego uzasadnienia. Odwołujący podniósł, iż Zamawiający stawiając warunek dotyczący budowy tunelu odrębnie od warunku dotyczącego budowy stacji uczynił to zamierzenie, bowiem budowa tunelu w sposób zasadniczy różni się od budowy stacji czy rozjazdów. Odwołujący wskazał na znaczące różnice w metodzie i trudności wykonania tunelu podziemnego oraz zwykłego wykopu, charakterystycznego dla budowy np. stacji.

Odwołujący podnosi, że nie ma żadnego znaczenia, iż prace dotyczące budowy rozjazdów czy stacji były wykonane w tej samej technologii, co tunel, gdyż zastosowanie technologii odkrywkowej przy budowie stacji i rozjazdów pozostaje bez znaczenia wobec faktu, że Zamawiający żądał doświadczenia w wykonywaniu robót tunelowych wykonywanych w tej technologii, a nie stacyjnych.

Odwołujący zauważa, że powoływane przez Przystępującego pojęcie zawarte w projekcie, a dotyczące tunelu głowicy wschodniej odnosi się do odcinka tej głowicy zlokalizowanego pomiędzy km 0+529,96 do km 0+641,40, który to odcinek został zaliczony do tunelu wielobranżowego i jako taki mieści się w długości tego tunelu wynoszącej 1720 m. Odwołujący wskazuje, że Przystępujący Energopol manipuluje informacją, bowiem wywodzi, że cała głowica wschodnia stacji została zaliczona do tunelu, podczas gdy faktycznie został zaliczony jedynie jej fragment. Ponadto zauważa, że projektowane w ramach inwestycji tunel i dworzec zostały zaprojektowane jako odrębne obiekty budowlane przez różnych architektów i zostały objęte odrębnymi pozwoleniami na budowę. Odwołujący wskazuje, że projektant klasyfikuje głowice jako elementy stacji. W odniesieniu do głowicy wschodniej projektant wypowiada się jednoznacznie i twierdzi, że tunel rozpoczyna się w miejscu, w którym kończy się wschodnia głowica stacji.

Odwołujący podnosi, że tunel to budowla podziemna (czyli obiekt usytuowany poniżej powierzchni terenu, dla którego podstawowym źródłem obciążenia jest otaczający go ośrodek gruntowy i wodny) o charakterze liniowym (czyli taki dla którego charakterystycznym parametrem jest długość), która służy celom komunikacyjnym (czyli jest obiektem, przez który z jednego jego końca na drugi można przejechać). Wszystkie trzy powyżej wymienione cechy muszą wystąpić jednocześnie, żeby można było daną budowlę uznać za tunel. Jednocześnie należy zauważyć, że do budowli podziemnych nie zalicza się fundamentów, podpiwniczeń (czyli wszystkich kondygnacji podziemnych) budowli naziemnych.

Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego stacja (wraz z głowicami) nie spełnia dwóch spośród trzech powyżej opisanych cech, bowiem komunikacyjnie jest nieprzejezdna oraz nie jest budowlą podziemną, lecz jest jedynie podziemną kondygnacją budowli naziemnej nie zaliczaną do budowli podziemnych. Wskazuje, że podziemna stacja została zaprojektowana i wykonana jako podziemna część budynku dworca multimodalnego Łódź Fabryczna, a zatem nie może zostać uznana za budowlę podziemną, a skoro nie jest budowlą podziemną, nie może zostać uznana za część tunelu.

Odwołujący argumentuje, że Zamawiający stawiając warunek wskazał na 2 km tunelu a nie różnych tuneli, zatem nie dopuścił możliwości łączenia różnych rodzajów budowli będących tunelami np. kolejowego i drogowego w ramach jednego zadania inwestycyjnego, gdyż użycie spójnika „lub” w tym przypadku odnosi się jedynie do możliwości wykazania się doświadczeniem w budowie różnych tuneli: tunelu kolejowego, tunelu metra czy tunelu drogowego. Wskazuje, że wynika to z zasady proporcjonalności warunku udziału

w postępowaniu do przedmiotu zamówienia (vide art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), a więc skoro przedmiotem zamówienia ma być wykonanie podziemnego tunelu średnicowego (vide tunel kolejowy łączący stacje o długości powyżej 2 km) to warunek udziału w postępowaniu TOM I SIWZ IDW punkt 8.6.1. b) dotyczył wykazania się proporcjonalnie tylko tunelem branży: kolejowej albo drogowej albo metra - bez możliwości łączenia tych rodzajów tuneli do wartości 2 km.

Odwołujący wskazuje również, że jako wykonawca projektu referencyjnego wykazywanego przez konsorcjum Energopol na spełnienie warunku, mając świadomość, że projekt ten w odniesieniu do omawianego warunku nie spełnia wymagań Zamawiającego odstąpił od jego powoływania w swojej ofercie. Ów brak możliwości powołania się na ten projekt wpłynął na podjęcie decyzji o utworzeniu konsorcjum Odwołującego, co przekłada się w tym postępowaniu na liczbę konkurujących ze sobą wykonawców.

W zakresie doświadczenia konsorcjum Energopol Odwołujący Astaldi podnosi, że PBDiM Sp. z o.o, nie zdobyła wymaganego doświadczenia w toku wykonywania robót referencyjnych, bowiem firmie tej bowiem powierzono wykonanie jedynie typowych prac ziemnych niezwiązanych z budową tunelu. Wskazuje, że z ramienia firmy PBDiM w wykonywaniu kontraktu z Zamawiającym uczestniczyła p. J., natomiast spółka PBDiM wykonała prace na kwotę 8.119.181,27 PLN, co stanowi 0,54% wartości całego kontraktu, która to wartość wraz z ugodami wyniosła 1.494.918.332,79 PLN. Odnosząc się do kwestii łączenia doświadczenia w ramach konsorcjum wskazuje, że NLF był fizycznym wykonawcą zamówienia, który zlecał (uchwałami lub umowami) wykonanie konkretnych branż inwestycji innym podmiotom.

W przedmiocie zarzutu nieuprawnionego, wedle opinii Odwołującego, uzupełnienia dokumentów złożonych wraz z ofertą polegającego na zmianie kandydata wskazanego pierwotnie w oświadczeniu JEDZ na stanowisko kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, Odwołujący wskazuje, że konsorcjum Energopol, wykorzystując instytucję tzw. bezpośredniego dysponowania personelem próbuje dowieść, że osoba, jaką zastępuje pierwotnie wskazaną w dokumencie JEDZ była w jego „posiadaniu” od upływu terminu składania ofert i jako taka stanowiła jego personel. Stąd wykonawca wywodzi niezgodność takiej zmiany z prawem oraz tezami wyroku TSUE w sprawie Esaprojekt. Odwołujący sprzeciwia się takiej argumentacji wskazując, że prowadzi ona do omijania przepisów i umożliwia zmianę pierwotnie złożonego oświadczenia w JEDZ, co Trybunał Europejski uznał za niedopuszczalne. Podnosi, że nie można bowiem przeprowadzić żadnego dowodu dostępności takiej osoby, poza oświadczeniem złożonym przez samego Przystępującego.

W odniesieniu do odwołania Odwołującego Astaldi, Zamawiający w piśmie złożonym w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron w dniu 9.10.2017 r. podniósł, iż zarzuty nr 1 i 2 odwołania należy uznać za spóźnione, w związku z czym Izba nie powinna ich rozpoznawać. W opinii Zamawiającego z treści odwołania w sposób jednoznaczny wynika, że wiedzę o czynnościach których dotyczą zarzuty Odwołujący Astaldi posiadał lub mógł posiadać najpóźniej w dniu, w którym Zamawiający wezwał konsorcjum Energopol, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów. Zamawiający wskazuje, że Odwołujący powinien mieć świadomość, że jeżeli decyzja z dnia 18.07.2017 r. o odrzuceniu oferty Gülermak, dotyczyła tylko i wyłącznie odrzucenia oferty tego konsorcjum, to Zamawiający uznał, że pozostałe oferty nie podlegają odrzuceniu, a wykonawcy nie podlegają wykluczeniu. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 24aa ustawy Pzp, Zamawiający jest zobowiązany do zbadania, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego, skoro zaczął on stosować procedurę określoną w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wobec konsorcjum Energopol, to znaczyło, że nie znalazł podstaw do odrzucenia tej oferty bądź wykluczenia tego wykonawcy. Wskazał przy tym, że informacje stanowiące podstawę zarzutów wynikają bezpośrednio z treści dokumentu JEDZ (wykaz wykonanych robót budowlanych stanowiących potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu str. 14 JEDZ i str. 45 oferty). Tym samym najpóźniej w dniu wezwania tego wykonawcy do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp rozpoczął bieg termin do wniesienia odwołania, który już upłynął. Zamawiający podnosi, iż wnosząc odwołanie na czynność wyboru, Odwołujący w sposób nieuprawniony próbuje przywrócić sobie termin na podniesienie tych zarzutów wobec konsorcjum Energopol. Zamawiający powołał się przy tym na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 28.02.2013 r. w sprawie sygn. akt III CZP 107/12.

W zakresie zdolności technicznej – posiadanego doświadczenia przez konsorcjum Energopol, Zamawiający wskazał, że w warunku wskazywał na tunel realizowany w ramach jednego zadania inwestycyjnego, które to zadanie miało dotyczyć infrastruktury kolejowej lub linii metra lub dróg. Każdy więc tunel wykonany metodą odkrywką realizowany w ramach jednego z rodzajów inwestycji spełniałby wymagania Zamawiającego.

Zamawiający podnosi, że pomimo, iż z decyzji administracyjnej wynika, że długość tunelu wynosiła jedynie 1720,07 m, to dokonując oceny wskazanej inwestycji przyjął on, że długość wykonanego tunelu to ok. 2500 m - biorąc pod uwagę fakt, że zarówno część nazywana tunelem, część dot. głowic, jak i część podziemnego dworca realizowana była w technologii odkrywkowej metodą podstropową. Wskazuje, iż celem przedmiotowego warunku było wykazanie się doświadczeniem w budowie tunelu w określonej metodzie na określonej infrastrukturze. W ocenie Zamawiającego, wszystkie te cele, a tym samym warunek, zostały spełnione podczas referencyjnej roboty budowlanej. W ocenie

Zamawiającego wskazywanie na decyzję administracyjną i długość tunelu tam wskazanego mijają się całkowicie z celem i brzmieniem warunku, bowiem nie wymagał on, aby na wykonany tunel została wydana decyzja o pozwoleniu na użytkowanie, lecz interesowało go faktyczne wykonanie tunelu technologią odkrywkową. Treść pozwolenia na użytkowanie wynika

z przyjętej metodologii etapowania robót i nie ma żadnego znaczenia dla określenia, czy pozostałe odcinki tej inwestycji stanowią tunel czy też nie. W ocenie Zamawiającego cały odcinek uwzględniający zarówno część nazywaną tunelem, jak i odcinki głowicy wschodniej i zachodniej oraz stacji stanowią faktycznie tunel, a tym samym uznać należy, że konsorcjum Energopol wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający podnosi, że powyższe jest zgodne z dokumentacją projektową przedmiotowej inwestycji, gdzie wprost wskazuje się, że technologia wykonania całego odcinka to technologia odkrywkowa a metoda podstropowa (pkt 2.2 - Technologiczne etapowanie robót), a pkt 3.1 - Podstawowe elementy konstrukcji dworca Łódź Fabryczna wskazuje, że zarówno głowica wschodnia, jak i zachodnia znajdują się w tunelu, w związku z czym - długość tunelu, nawet w skrajnie negatywnym wariantcie dla konsorcjum Energopol, musi obejmować również odcinki głowicy wschodniej

i zachodniej, co daje łącznie wartość powyżej 2 km. W ocenie Zamawiającego, również odcinek samej stacji należy uznać za spełniający wymogi w zakresie tunelu, gdyż najpierw na tej długości wykonano tunel, a dopiero następnie budowany był obiekt dworca.

W opinii Zamawiającego, nie sposób uznać też, że konsorcjum Energopol dopuściło się lekkomyślności czy niedbalstwa w zakresie wskazywania na długość tunelu, skoro przyjęło długość tunelu tak jak przyjął to Zamawiający.

W zakresie braku faktycznego udziału jednego z członków konsorcjum Energopol w realizacji budowy tunelu, a w związku z tym na brak możliwości powoływania się na to doświadczenie, Zamawiający wskazał, że Odwołujący Astaldi podnosi, że PBDiM wykonywał fizycznie „jedynie pomniejsze roboty drogowe i ziemne jako podwykonawca”, zatem Odwołujący w sposób jednoznaczny i wyraźny przyznał, że podmiot ten realizował roboty stanowiące część wykonania tunelu. Tym samym w opinii Zamawiającego nie wymaga żadnego dowodzenia okoliczność, że PBDiM brał faktyczny udział w budowie tunelu. Zamawiający podnosi także, że Odwołujący Astaldi w odwołaniu wskazuje, że roboty kontraktowe były niepodzielne, co skutkowało brakiem możliwości wyznaczenia odpowiednich zakresów realizacji poszczególnym partnerom, co również ma potwierdzać okoliczność,

że wobec braku możliwości „podzielenia” zamówienia, należało uznać, że wszyscy członkowie zrealizowali przedmiotowe zamówienie wspólnie i każdy może wykazywać się doświadczeniem w tym zakresie. Zamawiający wskazuje także, że dla niego partnerem do rozmów i realizacji zamówienia był wykonawca rozumiany jako Konsorcjum firm Astaldi,

Torpol, INTERCOR i PBDiM, a nie bliżej nieokreślona spółka cywilna NLF, która nie miała żadnego umocowania, czy to w Umowie czy w przepisach ustawy Pzp. Wskazuje, że spółka taka nie realizowała żadnych robót budowlanych na przedmiotowej inwestycji. Zgodnie z informacjami posiadanymi przez, pomimo powołania wskazanej spółki cywilnej, to wszystkie zlecenia dla podwykonawców były akceptowane przez Konsorcjum, jako całość i w takiej formie przekazywane do Zamawiającego. Z powyższego wywodzi, iż biorąc pod uwagę fakt, że z istoty podwykonawstwa wynika, że podwykonawca działa w imieniu i na rzecz Wykonawcy, a więc całego Konsorcjum, i odpowiedzialność za jego działania obarcza wszystkich członków Konsorcjum solidarnie, uznać należy, że wobec braku wydzielenia odpowiedniego zakresu robót dla poszczególnych członków Konsorcjum, wszyscy nabyli odpowiednią wiedzę i doświadczenie.

Odnośnie zarzutu dotyczącego kierownika robót w specjalności konstrukcyjno - budowlanej, Zamawiający potwierdził przedstawiony przez Odwołującego stan faktyczny, który jednak w jego ocenie nie potwierdza zasadności stawianych zarzutów. Zamawiający podniósł, że zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to Zamawiający decyduje czy i w jakim zakresie istnieje konieczność wezwania poszczególnych wykonawców do uzupełnienia dokumentów. Wskazuje, że stanowisko takie wprost wynika z przepisów prawa, a ponadto podnieść należy, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji w sytuacji, gdy wezwanie do uzupełnienia jest niejasne czy budzi wątpliwości. Zamawiający powołał się na wyrok w sprawie sygn. akt KIO 620/17, z którego wywodzi, że skoro podmiotem odpowiedzialnym za przeprowadzenie postępowania jest Zamawiający i to on ponosi wszelkie negatywne konsekwencje swojego działania, to nie może on brać pod uwagę samodzielnie złożonych uzupełnień, gdyż po pierwsze w ogóle nie wzywał Wykonawcy do uzupełnienia, a po drugie Wykonawca mógł błędnie ocenić, jakie są intencje i wola Zamawiającego. Zamawiający podnosi, że mając na uwadze powyższe, konsekwentnie nie uznawał i nie oceniał żadnych składanych samowolnie dokumentów, a tym samym nie można uznać, że nastąpiło jakiegokolwiek uzupełnienie dokumentów. Z tych powodów nie oceniał dokumentów złożonych za pismem z dnia 1.09.2017 r., tym bardziej, że Zamawiający uznał, iż w pierwszej kolejności musi wyjaśnić, czy konsorcjum Energopol nie wprowadziło Zamawiającego w błąd poprzez podanie danych dotyczących kierownika robót w specjalności konstrukcyjno - budowlanej. Zamawiający uznał, że Wykonawca błędnie zinterpretował stawiany warunek, co w jego opinii nie przesądza, że można przypisać mu chociażby lekkomyślność i próbę wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Zamawiający wskazuje,

że dopiero po ocenie tych wyjaśnień, pismem z dnia 11.09.2017 r. po raz pierwszy wezwał konsorcjum Energopol do uzupełnienia dokumentów, któremu to wezwaniu wykonawca

uczynił zadość. Zamawiający podkreśla, że tylko raz wezwał konsorcjum Energopol do złożenia uzupełnień. Zamawiający wskazuje, że identyczną procedurę zastosowałby wobec wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, w związku z czym brak jest podstaw do uznania, że nierówno traktował wykonawców.

Stanowisko przystępującego – konsorcjum Energopol.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach KIO 2007/17 i 2014/17 przystąpiło konsorcjum Energopol. Stanowisko w sprawie KIO 2007/17 Przystępujący przedstawił w piśmie z dnia 9.10.2017 r.

W zakresie zarzutu dotyczącego długości tunelu referencyjnego, przystępujący powołuje się na definicję legalną tunelu kolejowego znajdującą się w Rozporządzeniu Komisji (UE) Nr 1303/2014 z dnia 18.11.2014 r. w sprawie technicznej specyfikacji interoperacyjności w zakresie aspektu „Bezpieczeństwo w tunelach kolejowych” systemu kolei w Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE z 12.12.2014 r. I-356/403) (dalej „Rozporządzenie Komisji (UE)”). Konsorcjum Energopol podnosi, że zgodnie z pkt 2.4. lit. a) załącznika do ww. rozporządzenia tunel kolejowy to *„wykop lub konstrukcja, wewnątrz której biegą tory, a której celem jest umożliwienie pociągowi przejazdu - na przykład - przez przewyższenie gruntu, pod budynkami lub zbiornikami wodnymi. Długość tunelu określa się jako długość całkowitą zabudowanego odcinka mierzoną na poziomie torów”*. Przystępujący powołuje również dokument pn. *„Warunki techniczne dla kolejowych obiektów inżynieryjnych Id-2 (1)2”* - Załącznik do zarządzenia Nr 29/2005 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 5.10.2005 r., który w Dziale 1. – „Podstawowe określenia i definicje”, w pkt 1 ppkt 5 zawiera definicję tunelu liniowego, zgodnie z którą tunel liniowy - to *„obiekt inżynieryjny umożliwiający przeprowadzenie linii kolejowej pod powierzchnią terenu”*. Wskazuje również, iż ww. dokumencie, w Dziale 5 – „Tunele liniowe” w pkt 2 ppkt 1 wskazano, że długość części tunelu to *„odległość między punktami przecięcia osi części tunelu z pionowymi płaszczyznami prostopadłymi do tej osi przechodzącymi przez najbardziej wysunięte punkty konstrukcji części tunelu, mierzona wzdłuż osi tunelu na poziomie niwelety linii kolejowej”*, z kolei zgodnie z pkt 3 Działu 5, ppkt 1 Parametrami geometrycznymi charakteryzującymi tunel liniowy są długość obiektu - suma długości poszczególnych części tunelu.

Ponadto Przystępujący powołuje się na definicję tunelu z ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2016 r. poz. 1440 z późn. zm.), oraz wywodzi, że analiza przywołanych definicji tuneli wskazuje na to, że zarówno ustawodawca unijny, jak i polski oraz sam Zamawiający, kładą nacisk na funkcjonalne znaczenie tego pojęcia. Podnosi, że funkcją tunelu jest umożliwienie komunikacji - w tym konkretnym przypadku pociągu - przez określoną przeszkodę lub pod nią. Wskazuje, że brak jest w definicjach możliwości wyłączenia tej funkcji np. poprzez wybudowanie w tunelu stacji tak jak w

przypadku stacji w stosunku, do której Odwołujący stawia zarzut. Podkreśla, że definicja tunelu kolejowego zawarta w Rozporządzeniu Komisji (UE) określa, że długość tunelu jest mierzona na poziomie toru, zatem długość tunelu kolejowego to jego początek i koniec przy uwzględnieniu jego funkcji, czyli możliwość przejazdu pociągu przez przeszkodę. Z powyższego wywodzi, że brak jest podstaw do tego, aby całkowitą długość tunelu liczyć bez podziemnej stacji Łódź Fabryczna. Podnosi, że do długości tunelu kolejowego należy wliczyć również nierozzerwalnie związany z tunelem element tworzący jedną całość w postaci głowicy tunelu i wskazuje m.in., że na stronie 70 tego projektu jest wprost wskazane: tunel głowicy zachodniej, tunel głowicy wschodniej - jako elementy konstrukcyjne. Wskazuje, że w opisie przedmiotu zamówienia dotyczącego budowy kwestionowanego przez Odwołującego tunelu, sam Zamawiający wskazał na takie właśnie rozumienie tunelu, bowiem w Programie Funkcjonalno-Użytkowym dla „Nowoprojektowanej stacji podziemnej Łódź-Fabryczna”, w pkt 2.1.2 „Obrys poziomu 16,5 ze wskazaniem poszczególnych zakresów zadań od A-M – szczegółowa mapa patrz lista Załączników do niniejszego PFU sekcja nr 6” na stronie 21 w tabelce pod literą B wskazał,

że do wykonania jest tunel kolejowy o długości ok. 2.500 m poziom 0 do 16,5. Następnie w tabelce na stronie 26 doprecyzował, jakie elementy wchodzi w skład tego tunelu kolejowego, tj.: 1) początek tunelu (ok. ul. Niciarnianej) do głowicy wschodniej 1294 m., 2) głowica wschodnia, 4 tory w tym dwa dla KDP - 670 m., 3) stacja - 4 perony, 8 torów w tym dwa dla KDP - 413 m., 4) głowica zachodnia, 4 tory w tym dwa dla KDP - 153 m - suma 2530 m.

Ponadto Przystępujący podnosi, że nawet gdyby do długości tunelu kolejowego nie wliczyć stacji podziemnej to i tak łącznie z głowicami wschodnią i zachodnią finalnie po wykonaniu tunel ten liczy 2164 m, czyli o 164 m więcej, aniżeli postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu. Przystępujący powołuje się również na wyrok KIO z dnia 16 lipca 2012 r. (sygn. akt: KIO 1375/12), w którym Izba odniosła się do metod obliczania długości obiektu mostowego. Przystępujący wskazuje ponadto, że w ramach inwestycji referencyjnej metodą odkrywkową zostało wykonanych jeszcze 298 m tuneli drogowych. Przystępujący wskazuje, że opisany przez Zamawiającego w pkt 8.2.3. lit. b) SIWZ warunek udziału, został sformułowany następująco: „*b) Budowę co najmniej 2 km tunelu w ramach jednego zadania inwestycyjnego (w zakresie infrastruktury kolejowej lub linii metra lub dróg) wykonanego metodą odkrywkową*”. Podnosi, iż taka konstrukcja warunku udziału używająca m.in. spójnika „lub” oznacza, że Zamawiający dopuszczał wykazanie się łączną długością co najmniej 2 km tunelu, w dowolnej konfiguracji czyli np. 1000 m tunelu metra i 1000 m tunelu drogowego. Jedynym ograniczeniem było to, aby ta łączna długość tuneli była zrealizowana w ramach jednego zadania inwestycyjnego.

Odnosząc się do argumentacji opierającej się na decyzji o pozwoleniu na użytkowanie,

Przystępujący wskazuje, iż nie może się ona ostać, albowiem ogranicza się tylko do administracyjnobudowlanego rozumienia pojęcia tunelu. Wskazuje na bezwzględnie obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa, a mianowicie o przepisy przywołanego powyżej Rozporządzenia Komisji (UE), które zawiera definicję legalną tunelu kolejowego, która to definicja kładzie nacisk na funkcjonalność tego obiektu. Podnosi, że rozbieżność przez Zamawiającego pojęcia tunel przy realizacji i postępowaniu poprzedzającym zawarcie umowy (dot. kwestionowanej inwestycji) na elementy w postaci tunelu, głowic i stacji, miało tylko

i wyłącznie charakter umowny oraz organizacyjny i porządkujący, po to aby wykonawcy wiedzieli jakie konkretne elementy wchodziły w skład tunelu i o jakiej długości wykonać. Dodaje, że przepisy ustawy Prawo budowlane dopuszczają możliwość dopuszczenia do użytkowania części obiektu, jak również nie dla każdego obiektu wymagają uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.

W zakresie zarzutu odwołania 2007/17 dotyczącego doświadczenia członka konsorcjum Energopol - PBDiM Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim Przystępujący podnosi, iż członkowie Konsorcjum realizującego zadanie Łódź - Fabryczna nie podzielili pomiędzy sobą zakresów rzeczowych wchodzących w skład tego zadania inwestycyjnego przypisując każdemu z konsorcjantów przypadający na niego zakres robót. Wskazuje, że już w umowie konsorcjum założyli wspólną realizację tego zamówienia – zgodnie z jej treścią - *„Po podpisaniu Kontraktu z zamawiającym, Partnerzy Konsorcjum podpiszą umowę o wspólną realizację zamówienia, która ostatecznie określi części Przedmiotu Zamówienia realizowane przez poszczególnych Partnerów Konsorcjum oraz ich procentowy udział w ramach wspólnej realizacji Zamówienia stanowiący podstawę określenia udziałów Partnerów Konsorcjum*

w realizacji zamówienia oraz dalszych rozliczeń”. Informuje, że w dniu 24.04.2012 r. konsorcjum to podjęło uchwałę nr 1 w sprawie określenia sposobu prowadzenia spraw Konsorcjum przy realizacji Zamówienia i przyjmującą regulamin prowadzenia spraw konsorcjum, która także nie przypisała żadnemu z konsorcjantów określonych zakresów rzeczowych. Realizacja zadania odbywać się miała poprzez kontraktowanie firm zewnętrznych (podwykonawców), powierzenie jakiegokolwiek zakresu rzeczowego samodzielnie przez któregokolwiek członka konsorcjum była możliwa tylko wówczas, gdyby jego oferta była równie korzystna lub korzystniejsza niż oferta podwykonawcy wybranego przez Komitet Wykonawczy Konsorcjum. Wskazuje, że zawarte konsorcjum było zatem typowym przedsięwzięciem joint - ventures, które zakładało uzyskanie zysku w postaci różnicy pomiędzy wartością wynagrodzenia uiszczanego przez inwestora (zamawiającego), kosztem zakupu robót u podwykonawców. Następnie osiągnięty zysk dzielony byłby pomiędzy konsorcjantów w ustalonej w umowie konsorcjum proporcji.

Podnosi, że zgodnie z aneksem nr 1 z dnia 17.08.2011 r. do umowy konsorcjum z dnia 12.02.2010 r. spółka miała być powołana tylko do usprawnienia realizacji zamówienia, a nie do zrealizowania robót. Przystępujący wskazuje, że spółka NLF nie miała żadnej decyzyjności w zakresie powierzania robót podwykonawcom, gdyż decyzję w tym zakresie podejmowali zawsze konsorcjanci, zlecenie robót następowało przy pomocy decyzji przedstawicieli poszczególnych Konsorcjantów przyjmujących postać tzw. „Ustalenia Wewnętrznego”. Decyzja w tej sprawie (czyli właśnie Ustalenie Wewnętrzne) zawsze była podejmowana

z udziałem PBDiM. Spółka NLF wskazywana była w tych ustaleniach jedynie jako podmiot, który ma zawrzeć umowę z danym podwykonawcą. Podnosi również, że każda z umów podwykonawczych była zawierana nie przez spółkę NLF, lecz przez wszystkich członków konsorcjum. Oświadczenie o przyjęciu oferty danego podwykonawcy było składane przez spółkę NLF w imieniu Konsorcjum (w tym także w imieniu PBDiM), a nie w imieniu własnym. Podnosi, że odwołujący dopuszcza się w tym zakresie nadinterpretacji wyroku TS UE w sprawie C 387/14 (Esaprojekt) przyjmując w sposób nieuprawniony, iż członek konsorcjum może powoływać się tylko na taki zakres rzeczowy jaki sam wykonał w ramach konsorcjum. TS jednakże tak nie orzekł. W uzasadnieniu ww. wyroku wskazał, że Tym samym, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego dysponowania osobą kierownika robót konstrukcyjno – budowlanych, Przystępujący Energopol przyjmuje argumentację zbieżną z argumentacją Zamawiającego.

Przystępujący Energopol w dniu 13.10.2017 r. złożył pisma w których podtrzymał dotychczasowe stanowisko oraz uzupełnił argumentację, odnosząc się do twierdzeń Odwołujących.

W sprawie 2007/17 Przystępujący Energopol uzupełnił jak poniżej.

Przystępujący wskazuje, iż wbrew twierdzeniu podnoszonemu przez Odwołującego Astaldi, z pozwolenia na użytkowanie dla tunelu wielobranżowego wynika tylko długość wykonanego Tunelu Wielobranżowego, ponieważ pozwolenie na użytkowanie odnosi się do pozwolenia na budowę dla tego elementu zadania inwestycyjnego. Podnosi, iż tunel wielobranżowy nie jest jedyną konstrukcją tunelową wykonaną na całym zadaniu inwestycyjnym, będącym przedmiotem umowy z zamawiającym, dotyczącej referencyjnych robót budowlanych. Przystępujący podnosi, że wydanie odrębnego pozwolenia na budowę (a w następstwie tego faktu wydanie odrębnego pozwolenia na użytkowanie) dla stacji, nie świadczy o odrębności konstrukcyjnej tunelu od stacji, które z punktu widzenia zasad wiedzy

technicznej w całości stanowią tunel, wybudowany dla potrzeb modernizowanej linii kolejowej. Pozwolenie na użytkowanie stanowi decyzję administracyjną i ściśle odnosi się do wydanego wcześniej pozwolenia na budowę, oraz stanowi podstawę do uznania zgodności z projektem budowlanym, stanowiącym podstawę do wydania pozwolenia budowlanego. Przystępujący podkreśla, że przy składaniu wniosku o użytkowanie, konieczne jest posługiwanie się klasyfikacją przyjętą w pozwoleniu na budowę. W opinii Przystępującego nie oznacza to, że elementy konstrukcyjne podziemne (głowica zachodnia, głowica wschodnia, część podziemna stacji) wykonane w ramach pozwolenia na budowę dworca i stacji nie są tunelem w rozumieniu SIWZ i definicji przywołanych w piśmie procesowym Przystępującego złożonym na posiedzeniu KIO w dniu 9 października 2017 r. Przystępujący podnosi, że głowica wschodnia, głowica zachodnia, jak i podziemna część stacji nie miałyby możliwości funkcjonować bez tunelu wielobranżowego i odwrotnie. Konstrukcja tunelu wielobranżowego, głowic wschodniej/zachodniej oraz podziemnej części dworca stanowi zintegrowaną całość wybudowaną dla potrzeb usytuowania linii kolejowej pod ziemią i stanowią pod względem konstrukcyjnym jedną tunelową, żelbetową obudowę tej linii. Przystępujący wskazuje, że pod względem konstrukcyjnym zarówno tunel wielobranżowy jak i część podziemna stacji wykonana wraz z głowicami wschodnią i zachodnią stanowi ciągłą konstrukcję tunelową. Podnosi, że zgodnie z art. 59 ust. 2 ustawy Prawo budowlane pozwolenie na użytkowanie obiektu budowlanego określa warunki użytkowania tego obiektu, co nie może być utożsamiane z wykorzystywaniem tego dokumentu jako potwierdzenia długości wykonanych elementów konstrukcyjnych, klasyfikowanych w myśl przywołanej wcześniej definicji jako tunel. Zaznacza, że pozwolenie na użytkowanie ma za cel umożliwienie korzystania z obiektu zgodnie z przeznaczeniem. Ponadto Przystępujący Energopol zwraca uwagę, że wieloetapowość uzyskania pozwoleń na budowę i podział inwestycji został dokonany pod możliwości przekazanego terenu oraz przygotowanych projektów budowlanych na tym zadaniu inwestycyjnym.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego doświadczenia zdobytego przez PBDiM Sp. z o.o. w ramach referencyjnych robót, Przystępujący podnosi, że za wspólną realizacją zamówienia przez Konsorcjum realizujące zadanie Łódź Fabryczna przemawia fakt, iż umowa z głównym projektantem tego zadania (konsorcjum projektowym Systra S.A. z siedzibą w Paryżu i Systra - Sotecni S.p.A. z siedzibą w Rzymie) została zawarta wspólnie przez konsorcjantów (w tym również przez PBDiM). Podnosi, że z postanowień umowy zawartej z konsorcjum projektowym Systra S.A. z siedzibą w Paryżu i Systra - Sotecni S.p.A. z siedzibą w Rzymie jednoznacznie wynika, że stroną zamawiającą usługi są wspólnie wszyscy konsorcjanci Konsorcjum realizującego Zadanie Łódź – Fabryczna, umowa nie przewiduje wykonywania odrębnych opracowań projektowych dla poszczególnych członków tego konsorcjum. Przystępujący podkreśla faktyczne znaczenie umowy podwykonawstwa na

usługi projektowe zawartej z konsorcjum projektowym Systra S.A. z siedzibą w Paryżu i Systra - Sotecni S.p.A. z siedzibą w Rzymie - żaden z członków Konsorcjum realizującego Zadanie Łódź - Fabryczna nie jest firmą projektową i nie ma potencjału do projektowania takich zadań inwestycyjnych. Ponieważ Zadanie inwestycyjne Łódź Fabryczna było realizowane w formule zaprojektuj i wybuduj to wspólne zlecenie opracowania całości prac projektowych stanowi bez wątpienia jedną z najbardziej doniosłych czynności konsorcjum. W ocenie Przystępującego wspólne zamówienie kompletnej dokumentacji projektowej (i usług Nadzoru Autorskiego), bez wyodrębniania poszczególnych fragmentów tej dokumentacji przypadających na poszczególnych członków Konsorcjum realizującego Zadanie Łódź - Fabryczna jasno i jednoznacznie wskazuje, iż zadanie to było realizowane łącznie przez wszystkich konsorcjantów. Dalej, Przystępujący wywodzi, że z treści Ogólnych Warunków Umów z podwykonawcami stosowanych przez członków Konsorcjum realizującego Zadanie Łódź Fabryczna wynika jednoznacznie, iż umowy podwykonawcze były zawierane przez podwykonawców z Wykonawcą, którym byli wszyscy członkowie Konsorcjum realizującego zadanie Łódź Fabryczna (subklauzula 1.1.1.79 OWU). Przystępujący wskazuje, że także dalsze postanowienia OWU jednoznacznie wskazują, iż podwykonawca zaciągał zobowiązanie wynikające z umowy podwykonawczej w stosunku do Wykonawcy (rozumianego zgodnie subklauzulą 1.1.1.79 OWU), zaś roszczenia w stosunku do podwykonawcy przysługiwały tak rozumianemu Wykonawcy. Zdaniem Przystępującego treść OWU potwierdza jednoznacznie, iż spółka cywilna NLF nie działała w imieniu własnym, lecz w imieniu wszystkich członków Konsorcjum realizującego Zadanie Łódź Fabryczna. Wskazuje, że Spółka ta ani nie prowadziła robót samodzielnie, ani nawet nie kontraktowała podwykonawców samodzielnie. Działając jako pełnomocnik Konsorcjum realizującego Zadanie Łódź Fabryczna działała w imieniu swoich mocodawców i na ich rzecz. Powołuje się na postanowienia art. 95 § 2 kc, zgodnie z którym czynność prawna dokonana przez przedstawiciela w granicach umocowania pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego. Wywodzi z tego, że czynności prawne spółki NLF dokonane w charakterze pełnomocnika były zatem, w świetle prawa czynnościami Konsorcjum realizującego zadanie Łódź - Fabryczna. Przystępujący argumentuje, że okoliczność, iż spółka cywilna NLF działała w imieniu wszystkich członków Konsorcjum realizującego Zadanie Łódź Fabryczna potwierdza fakt, iż Konsorcjum to wspólnie realizowało referencyjne zadanie inwestycyjne, a w konsekwencji PBDiM może powoływać się na doświadczenie zdobyte przy realizacji tego zamówienia. Podnosi, że wszystkich dokumentach konsorcyjnych Konsorcjum realizujące zadanie Łódź Fabryczna każdorazowo i konsekwentnie określa spółkę cywilną NLF jako pełnomocnika konsorcjum, co przeczyć ma tezie zawartej w odwołaniu konsorcjum Astaldi, iż spółka ta była faktycznym wykonawcą zamówienia.

Przystępujący podtrzymuje także stanowisko, że niezasadny jest zarzut złożenia nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia zawodowego p. R.Ż.. Wskazuje, że wszelkie informacje dotyczące doświadczenia tej osoby były zgodne z prawdą. Wyjaśnia, że w wyjaśnieniach z dnia 6 września 2017 r. Konsorcjum Energopol wskazywało powody dla których uznawało, iż doświadczenie to spełnia wymagania warunku udziału w postępowaniu. Podnosi, że zgodnie z art. 4 pkt 53 ustawy o transporcie kolejowym stacja pasażerska to obiekt infrastruktury usługowej obejmujący dworzec kolejowy lub perony wraz z infrastrukturą umożliwiającą pasażerom dotarcie do peronów, pieszo lub pojazdem, z drogi publicznej lub dworca kolejowego. Ponieważ zaś stacje w Wolinie i w Międzyzdrojach mają elementy infrastruktury podziemnej, to Przystępujący przyjął założenie, że są odpowiednie do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wskazuje, że doświadczenie to zostało wprawdzie uznane za niewystarczające do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu co nie oznacza, iż podane informacje były nieprawdziwe. Przystępujący podkreśla, że uznawał to doświadczenie za wystarczające do spełnienia warunku, którego to poglądu nie podzielił Zamawiający, jednakże zapatrywania wykonawcy co do tego czy dane fakty wypełniają treść warunku udziału w postępowaniu nie mają waloru prawdy czy fałszu. Waler taki mają jedynie twierdzenia o faktach, które są przedstawiane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Podnosi, że gdyby było inaczej to w ogóle nie można byłoby zastosować art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż każdy wykonawca który nie spełniałby warunku udziału w postępowaniu musiałby być traktowany automatycznie jako wykonawca wprowadzający zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

W pozostałym zakresie Przystępujący Energopol podtrzymał dotychczas prezentowane stanowisko i argumentację.

Odwołanie w sprawie KIO 2014/17

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş z siedzibą w Ankarze, Mosty Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi i Gülermak Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania do wyjaśnień oraz wykluczenia z postępowania konsorcjum Energopol w zakresie zdolności technicznych określonych w pkt 8.6.1 ppkt b) tomu I SIWZ – IDW jak również wobec zaniechania czynności wezwania konsorcjum Astaldi S.p.A. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz zaniechania odrzucenia oferty złożonych przez konsorcjum Astaldi i konsorcjum Energopol jako zawierających rażąco niską cenę w pozycji 8.2 RCO - Obiekty inżynieryjne - Tunel w technologii ścian szczelinowych z wyłączeniem tunelu w rejonie ul. Włóknarzy (stanowiącej istotną część składową oferty), a ponadto stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji, ewentualnie w zakresie oferty konsorcjum Energopol ze względu na jej niezgodność z SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 22a ust. 1, 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust 1 lit. B) i ust 2 lit a oraz § 48 Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie z dnia 10 września 1998 r. (Dz.U. Nr 151, poz. 987) w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP na skutek przyjęcia przez Zamawiającego, iż konsorcjum Energopol wykazało swoją zdolność do wykonania zamówienia w zakresie zdolności technicznych, w szczególności zaś w zakresie określonym w pkt 8.6.1. ppkt b) tomu I SIWZ - IDW, podczas gdy Zamawiający miał świadomość, że wskazane przez Energopol w tym zakresie wykonane zadanie nie spełnia kryteriów przetargu;
- 2) art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez ich niezastosowanie i brak wezwania konsorcjów Energopol i Astaldi do złożenia wyjaśnień w zakresie cen ujętych w pozycji 8.2. tom IV - RCO, chociaż ich oferta w tym zakresie była porównywalna do oferty odwołującego Gülermak, zaś Zamawiający podjął takie czynności w stosunku do odwołującego Gülermak, co narusza także zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie przejawiające się brakiem odrzucenia przez Zamawiającego ofert konsorcjów Energopol i Astaldi jako zawierających rażąco niską cenę, a ponadto stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji względnie z powodu niezgodności oferty z SIWZ, podczas gdy w takiej samej sytuacji Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego Gülermak.

W związku z powyższym Odwołujący Gülermak wniósł o:

- 1) przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, w tym dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu:
 - a. z opinii biegłego kosztorysanta na okoliczność kosztów wykonania w technologii ścian szczelinowych tuneli ujętych w pozycji 8.2. tom IV - RCO;
 - b. z dokumentu: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 12 maja 2017 r. złożone przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. na okoliczność, iż prowadzenie przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego odnośnie badania rażąco niskiej ceny dotyczy w praktyce zamawiających nie tylko całości ceny, ale także istotnych części składowych ceny;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności uznania za najkorzystniejszą oferty konsorcjum Energopol z dnia 15 września 2017 r.;
- 3) nakazanie Zamawiającemu wykonania zaniechanej czynności wykluczenia z postępowania konsorcjum Energopol;

- 4) nakazanie Zamawiającemu wykonania zaniechanej czynności odrzucenia oferty konsorcjum Energopol, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wykonania zaniechanej czynności wezwania konsorcjum Energopol do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny dotyczącej istotnych części składowych zamówienia, opisanych w pozycjach tom IV RCO - pozycja 8.2 Obiekty inżynierskie - Tunel w technologii ścian szczelinowych z wyłączeniem tunelu w rejonie al. Włókniarzy;
- 5) nakazanie Zamawiającemu wykonania zaniechanej czynności odrzucenia oferty konsorcjum Astaldi, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wykonania zaniechanej czynności wezwania konsorcjum Astaldi do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny dotyczącej istotnych części składowych zamówienia, opisanych w pozycjach tom IV RCO - pozycja 8.2 Obiekty inżynierskie - Tunel w technologii ścian szczelinowych z wyłączeniem tunelu w rejonie al. Włókniarzy;
- 6) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu;
- 7) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Odwołującego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa.

Uzasadnienie odwołania 2014/17

Odwołujący dla wykazania interesu prawnego we wniesieniu odwołania, powołuje się na dwie okoliczności:

- możliwość unieważnienia przetargu ze względu na brak ofert niepodlegających odrzuceniu;
- złożenia skargi na wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2017 r. w sprawie o sygn. KIO 1563/17, w którym to wyroku KIO oddaliła odwołanie od czynności odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego Gülermak.

Odwołujący Gülermak wskazuje, że jego odwołanie zmierza do wykluczenia jednego z oferentów, a także, niezależnie od powyższego, odrzucenia wszystkich pozostałych ofert. Podnosi, że konsekwencją uwzględnienia odwołania będzie więc wynikająca z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp konieczność unieważnienia postępowania. Unieważnienie nastąpiłoby z winy Zamawiającego, wówczas Odwołujący mógłby domagać się od niego odszkodowania. Odwołujący Gülermak wskazuje, że uczestniczył w postępowaniu i złożył w nim ofertę, która następnie została przez Zamawiającego bezpodstawnie odrzucona. Z kolei na skutek dokonania przez Zamawiającego wadliwej czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego oferenta konsorcjum Energopol, w zawiązku z wcześniejszym bezpodstawnym odrzuceniem oferty Odwołującego, jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący jednocześnie zwraca uwagę, że w związku ze złożeniem przez niego skargi do Sądu Okręgowego w Warszawie od ww. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, brak jest prawomocnego rozstrzygnięcia co do innej czynności Zamawiającego - odrzucenia oferty Odwołującego Gülermak - podjętej w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego. Odwołujący ma interes w zaskarżaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty - Odwołujący w dalszym ciągu chce uzyskać zamówienie. Odwołujący wskazuje na swój potencjalny interes, bowiem w przypadku zmiany wyroku KIO przez Sąd i unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, jego oferta będzie ponownie podlegać ocenie

i porównaniu. Odwołujący podnosi, że co do terminu wykonania przedmiotu zamówienia, jak i okresu gwarancji zaoferował najkorzystniejsze warunki, jednocześnie mieszczące się w dopuszczalnym w postępowaniu zakresie czasowym, zaś cena była znacząco niższa niż cena zawarta w ofercie obecnie uznanej za najkorzystniejszą. Pozwala to zakładać, że oferta Odwołującego Gülermak zostanie uznana za najkorzystniejszą. Interes w złożeniu niniejszego odwołania przez Odwołującego Gülermak leżeć ma również w zapobieżeniu podpisaniu umowy przez Zamawiającego z konsorcjum Energopol, zanim prawomocnie zostanie rozpatrzona ww. skarga.

Odwołujący Gülermak podnosi, że Zamawiający w sposób rażąco naruszył art. 7 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców w sytuacji, w której złożyli porównywalne oferty i zaniechanie przeprowadzenia procedury badania rażąco niskiej ceny w stosunku do konsorcjów Energopol i Astaldi co do istotnych części zamówienia. Wskazuje, że jednocześnie Zamawiający nie wykluczył z postępowania konsorcjum Energopol, które nie spełnia warunków technicznych określonych przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazuje, że w dniu 9.08.2017 r., a więc w 2 miesiące i 2 dni po upływie terminu na składanie ofert, Energopol uzupełnił złożone w postępowaniu dokumenty, załączając oświadczenie dotyczące wykonania przez Suez Safage Odział w Polsce, jako Inżyniera Kontraktu w ramach zadania „Zaprojektowanie, wykonanie i oddanie do eksploatacji inwestycji obejmującej modernizację linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II” - tunelu, stacji kolejowej wraz z głowicą zachodnią o łącznej długości 2533,18 m w technologii „cut and cover”. W toku postępowania Zamawiający wezwał Odwołującego Gülermak pismem z dnia 11.07.2017 r., do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w odniesieniu do sposobu wykonania tuneli będących przedmiotem oferty, w zakresie obejmującym pozycję 8.2 wskazaną w SIWZ, tom IV RCO. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący złożył wyjaśnienia w dniu 14.07.2017 r., wskazując wstępnie planowaną technologię wykonania tuneli w poszczególnych kilometrażach dla wszystkich osi. Zamawiający nie wzywał do kolejnych wyjaśnień, lecz opierając się na stanowisku, że technologia budowy była zdeterminowana treścią programu funkcjonalno-usługowego, wbrew treści pytań i odpowiedzi na nie udzielonych przez Zamawiającego w postępowaniu odrzucił ofertę Odwołującego Gülermak, o czym poinformował w dniu

18.07.2017 r. Odwołujący podnosi, że w tym samym czasie Zamawiający wezwał pismami z dnia 11.07.2017 r. konsorcja Energopol oraz Astaldi do wyjaśnienia przyjętej technologii wykonania tuneli w tym samym zakresie, w jakim do wyjaśnień zobowiązany był Odwołujący Gülermak. Odwołujący podnosi, że dniu 14.07.2017 r. konsorcjum Energopol, zaś w dniu 13.07.2017 r. konsorcjum Astaldi udzieliły wyjaśnień, przepisując w istocie wykaz zawarty w PFU (pomimo jego niezgodności z innymi dokumentami zamówienia). Pismem z 15.09.2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o dokonaniu wyboru oferty Energopol jako najkorzystniejszej. Uzasadniając swoją czynność, Zamawiający wskazał, że oferta nr 5 (Energopol) jest najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu i wskazał, że oferta Odwołującego została odrzucona.

Odwołujący Gülermak podnosi, że składane przez niego wyjaśnienia służyły badaniu oferty ze względu na przesłankę rażąco niskiej ceny. Wskazuje, że o cenie rażąco niskiej *„można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne”* (KIO w wyroku z dnia 28.03.2013 r., sygn. akt KIO 592/13). Odwołujący zauważa, że żądanie wyjaśnień zostało skierowane jedynie w stosunku do niego, nie żądał takich wyjaśnień do chwili obecnej ani wobec konsorcjum Energopol, ani konsorcjum Astaldi, choć taki obowiązek w jego opinii wynika z ustawy Pzp. Stanowisko Odwołującego wynikać ma z brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, regulującego instytucję wyjaśnień, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący Gülermak, powołując się na doktrynę wywodzi, że Zamawiający nie ma możliwości dowolnego decydowania, czy ma dokonać sprawdzenia rażąco niskiej ceny, czy też nie. Wskazuje, że choćby wobec konsorcjum Energopol, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą winien był takie badanie przeprowadzić, jednak tej czynności zaniechał. W opinii Odwołującego wniosek taki wynika z treści art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp. Podnosi, iż brak żądania wyjaśnień nie pozwolił Zamawiającemu uzyskać informacji od wszystkich oferentów, a tym samym naruszona została też zasada równego traktowania wykonawców w postępowaniu, którzy znajdowali się w podobnej sytuacji. Odwołujący zwraca uwagę, że badanie rażąco niskiej ceny może dotyczyć nie tylko badania całkowitej ceny wynikającej ze złożonej oferty, ale także badania rażąco niskiej ceny czy kosztu oraz ich istotnych części składowych. Odwołujący stoi na stanowisku, że w przedmiotowej sprawie należy uznać, że Zamawiający jednoznacznie określił, że wskazane w SIWZ, tom IV - RCO, pkt. 1.2 (str.5) pozycja 8.2. *„Obiekty inżynierskie - Tunel w technologii ścian szczelinowych z wyłączeniem tunelu w rejonie al. Włókniarzy”* są istotnymi częściami składowymi oferty. Wymieniając m.in. te prace posłużył się przy tym sformułowaniem *„Za istotne części składowe oferty w rozumieniu art. 90 ust. 1 PZP Zamawiający będzie uważał w szczególności następujące pozycje RCO”*. Odwołujący podnosi, że Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w postępowaniu pn. *„Opracowanie dokumentacji projektowej, i wykonanie robót budowlanych na odcinku Kraków*

- Płaszów - Podbory Skawińskie w ramach zadania pn. *Prace na linii kolejowej nr 94 na odcinku Kraków - Płaszów - Skawina - Oświęcim*” w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazał, że oferent nr 2 - Torpol S.A. „w złożonej ofercie rażąco nisko wycenił pozycje RCO” To zaniżenie dotyczyło dwóch obiektów inżynierskich. Zamawiający koszt jednego z obiektów uznał za znacznie zaniżony w stosunku do podobnych przedsięwzięć zrealizowanych przez Zamawiającego, a ponadto zwrócił uwagę na dysproporcję między etapami. W drugim przypadku też wskazał na rażącą dysproporcję kosztu dwóch obiektów. Wskazał też, że ceny podane przez wykonawcę ww. pozycjach są znacząco niższe niż średnie ceny ustalone przez Zamawiającego i na tej podstawie odrzucił oferty. Odwołujący wskazuje, że na tej podstawie Zamawiający odrzucił również oferty dwóch innych oferentów w tym postępowaniu. Odwołujący informuje, że najkorzystniejsza oferta opiewała przy tym na kwotę 215 460 051,09 zł. Wskazuje, że w ww. postępowaniu zamawiający odrzucił ofertę ze względu na rażąco niską cenę dotyczącą części zamówienia o wartości ok. 5% całości. Podnosi, iż w niniejszym postępowaniu, wskazywana przez Odwołującego część zamówienia to prawie 20%. Z tego wywodzi, że nie ma znaczenia w przedmiotowej sytuacji, że łączna cena zaproponowana w postępowaniu przez konsorcja Energopol i przez Astaldi nie przekraczała limitu określonego w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, gdyż ten próg nie ma zastosowania do sytuacji, gdy przedmiotem badania jest istotna część składowa oferty. Wskazuje, iż jest on dodatkowym, pomocniczym wskaźnikiem i wprowadza co najwyżej domniemanie podejrzenia rażąco niskiej ceny. Podnosi, że ze stanowiska Zamawiającego w toku rozprawy w sprawie o sygnaturze KIO 1563/17 dotyczącym niniejszego postępowania oraz z uzasadnienia wyroku wynika jednoznacznie, że z samej zaproponowanej ceny można było wysnuć wniosek, iż Odwołujący Gülermak przyjął technologię TBM, a więc inną niż informacyjnie podana w punkcie 8.2 RCO do wykonania zamówienia, co tłumaczyło zaproponowaną, niską cenę, budzącą wątpliwości Zamawiającego. Niezależnie od samej zasadności badania wysokości kosztów w tej pozycji przez Zamawiającego, Odwołujący wskazuje, że porównywalne koszty w tej pozycji wskazały konsorcja Energopol i Astaldi.

Wskazuje, że łączny koszt robót poz. 8.2 RCO - „*Obiekty inżynierskie - Tunel w technologii ścian szczelinowych z wyłączeniem tunelu w rejonie al. Włókniarzy*” przez poszczególnych oferentów był porównywalny, a oferta Odwołującego plasowała się praktycznie w połowie stawki (oferta Energopol była o 14% wyższa, a Astaldi ok 13% niższa), zaś porównując zaoferowane stawki poszczególnych elementów robót różnice często były mniejsze - np. w przypadku oferty konsorcjum Energopol, tylko jedna pozycja istotnie różniła się od oferty Odwołującego. Z kolei w przypadku oferty konsorcjum Astaldi dwie pozycje są o ponad 29% niższe w wycenie konsorcjum Astaldi, niż Odwołującego Gülermak.

Odwołujący z powyższego wywodzi, że oferty wszystkich trzech oferentów były porównywalne, zatem Zamawiający powinien powziąć analogicznie, jak w odniesieniu do jego oferty, uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zarówno przez konsorcjum Energopol, jak i przez konsorcjum Astaldi. Odwołujący Gülermak podnosi,

że wątpliwości Zamawiającego powinny być wzmocnione faktem, że zastosowanie technologii TBM do budowy wszystkich tuneli pozwala na zaoszczędzenie blisko 200 mln zł (co wynikało z oferty Odwołującego Gülermak), a tym samym w praktyce nie ma możliwości wykonania tych samych tuneli inną technologią - ścian szczelinowych, które są metodą znacznie droższą (a jednocześnie znacząco bardziej oddziaływującą na otoczenie). W opinii Odwołującego, jeżeli wszyscy trzej oferenci zaproponowali podobne stawki, to oznacza, że przy realizacji umowy wszystkie trzy podmioty planowały zastosować technologię TBM, przy czym Odwołujący Gülermak wskazał to wprost, a pozostali dwaj oferenci tego nie przyznali. Wskazuje, że wątpliwości budzi pismo Energopol z dnia 14.07.2017 r., które wprost powieła PFU. Odwołujący podnosi, że skoro oferty Energopol i Astaldi są porównywalne w pkt. 8.2. RCO z ofertą Odwołującego, to także oznacza, że wybrały one technologię TBM, a nie ścian szczelinowych do wykonania tuneli. W opinii Odwołującego oznacza to, że Zamawiający, by nie naruszyć art. 7 ustawy Pzp winien odrzucić oferty konsorcjów Energopol i Astaldi jako niezgodne z SIWZ, skoro tak uczynił z jego ofertą. Odwołujący podkreśla, że jeżeli jednak uznać, że rzeczywiście wspomniane pozycje są wycenione w oparciu o technologię ścian szczelinowych, to oznacza to, że zostały sporządzone i złożone z naruszeniem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zawierając rażąco niską cenę, zatem również podlegają odrzuceniu.

Odwołujący Gülermak wskazuje również, że zgodnie z treścią postanowienia zawartego w pkt 8.2.3. tomu I SIWZ- IDW, *„zgodnie z art. 22 ust. 1b Ustawy, o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące (...) zdolności technicznej lub zawodowej”*. Zgodnie z treścią postanowienia zawartego w pkt 8.6.1. ppkt b) tomu I SIWZ - IDW, *„Wykonawcy wykażą, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali budowę co najmniej 2 km tunelu w ramach jednego zadania inwestycyjnego (w zakresie infrastruktury kolejowej lub linii metra lub dróg) wykonanego metodą odkrywkową”*. Odwołujący Gülermak wskazuje, iż konsorcjum Energopol w dokumencie JEDZ na stronie 45, w celu wykazania zdolności technicznych powołało się na fakt wykonawstwa budowy zintegrowanego węzła przesiadkowego nad i pod ul. Węglową, nr ref. IP/RŁ/6539/12/16,

w którym jednym z zamawiających był Zamawiający. Odwołujący powołuje się na oświadczenie SUEZ Safege Odział w Polsce z dnia 24.05.2017 r., która to spółka pełniła rolę

Inżyniera Kontraktu. W oświadczeniu tym wskazano, że „*tunel, oraz stacja kolejowa wraz z głowicą zachodnią liczyła 2 533,18 m*”. Odwołujący podnosi, że Zamawiający, na rzecz którego ów tunel został wykonany, z naruszeniem ustawy Pzp nie wezwał konsorcjum Energopol do wyjaśnień w tym zakresie, polegając na złożonym po upływie terminu oświadczeniu. Wskazuje, że takie postępowanie stanowi rażące naruszenie art. 7 ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający ma wiedzę co do rzeczywistego zakresu wykonanych prac. Odwołujący podnosi, iż § 4 Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie wyodrębnia spośród budowli kolejowych: w ust. 1 pkt b - „*kolejowe obiekty inżynieryjne, zwane dalej "obiettami inżynieryjnymi"*”, w ust. 2 pkt a „*budowle i urządzenia związane z obsługą przewozów osób i rzeczy*”. Informuje też, że § 48 ust 1 tego Rozporządzenia stanowi, że „*Do kolejowych obiektów inżynieryjnych, zwanych dalej "obiettami inżynieryjnymi", zalicza się; mosty, wiadukty, przepusty, ściany oporowe, tunele liniowe, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych*”. Ponadto wskazuje, że w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać obiekty budowlane metra i ich usytuowanie z dnia 17 czerwca 2011 r. (Dz.U. Nr 144, poz. 859) w § 3 pkt 25 wskazano, że przez tunel rozumie się „*budowlę między stacjami metra, stanowiącą szlak metra lub część szlaku metra obudowanego całkowicie lub częściowo, jeżeli suma powierzchni otworów nie przekracza 20% całkowitej powierzchni obudowy*”. W opinii Odwołującego powyższe dowodzi, że czym innym jest tunel kolejowy, czym innym zaś inne obiekty. Wskazuje, że z jego informacji, w szczególności zwykłego oglądu i z mapy wynika, że tunel kolejowy, którego dotyczy oświadczenie, liczy jedynie ok. 1 700 m, wobec czego oferta konsorcjum Energopol podlega odrzuceniu, ponieważ wykonawca ten nie spełnia warunków technicznych wymaganych przez Zamawiającego.

Odwołujący Gülermak w piśmie z dnia 13.10.2017 r. odniósł się do niżej przedstawionych stanowisk Zamawiającego, Przystępującego po stronie Zamawiającego konsorcjum Energopol oraz konsorcjum Astaldi jako przystępującego po stronie Zamawiającego w sprawie KIO 2014/17.

Odwołujący podtrzymał stanowisko, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Wskazał, że stanowiska Zamawiającego i Przystępującego Energopol stoją w sprzeczności z aktualną linią orzecniczą Trybunału Sprawiedliwości UE oraz KIO, co do wystąpienia interesu po stronie Odwołującego w postępowaniu, które ostatecznie prowadzi do unieważnienia przetargu. Stanowisko swe uzasadnia tym, iż w przyjętej przez TSUE wykładni terminu „*dane zamówienie*”, które użyte zostało w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a które — zdaniem Trybunału — należy rozumieć przedmiotowo, tj. jako udzielenie przedmiotowego zamówienia w wyniku podpisania umowy (koniec postępowania), także jeśli

nastąpić ma to po ponownym ogłoszeniu przetargu i wyłonieniu dopiero wtedy najkorzystniejszej oferty.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, iż dopóki Zamawiający nie podpisze umowy (udzieli zamówienia, a może tego dokonać się nawet w konsekwencji kolejnych przeprowadzonych nieskutecznych postępowań), mamy do czynienia z postępowaniem o „dane zamówienie”. Odwołujący powołuje się przy tym na wyroki TSUE z dnia 4 lipca 2013 r., Fastweb, C-100/12, pkt 33; z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C-689/13, pkt 27; z dnia 21 grudnia 2016 r., Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich C-355/15, pkt 29; z dnia 11 maja 2017 r., Archus i Gama, C-131/16 oraz na wyroki KIO: z 31 sierpnia 2017 roku, KIO 1731/17, z dnia 5 września 2016 r., KIO 1556/16; z dnia 3 stycznia 2017 r., KIO 2395/15; z dnia 25 maja 2017 r., KIO 2691/15; z dnia 4 lipca 2017 r., KIO 1254/17; z dnia 7 lipca 2017 r., KIO 1322/17; z dnia 19 lipca 2017, KIO 1356/17; z dnia 31 sierpnia 2017 r., KIO 1731/17.

Odwołujący wywodzi, iż skoro jego zdaniem oferty dwóch pozostałych wykonawców opatrzone są błędem, ma on interes w rozumieniu treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jego działania ukierunkowane są bowiem w ostateczności na uzyskanie zamówienia (unieważnienie jest elementem nieodzownym), a skuteczność działania uzależniona jest od rozpatrzenia przedmiotowego odwołania.

W zakresie doświadczenia konsorcjum Energopol, Odwołujący podnosi, że Zamawiający i konsorcjum Energopol podejmują próby udowodnienia, że oczywistym jest, że tunel obejmuje zarówno stację, jak i głowicę zachodnią i że w związku z tym można i należy wliczyć do długości samego tunelu także długość tych dwóch obiektów. Wskazuje, że konsorcjum Energopol powołuje się przy tym na legalną definicję tunelu kolejowego określoną w Rozporządzeniu Komisji (UE) nr 1303/2014, która w opinii Odwołującego jest na tyle ogólna, że nie pozwala na ustalenie tego, czy stacja albo głowica wchodzi w skład pojęcia tunel czy też nie. Wskazuje, iż ww. wykonawca pomija przy tym bardziej szczegółowe rozróżnienie tych pojęć stosowane w Rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej, które powołane zostały w odwołaniu. Z Rozporządzenia wyraźnie wynika, że tunele są „kolejowymi obiektami inżynieryjnymi”, zaś odmienną kategorię stanowią „budowle i urządzenia związane z obsługą przewozów osób i rzeczy”, w którym to pojęciu mieszczą się z kolei stacje. Odwołujący podnosi, że konsorcjum Energopol poszukując definicji „tunelu” wskazuje na „funkcjonalne znaczenie tego pojęcia”, pomijając jednocześnie ogóle zasady wykładni prawa, z których wynika że pozostałe rodzaje wykładni prawa — takie jak wykładnia celowościowa, systemowa i funkcjonalna, mają charakter posiłkowy w stosunku do wykładni językowej. Odwołujący wskazuje, że te metody interpretacyjne są zatem stosowane, gdy wykładnia językowa, czyli analiza samego brzmienia przepisu nie wystarcza do ustalenia jego właściwego znaczenia. W opinii Odwołującego, w tym przypadku wykładnia językowa

jest wystarczająca do ustalenia zakresu pojęcia tunel i stwierdzenia, że nie obejmuje on stacji czy głowicy. Podnosi, że odnosząc się z kolei do pojęcia „głowica” to nie może zostać ona uznana za część tunelu ponieważ jest ona obiektem kubaturowym, podczas gdy tunel jest obiektem liniowym (tak go definiuje prawo budowlane w art. 3 pkt 3a: „obiekt liniowy należy przez to rozumieć obiekt budowlany, którego charakterystycznym parametrem jest długość,

w szczególności (...) linia kolejowa”). Odwołujący wskazuje, że powołana przez Zamawiającego i konsorcjum Energopol głowica zachodnia znajduje się na krańcu stacji Łódź Fabryczna i jest zarezerwowana dla przyszłego połączenia torów tunelu i tych zamontowanych na peronie tej stacji. Głowica ta jest podziemną budowlą wykonaną w trakcie realizacji stacji Łódź Fabryczna, czyli w I etapie robót, aby uniknąć znaczącej i ponownej ingerencji w funkcjonowanie miasta i dworca. Na drugim piętrze tej konstrukcji znajdują się pomieszczenia techniczne, pomieszczenia i systemy wentylacyjne. Jest to część podziemnej stacji kolejowej i tym samym stanowi obiekt kubaturowy, z czego Odwołujący wywodzi, iż nie może być zdefiniowana jako obiekt tunelowy, gdyż nie charakteryzuje jej parametr liniowości.

Odwołujący podnosi, że w zakresie sposobu liczenia długości tunelu, konsorcjum Energopol pomija własne stanowisko przedstawione w dniu 9.08.2017 r. - przy uzupełnieniu złożonych w postępowaniu dokumentów konsorcjum Energopol załączyło oświadczenie dotyczące wykonania przez Suez Safage Odział w Polsce, jako Inżyniera Kontraktu w ramach zadania *„Zaprojektowanie, wykonanie i oddanie do eksploatacji inwestycji obejmującej modernizację linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II”* tunelu, stacji kolejowej wraz z głowicą zachodnią o łącznej długości 2533,18 m w technologii «cut and cover». Odwołujący Gülermak wywodzi, że wymienianie po kolei powyższych obiektów, przedzielonych przecinkami, jednoznacznie wskazuje na traktowanie tych 3 elementów infrastruktury kolejowej jako oddzielnych, których poszczególne długości zostały na koniec zliczone. Wskazuje, że znając więc ich całkowitą łączną długość można, odejmując długość stacji i długość głowicy, ustalić długość samego tunelu - wychodzi właśnie 1717 m długości tunelu (2533,18 minus 372 m stacji, minus 444 m głowicy).

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, Odwołujący podnosi, że konsorcjum Energopol po raz kolejny powołuje się na „dość ugruntowaną linię orzecznictwa KIO”, zgodnie z którą *„zarzut złożenia oferty z rażąco niskiej ceny musi się odnosić do całkowitej ceny”*. Odwołujący wskazuje, że Przystępujący pomija fakt wejścia w życie nowelizacji prawa zamówień publicznych z czerwca 2016 roku, która zmieniła podejście do badania rażąco niskiej ceny, uwzględniając również konieczność badania poszczególnych części składowych ceny. Odwołujący podnosi, iż jego stanowisko znajduje swoje potwierdzenie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, powołując się przy tym na wyrok z dnia 29 marca 2012 sygn. Akt C-599/10, z którego wynika, że

"zamiarem prawodawcy Unii było ustanowienie względem instytucji Zamawiających wymogu by dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne". Wskazuje, że podobne stanowisko zajęła Izba w wyroku z dnia 31 maja 2017 roku, sygn. akt 1001/17 oraz w wyroku z dnia 25 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO 661/17). Odwołujący Gülermak powołuje się również na opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pn. *"Badanie rażąco niskiej ceny po nowelizacji"*,

w której wskazano, że Zamawiający nie jest związany progiem 30% wskazanym w stosownych przepisach i może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit. Odwołujący podnosi, że jeśli Zamawiający powziął jakiegokolwiek wątpliwości do poszczególnych części składowych ceny, mógł i powinien wezwać do wyjaśnień poszczególnych wykonawców.

Wskazuje, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający zażądał wyjaśnień jedynie w stosunku do Odwołującego, pominał zaś dwóch pozostałych wykonawców — konsorcja Energopol i Astaldi, choć również w stosunku do nich miał taki obowiązek, co wynika z art. 90 ust 1 ustawy Pzp. Odwołujący podnosi, że Zamawiający wskazał w swojej odpowiedzi na Odwołanie w przedmiotowym postępowaniu, że wzywał Odwołującego do wyjaśnień co do całości ceny w zakresie punktu 8 RCO, a nie poszczególnych jego składowych. W opinii Odwołującego jest to stanowisko Zamawiającego przyjęte na potrzeby postępowania, twierdzi on bowiem, że żądając wyjaśnień odnośnie punktu 8 RCO jako całości, nie miał wątpliwości odnośnie podpunktu 8.2. Odwołujący podnosi, że podpunkt 8.2 stanowi integralną część punktu 8, zatem — jeśli Zamawiający miał wątpliwości co do punktu 8 — to również do pkt 8.2. Odwołujący wskazuje również, że jeśli byłoby inaczej, Zamawiający żądając wyjaśnień, powinien wyłączyć ten zakres — nie mógł bowiem wzywać do wyjaśnień wszystkiego, a tylko elementów, które w jego ocenie budzą wątpliwości, gdyż wykonawca jest związany zakresem żądania Zamawiającego co do treści wyjaśnień.

Dalej Odwołujący argumentuje, iż w zakresie kwestii różnicy kosztu wykonania tuneli z użyciem poszczególnych technologii, zarówno Zamawiający, jak i konsorcjum Energopol nie są w tej kwestii konsekwentni — raz bowiem uznają TBM jako tańszą technologię (kiedy chodzi o wykluczenie Odwołującego z postępowania), innym razem przyjmując na swój użytek,

że technologie te mają porównywalny koszt. Jako dowód na powyższe stanowisko Odwołujący powołuje pismo Energopol z dnia 11 sierpnia 2017 r. z postępowania KIO 1563/17,

w którym wskazano, że „Decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego jest zasadna także z

tego powodu, iż wartość robót przypadających na poszczególne obiekty jednoznacznie wskazują, iż nie jest to wymagana przez Zamawiającego technologia". Podnosi, że konsorcjum Energopol powołuje przy tym w formie tabeli kolejne ceny częściowe, wykazując w ten sposób, że w takich cenach nie da się wykonać przedmiotowych prac techniką ścian szczelinowych,

a jedynie TBM. Odwołujący wskazuje, że podobnie do tej kwestii odnosił się Zamawiający, który wskazywał, że przyjęcie tańszej technologii TBM przez Odwołującego sprawi, iż

w przypadku, gdy nie będzie możliwe wykonanie prac tą technologią, będzie on zmuszony do pokrycia zwiększonych wydatków Odwołującego, wynikających z zastosowania technologii ścian szczelinowych. Odwołujący z powyższego wywodzi, że Zamawiający rzeczywiście uważał, że technologia TBM jest istotnie tańsza, zatem powinien był powziąć wątpliwości co do cen zaoferowanych przez konsorcja Astaldi i Energopol, skoro w zakresie robót, który miał być wykonany w technologii ścian szczelinowych, a przyjęto wykonanie TBM, ceny wszystkich wykonawców były porównywalne. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie wzywał jednak żadnego z wykonawców, poza Odwołującym, do wyjaśnień, czym naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania poszczególnych podmiotów.

Dodaje, że zaniżenie ceny w pozycji 8.2. przez wykonawców stanowi czyn nieuczciwej konkurencji – w jego ocenie taka praktyka określana jest pojęciem dumpingu i wypełnia ona dyspozycję art. 15 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, według której *„Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców*”.

Odwołujący Gülermak podnosi, że porównywalność cen, przy założeniu — jak powyżej — które przyjmowali Zamawiający i konsorcjum Energopol, że technologia ścian szczelinowych jest istotnie tańsza, należało dojść do przekonania, że albo obaj wykonawcy również przyjęli wykonanie w technologii ścian szczelinowych (orzeczona przez Izbę niezgodność oferty z SIWZ), albo — w obawie o konsekwencje, jakie spotkały Odwołującego wprowadzili Zamawiającego w błąd, twierdząc, że wykonają przedmiot zamówienia zgodnie z PFU. Wskazuje, że w tym przypadku istnieje co najmniej podejrzenie rażąco niskiej ceny, co ma być logiczną konsekwencją dwóch założeń: porównywalności cen częściowych i droższej technologii ścian szczelinowych. Odwołujący wskazuje, że nie jest w tym zakresie potrzebny żaden dowód, nawet jeśli byłby on możliwy do przeprowadzenia.

Odwołujący podnosi, że nie jest prawdą, na co wskazuje Zamawiający, iż w takiej sytuacji Odwołujący w pierwszej kolejności powinien się domagać od niego przeprowadzenia procedury wyjaśnienia ceny. Odwołujący zauważa, że procedura taka, jeśli jest podejmowana, to w sytuacji wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez wykonawcę, zatem

to w interesie wykonawcy jest, aby zamawiający takie kroki podjął. Odwołujący nie ma w tym zakresie żadnego interesu, jeśli wskazuje, iż zaoferowana cena jest rażąco niska. Odwołujący podkreśla, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający powinien powziąć wątpliwości odnośnie rażąco niskiej ceny w pozycji 8.2. wskazanej w SIWZ, tom IV RCO w stosunku do cen przedstawionych w ofertach konsorcjów Energopol i Astaldi. W ocenie Odwołującego, w konsekwencji tych wątpliwości Zamawiający miał obowiązek przeprowadzenia procedury badania rażąco niskiej ceny w stosunku do obu tych wykonawców, szczególnie w sytuacji, w której wskazali, iż wykonają przedmiotowe obiekty w technologii ścian szczelinowych, zaś przeprowadzenie tej obligatoryjnej procedury skutkowałoby wykluczeniem wspomnianych wykonawców.

W pozostałym zakresie Odwołujący Gülermak podtrzymuje stanowisko i argumentację jak w odwołaniu.

Odwołujący Gülermak uzupełnił prezentowaną argumentację pismami z dnia 27.10.2017 r., przedłożonymi na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W pierwszym z pism Odwołujący odniósł się do kwestii wykazania się przez Konsorcjum Energopol wykonaniem 2 km tunelu. Odwołujący wskazał na Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie. Przywołane rozporządzenie, które w sposób bezpośredni określa i odnosi się do sposobu realizacji inwestycji kolejowych (*„stosuje się przy projektowaniu i robotach budowlanych budowli kolejowych”* - § 2, w § 4 rozróżnia:

- w ust 1) pkt b) *„kolejowe obiekty inżynieryjne, zwane dalej «obiettami inżynieryjnymi»”* oraz
- w ust. 2 pkt a) *„budowle i urządzenia związane z obsługą przewozów osób i rzeczy”*.

Podnosi, że rozwinięciem ww. paragrafów jest § 48 rozporządzenia, w którym wprost wskazuje się, iż: *„Do kolejowych obiektów inżynieryjnych, zwanych dalej «obiettami inżynieryjnymi, zalicza się: mosty, wiadukty, przepusty, ściany oporowe, tunele liniowe, nadziemne*

i podziemne przejścia dla pieszych”. Z powyższego Odwołujący wywodzi, że paragraf ten nie wymienia stacji kolejowych, których zatem - w odróżnieniu od tuneli - nie można uznać za obiekty inżynieryjne, a tym samym za same tunele. Wskazuje, że skoro rozporządzenie nie zalicza do „obiettów inżynieryjnych” stacji kolejowych, stanowiąc iż są nimi tunele.

Odwołujący powołuje się na treść rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 roku w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiettów Budowlanych (PKOB), które zgodnie z Wprowadzeniem — służy prawidłowemu przebiegowi procesu inwestycyjnego, np. poprzez wymianę informacji między inwestorem, biurem projektów a wykonawcami robót

budowlanych w zakresie: „określenia i analizy wielkości i struktury potrzeb”, „opracowywania, ustalania

i stosowania wskaźników planistycznych oraz technicznoekonomicznych dla obiektów budowlanych tego samego rodzaju dla celów projektowania, wdrażania nowych technologii i rozwiązań projektowych itp., stosowania jednolitego grupowania i nazewnictwa obiektów budowlanych przy ustalaniu bazy normatywnej nakładów rzeczowych oraz w kalkulacji cen i kosztów na różnych etapach procesu inwestycyjnego”. Zgodnie z treścią przedmiotowego rozporządzenia „mosty, wiadukty i estakady, tunele i przejścia nadziemne i podziemne” stanowią inną grupę i klasę obiektów (grupa 214, klasa 2142 jeśli chodzi o „Tunele i przejścia podziemne”) niż „Budowle i urządzenia przeznaczone do prowadzenia ruchu: stacje, stacje postojowe, zajezdnie, itp.” (grupa 212, klasa 2122). Odwołujący podnosi, że podejście wynikające z ww. rozporządzenia w jego opinii przyjął również w PFU Zamawiający. Wskazuje także, że w PFU, w odniesieniu do typu nawierzchni Zamawiający rozróżnił rodzaje nawierzchni stosowane w tunelu i poza tunelem. Odwołujący dowodzi, że Zamawiający nie tylko traktuje „perony” jako część poza tunelem, wskazując na wymaganą ich wysokość właśnie w drugim z przypadków, ale ustanawia jednocześnie dla odcinków w tunelu i poza tunelem (w tym dla peronów) odmienne wymagania techniczne, m.in. co do nawierzchni (odpowiednio bezpodsypkowa i podsypkowa). Okoliczności te zdaniem Odwołującego potwierdzają, że Zamawiający w PFU odróżnia tunel od stacji, peron zaś nie jest elementem tunelu.

Odwołujący Gülermak odnosi się także do Instrukcji Id-2, wskazując że na jej gruncie nie sposób uznać, iż długość stacji należy wliczyć do długości tunelu, zgodnie bowiem z definicją znajdującą się na stronie 27 dokumentu, za długość części tunelu uznaje się: *„odległość między punktami przecięcia osi części tunelu z pionowymi płaszczyznami prostopadłymi do tej osi, przechodzącymi przez najbardziej wysunięte punkty konstrukcji części tunelu, mierzoną wzdłuż osi tunelu na poziomie niwelety linii kolejowej”*.

Odwołujący wywodzi, że stacji Łódź Fabryczna nie sposób uznać za tunel kolejowy, co istotne jest nie tylko ze względu na brak możliwości wliczenia długości stacji do długości tunelu, ale także – przy przyjęciu, że głowica stacji to tunel, okoliczność ta przesądza, że nie ma możliwości powiększenia długości tunelu o długość głowicy zachodniej, bowiem odcinki tunelu rozdziela stacja. Ponadto Odwołujący podtrzymał dotychczas prezentowaną argumentację.

W drugim ze złożonych w dniu 27.10.2017 r. pism Odwołujący podtrzymał prezentowane stanowisko w zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny ofert Konsorcjum Astaldi oraz Konsorcjum Energopol, akcentując przy tym, iż Zamawiający winien był powziąć wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego wymaganiami za zaoferowaną przez ww. wykonawców cenę.

Stanowisko Zamawiającego w sprawie 2014/17

W odniesieniu do odwołania Odwołującego Gülermak, Zamawiający w piśmie złożonym w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron w dniu 9.10.2017 r. podniósł, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że Odwołujący wiedzę na temat zarzutów posiadał lub mógł posiadać w dacie odrzucenia jego oferty, w związku z czym zarzuty te mogły i powinny być zostać podniesione w odwołaniu w sprawie KIO 1563/17, a najpóźniej w dniu, w którym Zamawiający wezwał konsorcjum Energopol, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów. Zamawiający podniósł, że Odwołujący powinien mieć świadomość, że jeżeli decyzja z dnia 18.07.2017 r. dotyczyła tylko i wyłącznie odrzucenia oferty konsorcjum Gülermak, to Zamawiający uznał, że pozostałe oferty nie podlegają odrzuceniu, a wykonawcy nie podlegają wykluczeniu. Zamawiający wskazał, że zgodnie bowiem z dyspozycją art. 24aa ustawy Pzp, zamawiający jest zobowiązany do zbadania, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, z czego wywodzi, iż skoro Zamawiający, zaczął stosować procedurę określoną w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wobec konsorcjum Energopol, to znaczyło, że nie znalazł podstaw do odrzucenia tej oferty bądź wykluczenia tego wykonawcy. Wskazał też, że informacje stanowiące podstawę zarzutów wynikały bezpośrednio z treści złożonej oferty (RCO) oraz z dokumentu JEDZ w przypadku konsorcjum Energopol. W opinii Zamawiającego, najpóźniej w dniu wezwania tego wykonawcy do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp rozpoczął bieg termin do wniesienia odwołania.

Ponadto Zamawiający podniósł, że Odwołujący Gülermak nie posiada interesu w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp, w związku z czym jego odwołanie winno zostać oddalone. Wskazał, że w dniu 18.07.2017 r. poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego wobec jej niezgodności z SIWZ. Odwołujący wniósł od ww. czynności odwołanie, które zostało oddalone w wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 1563/17 z dnia 25.08.2017r. Na powyższe orzeczenie Odwołujący złożył skargę. Zamawiający podnosi, że tym samym Odwołujący, w sposób uznany przez siebie za najwłaściwszy, zabezpieczył swój interes w uzyskaniu tego zamówienia, gdyż w razie uwzględnienia jego skargi, to jego oferta byłaby najkorzystniejsza i nie ma potrzeby wykluczać, czy też odrzucać oferty pozostałych Wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zamawiający wskazał również, że zgodnie z orzecznictwem KIO, interesu wykonawcy nie można upatrywać w dążeniu do unieważnienia postępowania. Podniósł, że teza, iż w przypadku unieważnienia postępowania z powodu braku ważnych ofert, którykolwiek z wykonawców uzyskałby podstawę do roszczeń odszkodowawczych jest błędna i wprost sprzeczna z dyspozycją art. 93 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że roszczenie odszkodowawcze powstaje, gdy do unieważnienia dochodzi

z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, a trudno uznać, że Zamawiający ponosi odpowiedzialność za to, że oferenci nie są w stanie złożyć ofert nie podlegających odrzuceniu bądź nie są podmiotami, które podlegają wykluczeniu. Zamawiający podkreśla, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania należy odnieść do konkretnego postępowania

o udzielenie zamówienia i chociażby hipotetycznej możliwości uzyskania zamówienia w ramach tego postępowania. Zamawiający podnosi, że celem Odwołującego nie jest uzyskanie zamówienia lecz unieważnienie postępowania.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Gülermak Zamawiający wskazał, że są one całkowicie bezzasadne. Zamawiający podnosi, że nie naruszył zasad dotyczących równego traktowania wykonawców, a wszystkie jego działania miały oparcie w przepisach prawa. Zamawiający zwraca uwagę, że ewentualny zarzut dot. rażąco niskiej ceny jest co najmniej przedwczesny, bowiem Zamawiający chcąc odrzucić ofertę na tej podstawie musi uprzednio przeprowadzić procedurę wyjaśnienia ceny. Postępowanie wyjaśniające w tym zakresie nie może toczyć się w ramach postępowania odwoławczego, bowiem to Zamawiający w pierwszej kolejności musi ocenić złożone wyjaśnienia i podjąć decyzję w tym zakresie, a dopiero później Izba ewentualnie bada prawidłowość takiej decyzji Zamawiającego.

W zakresie zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, a w szczególności istotnej części składowej tj. pozycji 8.2 RCO, Zamawiający wskazuje, że nie kwestionuje stanowiska, że po stronie zamawiającego istnieje obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, przy czym obowiązek ten materializuje się dopiero, gdy zaistnieją przesłanki określone w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wywodzi, że z powyższego przepisu wynikają dwie przesłanki, które muszą zaistnieć łącznie tj. 1) zaoferowana cena istotnej części składowej wydaje się rażąco niska oraz 2) tak zaoferowana cena budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu ceny zaoferowane przez konsorcjum Energopol i konsorcjum Astaldi w zakresie poz. 8.2 RCO nie wydawały się rażąco niskie i Zamawiający nie powziął najmniejszych wątpliwości, że w ramach tak zaoferowanych cen da się zrealizować przedmiotowy zakres zamówienia. Zamawiający podkreśla przy tym, że oferta Odwołującego nie została odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny lecz z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ. Zamawiający wskazuje, że w dn. 28.04.2017 r. wezwał Gülermak do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w tym ze szczególnie dokładnym wyjaśnieniem m.in. całej poz. 8 RCO (Obiekty Inżynieryjne) a nie tylko poz. 8.2 jak to przytacza w odwołaniu konsorcjum Gülermak. Zamawiający wskazuje również, że ceny w RCO (w tym również konsorcjum Gülermak) w zakresie poz. 8.2, jako jednostkowa cena, nigdy nie budziła sama w sobie wątpliwości co do tego, że jest rażąco niska. Jak wskazano powyżej to cena globalna za wykonanie całej poz. 8 RCO budziła wątpliwości i stanowiła asumpt do

skierowania wezwania do wyjaśnień do konsorcjum Gülermak, w których wykonawca potwierdził, że przyjął inną technologię wykonania robót, co pozwoliło mu na znaczące obniżenie kosztów, również w poz. 8.2 RCO. Zamawiający wskazuje ponadto, że Odwołujący Gülermak poza gołosłownym twierdzeniem, że ceny konsorcjum Energopol i konsorcjum Astaldi są rażąco niskie i stanowią czyn nieuczciwej konkurencji nie przedstawił żadnego dowodu na tą okoliczność, w związku z czym ani Zamawiający, ani de facto wskazani wykonawcy nie są w stanie odnieść się do tak postawionego zarzutu. Zamawiający podnosi, iż pomimo narzuconego ustawą Pzp rozkładu ciężaru dowodowego w zakresie rażąco niskiej ceny, wskazać należy, że do kwestii tej nie można podchodzić bezrefleksyjnie, wykonawcy są bowiem zobowiązani do przedstawiania dowodów, ale dopiero wtedy, gdy wiedzą jakie zarzuty na nich ciążyą. Wskazuje, iż ogólne sformułowanie zarzutu, że cena jest rażąco niska oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w ocenie Zamawiającego oznacza, że takiego opisu nie można w ogóle traktować jako zarzutu, w związku z czym winien on zostać oddalony. Zamawiający wskazuje ponadto, że w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący nie wskazał, które przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji miałyby zostać naruszone, ani na czym miałyby ów czyn polegać. Doprecyzowanie na obecnym etapie tego zarzutu, stanowiłoby nieuprawnione rozszerzenie zarzutów postawionych w odwołaniu. W związku z powyższym - wobec braku sprecyzowania zarzutu – w opinii Zamawiającego Izba winna oddalić ten zarzut.

Zamawiający wskazuje, że w zakresie niezgodności treści ofert z treścią SIWZ, Odwołujący usiłuje wykazać, że skoro on przyjął w swojej ofercie inną technologię wykonania robót co pozwoliło mu na kilkaset milionów oszczędności, a ceny w poz. 8.2 są zbieżne we wszystkich ofertach, to znaczy, że również pozostali wykonawcy musieli przyjąć taką technologię wykonania robót, a tym samym wszystkie oferty winny zostać odrzucone. Zamawiający podnosi, że jest to stanowisko całkowicie błędne i niezgodne ze stanem faktycznym. Zamawiający podkreśla, że same ceny poz. 8.2 z RCO składanego wraz z ofertą nie budziły wątpliwości Zamawiającego i w ocenie Zamawiającego gwarantowały wykonanie tej pozycji, były cenami rynkowymi. Dopiero cena obniżona w wyjaśnieniach konsorcjum Gülermak mogła budzić zastrzeżenia, ale ona znacząco odbiegała od początkowej ceny konsorcjum Gülermak i od cen pozostałych wykonawców. Zamawiający wskazuje, że zwracał się o złożenie wyjaśnień przez konsorcjum Energopol i konsorcjum Astaldi w sprawie przyjętej do oferowania technologii wykonania robót i uzyskał potwierdzenie, że wykonawcy ci przyjęli do wyceny oferty technologie zgodne z postanowieniami PFU. Zamawiający podnosi, że odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie, że oświadczenia te są nieprawdziwe,

w związku z czym uznać należy, że nie udowodnił zasadności swojego zarzutu. Ponadto wskazuje, że zarzuty dot. rażąco niskiej ceny i niezgodności treści oferty

z treścią SIWZ wzajemnie się wykluczają, bowiem w sytuacji złożenia oferty niezgodnej z treścią SIWZ brak jest podstaw do badania w ogóle ceny, gdyż nie odnosi się ona do przedmiotu zamówienia wymaganego przez Zamawiającego. Z drugiej strony należy uznać, że rażąco niską cenę można badać tylko w stosunku do oferty, która jest zgodna z treścią SIWZ, gdyż ocena Zamawiającego dotyczy tego, czy za zaoferowaną cenę da się wykonać żądany przedmiot zamówienia.

W przedmiocie zdolności technicznej konsorcjum Energopol, Zamawiający wskazuje, że z przyczyn formalnych zarzut ten nie może zostać uwzględniony, bowiem Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, tj. zaniechanie wykluczenia z powodu nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu przez konsorcjum Energopol w zakresie warunku określonego w pkt 8.6.1. ppkt b) IDW, zaniechał zaś postawienia zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zapominając, że Zamawiający jest w pierwszej kolejności zobowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, jeżeli pierwotne dokumenty zawierają braki, błędy czy wymagają uzupełnienia. Zamawiający wywodzi, że w świetle tak postawionego zarzutu, nawet w przypadku uznania, że przedmiotowy tunel nie spełnia wymagań Zamawiającego, uznać należy, że zarzut jest co najmniej przedwczesny.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający wskazuje, że w jego ocenie, przedmiotowa robota budowlana spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego, w związku z czym uznać należy, że konsorcjum Energopol potwierdziło spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazuje, że odwoływanie się przez Odwołującego do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać obiekty budowlane metra i ich usytuowanie, pozostaje bez znaczenia, gdyż wykazywany tunel nie dotyczy metra. Podnosi również, iż przedmiotowy warunek dotyczył tunelu realizowanego w ramach jednego zadania inwestycyjnego, które to zadanie miało dotyczyć infrastruktury kolejowej lub linii metra lub dróg, więc każdy tunel wykonany metodą odkrywką realizowany w ramach jednego z rodzajów inwestycji spełniałby wymagania Zamawiającego.

Podnosi, iż Odwołujący nie wskazuje z jakiej mapy wynika, że tunel liczy jedynie 1700 m. W dalszej części Zamawiający podnosi argumentację tożsamą jak przytoczoną powyżej w sprawie 2007/17.

Stanowisko przystępującego – konsorcjum Energopol.

Zajmując stanowisko w sprawie KIO 2014/17 Przystępujący Energopol podobnie jak Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości ze względu na brak interesu we wniesieniu odwołania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Przystępujący wskazuje, że uzasadnienie postawionych przed Odwołującego zarzutów nie pozwala w sposób

jednoznaczny stwierdzić, na jakiej podstawie jego oferta miałyby podlegać odrzuceniu - czy przyczyną tą miałyby być rażąco niska cena, czy też złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czy też treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

W kwestii zarzutu rażąco niskiej ceny, którą Odwołujący odnosi do pozycji 8.2. z RCO (Obiekty inżynierskie - Tunel w technologii ścian szczelinowych z wyłączeniem tunelu w rejonie al. Włókniarzy) Przystępujący wskazuje, że zarzut złożenia oferty z rażąco niską ceną musi się odnosić do całkowitej ceny oferty, a nie do jej poszczególnych elementów. Podnosi, że w stosunku oferty Przystępującego nie zachodzi żadna z przesłanek wymienionych w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, która nakazuje Zamawiającemu obligatoryjne badanie tego, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Oferta przystępującego jest bowiem niższa o ok. 10% od średniej wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Wskazuje, że jeżeli przyjąć, że przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pozwala badać Zamawiającemu również poszczególne elementy cenowe, w tym konkretnym przypadku pozycję 8.2 z RCO, to również i w tym przypadku nie zaistniały żadne okoliczności, które uprawniałyby do tego, aby wyjaśniać tę pozycję pod kątem rażąco niskiej ceny. Oferta Przystępującego jest niższa w tej pozycji tylko o 19% od średniej ofert wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu, przy czym to jest efekt tego, że jeden z wykonawców (DOGUS) zaoferował w tej pozycji cenę na blisko 560 mln zł czyli cenę, którą w opinii Przystępującego można rozpatrywać w kategoriach rażąco wygórowanej. Przystępujący wskazuje, że wśród trójki Wykonawców tj. Odwołującego Gülermak, konsorcjum Astaldi i Przystępującego, zaoferował on najdroższą cenę w tej pozycji - 275.791.296,00 zł (Odwołujący - 242.422.000,00 zł, konsorcjum Astaldi - 213.779.775,74 zł). Przystępujący podnosi, że Odwołujący winien był przynajmniej uprawdopodobnić,

że rzeczywiście istnieją przesłanki do wszczęcia przez Zamawiającego określonej przepisami ustawy Pzp procedury wyjaśnienia tego, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, czego nie uczynił. Wskazuje, że argumentacja Odwołującego opiera się na próbie wykazania, że skoro oferta Odwołującego została odrzucona z uwagi na zaoferowanie przez niego w zakresie pozycji 8.2. technologii TBM, to z uwagi na to, że oferty cenowe w tej pozycji tych trzech Wykonawców są zbliżone, to oznacza to, że Przystępujący w tej pozycji zaoferował rażąco niską cenę z uwagi na to, że za taką cenę tuneli w technologii ścian szczelinowych nie da się wykonać. Odwołujący wskazał, że technologia jaką zaoferował tj. TBM jest zdecydowanie tańsza. Wskazuje, że zgodnie z orzecznictwem KIO, chociaż zgodnie z art. 190 ust.1 ustawy Pzp podstawowa zasada rozkładu ciężaru dowodu ulega pewnym modyfikacjom, nie powoduje to jednak automatycznie, że odwołujący się nie ma obowiązku wykazywania czegokolwiek – odwrócony ciężar dowodu nie zwalnia bowiem odwołującego z obowiązku wykazania podstaw faktycznych zarzutu oraz przedstawienia kontrdowodów wobec tych, które przedłożyli przeciwnicy - zamawiający czy przystępujący.

Przystępujący Energopol podnosi, że Odwołujący nie wykazał, ani nie uprawdopodobnił tego, że zaoferowana cena jest ceną nierealną, za którą nie da się wykonać tuneli w technologii ścian szczelinowych w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Podkreśla przy tym, iż technologia TBM wcale nie jest tańsza od wykonywania tunelu w technologii ścian szczelinowych. Potwierdził to sam Zamawiający w dokumentach opisujących przedmiot zamówienia. W załączniku nr 29 do PFU Wyciąg uzupełniający studium wykonalności (str. 200) wskazano bowiem, że *„doświadczenie pokazuje też, że wykonywanie metodą tarczową obiektów tunelowych o długości nieprzekraczającej 3-4 km z reguły nie jest ekonomicznie uzasadnione z tego powodu w odniesieniu do tunelu w Łodzi wszędzie tam gdzie warunki na powierzchni gruntu na to pozwalają, a także z uwagi na niewielkie zagłębienie tunelu, metoda odkrywkowa jest bardziej opłacalna od realizacji tarczą”*.

Również w zakresie pozostałych zarzutów odwołania Przystępujący popiera stanowisko Zamawiającego i przedstawioną przez niego argumentację.

W piśmie złożonym w dniu 13.10.2017 r. sprawie KIO 2014/17 Przystępujący Energopol podtrzymał dotychczasowe stanowisko oraz przedstawił argumentację jak uprzednio oraz jak w ww. piśmie w sprawie KIO 2007/17.

Stanowisko przystępującego - konsorcjum Astaldi.

Przystępujący po stronie Zamawiającego - konsorcjum Astaldi złożył pismo z dnia 24.10.2017 r., w którym przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Przystępujący podnosi, że Zamawiający nie był zobligowany do wezwania go do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. Zaoferowana przez niego oferta była niższa od szacunkowej wartości zamówienia o 23%, zaś od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert o 8%. Przystępujący wskazuje,

że Zamawiający nie miał podstaw dla powzięcia wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez Przystępującego, wobec czego Zamawiający nie był zobligowany do wzywania konsorcjum Astaldi do wyjaśnień w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Podnosi, że Odwołujący Gülermak nie udowodnił, iż cena zaoferowana przez Przystępującego jest rażąco niska, jak też, że oferta Przystępującego była niezgodna z SIWZ. Zaprzeczył również, ażeby dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji składając ofertę – wskazał, że zaoferowana przez niego cena jest realna, rynkowa i dająca rękojmię wykonania przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż stwierdziła skuteczność przystąpień zgłoszonych przez konsorcjum Energopol do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w obu sprawach tj. KIO 2007/17 i KIO 2014/17, przystąpienia konsorcjum Astaldi w sprawie 2014/17 po stronie Zamawiającego oraz przystąpienia konsorcjum Gülermak w sprawie 2007/17 po stronie Odwołującego Astaldi. Przystąpienia spełniają warunki określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

W zakresie opozycji zgłoszonej w sprawie 2014/17 przez Odwołującego Gülermak w piśmie z dnia 9.10.2017 r. od przystąpienia konsorcjum Energopol oraz Astaldi po stronie Zamawiającego, Izba uznała, iż Odwołujący Gülermak nie uprawdopodobnił, iż przystępujący nie posiadają interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Zarzuty i wnioski odwołania w sprawie KIO 2014/17 dotyczą m.in. wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia konsorcjum Energopol oraz odrzucenia jego oferty oraz, odrzucenia oferty konsorcjum Astaldi. W tej sytuacji obaj przystępujący posiadają interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego – tj. oddalenia zarzutów, których uwzględnienie skutkowałoby pozbawieniem tych Wykonawców możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Tytułem uzupełnienia należy wskazać, że bez znaczenia w przedmiotowej sprawie pozostają wskazane przez Odwołującego Gülermak regulacje dotyczące interwencji w postępowaniu cywilnym. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie ma podstaw dla uznania, iż w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą zastosowanie znajdują przepisy Kodeksu postępowania cywilnego dotyczące apelacji. Jedynym przepisem odsyłającym do uregulowań kpc w zakresie postępowania odwoławczego przed KIO jest art. 185 ust. 7 ustawy Pzp, który stanowi, że do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy kpc o sędziu polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa Pzp nie stanowi inaczej.

Zgodnie z art. 185 ust. 4 ustawy Pzp Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił, w przeciwnym razie Izba oddala opozycję. Jak wskazano powyżej, Odwołujący Gülermak nie uprawdopodobnił ww. okoliczności, wobec czego Izba na posiedzeniu w dniu 9.10.2017 r. postanowiła oddalić opozycję.

Następnie, należy odnieść się do zgłoszonych w pismach Zamawiającego z dnia 9.10.2017 r. wniosków formalnych o odrzucenie odwołania w sprawie KIO 2014/17 oraz pominięcie zarzutów numer 1 i 2 odwołania w sprawie KIO 2007/17 jako spóźnionych. Zgodnie z wydanym w toku posiedzenia postanowieniem, Izba oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania w sprawie KIO 2014/17 konsorcjum Gülermak i nie uwzględniła wniosku o pominięcie rozpoznania zarzutów nr 1 i 2 odwołania w sprawie KIO 2007/17 konsorcjum Astaldi.

Zamawiający wywodził, iż odwołujący posiadali bądź mogli posiadać wiedzę o zaskarżanych czynnościach (zaniechaniach) Zamawiającego stanowiących podstawę wniesienia odwołań i podniesienia ww. zarzutów najpóźniej w dniu, w którym Zamawiający wezwał konsorcjum Energopol, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów. Zamawiający wskazał, że Odwołujący powinien mieć świadomość, że jeżeli decyzja z dnia 18.07.2017 r. o odrzuceniu oferty Gülermak, dotyczyła tylko i wyłącznie odrzucenia oferty tego konsorcjum, to Zamawiający uznał, że pozostałe oferty nie podlegają odrzuceniu, a wykonawcy nie podlegają wykluczeniu. Z powyższego Zamawiający wywodził, że termin na wniesienie odwołania określony w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp upłynął, wobec czego odwołanie Gülermak należało uznać za spóźnione w całości, zaś z odwołania Astaldi za spóźnione należało uznać zarzuty dotyczące uznania, że konsorcjum Energopol spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz zaniechania wykluczenia ww. wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

Jak ustaliła Izba, w niniejszej sprawie Odwołujący nie byli informowani o wszczęciu przez Zamawiającego procedury określonej w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający informację o odrzuceniu ofert kolejnych wykonawców kierował w osobnych dla każdego z trzech odrzuceń pismach, z różnych dat – 29.06.2017 r., 12.07.2017 r. i 18.07.2017 r. Zamawiający też nie kierował do wykonawców ogólnej informacji o zakończeniu procedury badania ofert ani też o rankingu ofert.

Mając na uwadze powyższe, nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że termin na wniesienie odwołania bądź zarzutów w zakresie uznania, że konsorcjum Energopol spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z udziału

w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, powinien być obliczany najpóźniej od dnia skierowania do konsorcjum Energopol wezwania na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Izba podziela pogląd, że oferta może zostać odrzucona do czasu jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej. Odwołanie wniesione w terminie, którego początkowy bieg wyznaczony byłby datą wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp mogłoby zatem zostać uznane za wniesione przedwcześnie. Podkreślić należy, iż w przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący nie mieli podstawy do uznania wcześniej, niż z dniem zawiadomienia ich o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Energopol,

iż Zamawiający pozytywnie ocenił spełnienie przez tego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz stwierdził brak podstaw do wykluczenia go z postępowania. Jak wykazano powyżej, Zamawiający nie kierował do wszystkich wykonawców zawiadomienia o zakończeniu procedury oceny ofert ani też informacji o ustalonym rankingu ofert, na podstawie których wykonawcy mogliby powziąć wiedzę o pozytywnym zweryfikowaniu oferty konsorcjum Energopol. Co więcej, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Odwołujący

nie mogli, na podstawie informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Gülermak stwierdzić, że Zamawiający uznaje, iż pozostałe oferty nie podlegają odrzuceniu, bowiem Zamawiający kierował informacje o odrzuceniu ofert do różnych wykonawców w różnych terminach. W takich okolicznościach przekazanie kolejnej – trzeciej z kolei - informacji o odrzuceniu oferty nie mogło stanowić racjonalnej podstawy do uznania, że Zamawiający pozytywnie zweryfikował pozostałe oferty. Dalej należy zaznaczyć, iż Odwołujący nie byli informowani o skierowaniu do konsorcjum Energopol wezwania na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wobec czego, nawet gdyby uznać – z czym Izba się nie zgadza – iż samo to wezwanie może stanowić podstawę do powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania, problematycznym staje się sposób obliczenia terminu na wniesienie odwołania. Nie sposób zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, iż zachowanie należytej staranności, o której mowa w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, winno oznaczać składanie wniosków o wgląd do protokołu postępowania (na podstawie którego Odwołujący miałby powziąć wiedzę o skierowaniu przedmiotowego wezwania). Przyjęcie takiego stanowiska w zasadzie wymuszałoby na wykonawcach biorących udział w postępowaniu codzienne „kontrolę” protokołu postępowania, czego nie można uznać za działanie racjonalne, ani też sprzyjające sprawności przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia postępowania.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak na posiedzeniu w dniu 9.10.2017 r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizację robót budowlanych w formule „Projektuj i Buduj” w ramach projektu POIiŚ 5.1-15 „Udrożnienie Łódzkiego Węzła Kolejowego (TEN-T). etap II. odcinek Łódź Fabryczna - Łódź Kaliska/Łódź Żabieniec”*.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W punkcie 8.6.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający ustanowił warunek, iż o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy spełnią warunek posiadania odpowiedniej zdolności technicznej i zawodowej tj. którzy:

„wykażą, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie wykonali:

- a) Budowę co najmniej 1 km tunelu w ramach jednego zadania inwestycyjnego (w zakresie infrastruktury kolejowej lub linii metra lub dróg) wykonanego w technologii tarcz zmechanizowanych (TBM);
- b) Budowę co najmniej 2 km tunelu w ramach jednego zadania inwestycyjnego (w zakresie infrastruktury kolejowej lub linii metra lub dróg) wykonanego metodą odkrywkową;
- c) Budowę co najmniej 100 m tunelu w ramach jednego zadania inwestycyjnego (w zakresie infrastruktury kolejowej lub linii metra lub dróg), wykonanego metodą górniczą;
- d) Budowę co najmniej 1 km tunelu w ramach jednego zadania inwestycyjnego (w zakresie infrastruktury kolejowej lub linii metra) z zastosowaniem nawierzchni bezpodsypkowej wraz z infrastrukturą obejmującą, co najmniej instalację w zakresie p.poż, sterowania ruchem, telekomunikacji; sieci trakcyjnej oraz systemów wentylacyjnych;
- e) Budowę lub Przebudowę jednego obiektu budowlanego takiego jak podziemna stacja lub przystanek kolejowy lub stacja metra posiadającego co najmniej 2 tory;
- f) Budowę lub Przebudowę minimum 3 km linii kolejowej, obejmującej nawierzchnię torową i podtorze wraz z Budową lub Przebudową minimum 3 km sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi, przy czym jeżeli Wykonawca będzie wykazywał się wykonaniem minimum 3 km nawierzchni torowej i podtorza wraz z siecią trakcyjną oraz z konstrukcjami wsporczymi na podstawie więcej niż jednego Zamówienia, to każde z tych Zamówień musi obejmować odcinek nie krótszy niż 2 km;
- g) Budowę co najmniej 1 (jednego) systemu komputerowych stacyjnych urządzeń sterowania ruchem kolejowym na stacji liczącej co najmniej 10 zwrotnic;
- h) Budowę lub Przebudowę 1 (jednego) obiektu typu: most, wiadukt”.

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie wykonawcy do SIWZ skierowane na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp – „Z uwagi na różne definicje tunelu w aktach prawnych i innych materiałach wymienionych w PFU – Proszę o podanie definicji tuneli w celu klasyfikacji obiektów inżynierskich przewidzianych na przedmiotowej inwestycji”, poinformował, że „Tunel (tunel liniowy) – obiekt inżynierski umożliwiający przeprowadzenie linii kolejowej pod powierzchnią terenu (wg. Id-2)” (pytanie i odpowiedź nr 522).

Wykonawca konsorcjum Energopol, dla wykazania spełnienia warunku określonego w pkt. 8.6.1.b powołał się na doświadczenie członka konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o.: „Nr Ref.: IP/RL/6539/12/16 „Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II. Odcinek Łódź Widzew - Łódź Fabryczna ze stacją Łódź Fabryczna oraz budowa części podziemnej dworca Łódź Fabryczna przeznaczonych dla odprawy i przyjęć pociągów oraz obsługi podróżnych, przebudowa układu drogowego i infrastruktury wokół

multimodalnego dworca Łódź Fabryczna - budowa zintegrowanego węzła przesiadkowego nad i pod ul. Węglową". W tym: -budowa budynku dworca Łódź Fabryczna wraz z podziemną stacją i niezbędną infrastrukturą kolejową na 8 torów; Budowę powyżej 2 km tunelu w ramach jednego zadania inwestycyjnego (w zakresie infrastruktury kolejowej), wykonanego metodą odkrywkową; -budowa powyżej 2 km linii kolejowej obejmująca nawierzchnię torową i podtorze wraz z przebudową powyżej 2 km sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczyymi - rozbiórka i budowa wiaduktu nad ulicą Tramwajową -budowa wiaduktu w ciągu ulicy Nowotargowej kwota 1430316627.41 PLN (Złoty)".

Konsorcjum Energopol wskazało, iż odbiorcą ww. robót referencyjnych było PKP S.A. w porozumieniu z Miastem Łódź oraz z PKP - PLK S.A. Adres: Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna, z siedzibą 00-973 Warszawa, ul. Szczęśliwicka 62.

Zamówienie publiczne, w ramy którego wchodziło wykonanie ww. robót, udzielone zostało konsorcjum firm – TORPOL S.A., ASTALDI S.p.A., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o.

Zamawiający w pkt. 8.6.2. SIWZ zawarł warunek, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia winien wykazać, że:

„dysponuje lub będzie dysponował na czas wykonania Zamówienia osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem:

(...)

3. Kierownik robót w specjalności konstrukcyjno — budowlanej - 1 osoba;

Uprawnienia (kwalifikacje zawodowe) uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej,

Doświadczenie co najmniej 5 lat doświadczenia na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane, w tym co najmniej 24 miesięczne doświadczenie na jednym zadaniu inwestycyjnym w zakresie infrastruktury kolejowej lub linii metra, związane z budową lub przebudową co najmniej jednej podziemnej stacji lub podziemnego przystanku lub stacji metra posiadających co najmniej 2 tory.(...)"

Dla wykazania spełnienia ww. warunku – dysponowania osobą kierownika robót w specjalności konstrukcyjno – budowlanej, konsorcjum Energopol powołało się na dysponowanie osobą pana R.Ż..

W złożonym wraz z pismem z dnia 09.08.2017 r. konsorcjum przedłożyło wykaz osób, którymi dysponuje Wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (dysponowanie bezpośrednie). W pozycji 4 ww. wykazu Wykonawca przedstawił uprawnienia oraz doświadczenie osoby p. R.Ż., wskazał, że posiada on uprawnienia

budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. W dniu 30.08.2017 r. Zamawiający skierował do konsorcjum Energopol wezwanie na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wobec okoliczności, że wykazane doświadczenie dla Kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej zostało nabyte w okresie 04.1973 r. - 10.1978 r, czyli przed uzyskaniem wskazanych uprawnień oraz, że w opisie doświadczenia nie wskazano lokalizacji ani nazwy przebudowanego podziemnego przystanku na linii kolejowej Szczecin Dąbie — Świnoujście, do wyjaśnienia, czy osoba zaproponowana na stanowisko Kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej posiadała uprawnienia budowlane uprawniające do pełnienia funkcji kierownika budowy w okresie 04.1973 — 10.1978 oraz wskazanie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego daty wydania tych uprawnień i ich zakresu oraz wskazanie którego podziemnego przystanku na linii kolejowej Szczecin Dąbie - Świnoujście przebudowa dotyczyła.

Konsorcjum Energopol udzieliło odpowiedzi pismem z dnia 1.09.2017 r., w którym wyjaśniło, że p. R.Ż., niezależnie od wskazanych w ofercie uprawnień z dnia 7 marca 2003 r. nr ONR2-907/19/74 do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno — budowlanej posiada także uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności mosty nr ONR2-907/19/74 z dnia 17 czerwca 1974 r. Wskazał, że na podstawie uprawnień nr ONR2-907/19/74 z dnia 17 czerwca 1974 r. p. R.Ż. pełnił funkcję kierownika budowy na zadaniu inwestycyjnym wykazanym w ofercie, tj. na zadaniu „Modernizacja linii kolejowej Szczecin-Dąbie — Świnoujście”, w ramach zostały wykonane przebudowy podziemnego przystanku w miejscowościach Wolin oraz Międzyzdroje. Dodał, iż doświadczenie tej osoby obejmuje także inne zadania inwestycyjne pozwalające na stwierdzenie spełnienia wymogu co najmniej 5-letniego doświadczenia na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Konsorcjum Energopol wraz z ww. pismem przekazał uzupełnioną tabelę z informacjami na temat doświadczenia i uprawnień p. R.Ż. oraz oświadczenie p. R.Ż. dotyczące ww. robót dotyczących przystanków podziemnych.

W dniu 5.09.2017 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał konsorcjum Energopol do wyjaśnień, na jakiej podstawie Wykonawca twierdzi, że w miejscowościach Wolin oraz Międzyzdroje znajdują się podziemne przystanki posiadające co najmniej 2 tory. Zamawiający podniósł, iż z wiedzy, jaką posiada, w ww. lokalizacjach - Wolin i Międzyzdroje - nie istnieją podziemne przystanki.

W odpowiedzi, konsorcjum Energopol w piśmie z dnia 6.09.2017 r. wyjaśniło, iż w jego ocenie wskazane miejscowości tj. Wolin oraz Międzyzdroje zawierają podziemne stacje kolejowe w rozumieniu ustawy z dnia 28 marca 2003 r., o transporcie kolejowym (tekst jednolity: Dz. U. z 2016 r. poz. 1727 z późn. mn.). Wskazał, iż działał w przekonaniu, że wskazane przez niego obiekty w Międzyzdrojach i Wolinie wpisują się w zakres pojęcia stacji

podziemnej, albowiem w obiektach tych znajduje się podziemna infrastruktura umożliwiająca dotarcie pasażerom do peronów. Dodał, że omyłkowo w wykazie osób dot. Pana R.Ż. wpisał podziemne przystanki zamiast podziemne stacje. Z ostrożności, na wypadek gdyby Zamawiający nie uznał ww. wyjaśnień, konsorcjum Energopol oświadczyło, że dysponuje bezpośrednio inną osobą, która spełniają postawiony przez Zamawiającego warunek dla osoby wskazanej na przedmiotowe stanowisko. Wskazał, że dysponował tą osobą w dniu składania ofert i jest to osoba należące do kadry PBDiM. Na dowód przedłożył zobowiązanie p. A.Z., tabele z doświadczeniem na stanowisko kierownik robót w specjalności konstrukcyjno — budowlanej, oraz JEDZ dla wykonawców Energopol oraz PBDiM.

Zamawiający w dniu 11.09.2017 r. skierował do konsorcjum Energopol wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, iż uznał, że p. R.Ż. nie spełnia postawionych warunków, wobec okoliczności, iż w ocenie Zamawiającego stacje Wolin oraz Międzyzdroje nie stanowią stacji podziemnych. W związku z powyższym, Zamawiający wezwał do uzupełnienia oświadczenia Wykonawcy poprzez wykazanie osoby na stanowisko Kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej spełniającej wymagania zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu określonym w pkt 8.6.2 lit. a) IDW, poprzez złożenie Załącznika nr 10. Zamawiający wskazał przy tym, że dokumenty załączone do wyjaśnień konsorcjum Energopol z dnia 06.09.2017r. dotyczące p. A.Z. nie były oceniane, gdyż zostały złożone bez wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Konsorcjum Energopol udzieliło odpowiedzi pismem z dnia 13.09.2017 r., wraz z którym przedłożono oświadczenie wykonawcy w zakresie osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej – p. A.Z., mającego spełniać wymagania Zamawiającego w zakresie warunku dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym, Załącznik nr 10 oraz JEDZ dla firm Energopol i PBDiM w tym zakresie. Wskazał, że p. A.Z. jest w bezpośredniej dyspozycji partnera konsorcjum i dysponował tą osobą w chwili złożenia oferty, na udowodnienie czego przedłożył zobowiązanie do współpracy podpisane przez ww. osobę.

W dniu 14.09.2017 r. konsorcjum Energopol złożyło dodatkowe pismo, w którym uzupełnił oświadczenie w zakresie osoby wskazanej jako kandydata alternatywnego na stanowisko Kierownika robót w specjalności konstrukcyjno – budowlanej – S.S., składając uzupełniony Załącznik nr 10, wskazując jednocześnie, iż ww. osoba pozostaje w jego bezpośredniej dyspozycji. Na dowód przedłożył zobowiązanie do współpracy ww. osoby przy realizacji przedmiotowego zamówienia.

W postępowaniu złożonych zostało 6 ofert z następującymi cenami:

- Impresa Pizzarotti & C. S.p.A – 2 147 401 455,99 zł brutto,

- IDS – BUD S.A. – 1 795 800 000,00 zł brutto,
- Konsorcjum Gülermak – 1 359 559 590,00 zł brutto,
- Dogus Insaat ve Ticaret A.S. – 2 098 172 749,06 zł brutto,
- Konsorcjum Energopol – 1 590 390 000,00 zł brutto,
- Konsorcjum Astaldi – 1 669 094 014,70 zł brutto.

Zamawiający odrzucił ofertę konsorcjum Gülermak na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wobec stwierdzenia jej niezgodności z treścią SIWZ. Konsorcjum Gülermak wniosło odwołanie od ww. decyzji Zamawiającego, które zostało oddalone wyrokiem KIO z dnia 25.08.2017 r. sygn. akt KIO 1563/17.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołania, jako bezzasadne, nie zasługują na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp (odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 2007/17) oraz naruszenia 22a ust. 1, 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust 1 lit. b i ust 2 lit. a oraz § 48 Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie z dnia 10 września 1998 r. (Dz.U. Nr 151, poz. 987) w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp (w sprawie o sygn. akt KIO 2014/17) - rozpoznawane łącznie.

Odwołujący Astaldi oraz Gülermak równolegle zarzucali Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, mające polegać na zaniechaniu wykluczenia z postępowania konsorcjum Energopol, wobec przyjęcia przez Zamawiającego, iż konsorcjum Energopol wykazało swoją zdolność do wykonania zamówienia w zakresie zdolności technicznych, w szczególności zaś w zakresie określonym w pkt 8.6.1. ppkt b) tomu I SIWZ – IDW. Mając na uwadze tożsamość podstawy faktycznej oraz zbieżność podstawy prawnej przedmiotowego zarzutu, poniższe rozważania należy odnieść do argumentacji obu odwołań w tym zakresie.

Izba uznała, iż w niniejszej sprawie nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Odwołujący podnosili, że konsorcjum Energopol nie wykazało spełnienia warunku określonego w pkt 8.6.1 b tomu I SIWZ – Instrukcja dla wykonawców. Zgodnie z tym warunkiem, wykonawca winien wykazać się wykonaniem budowy co najmniej 2 km tunelu w ramach jednego zadania inwestycyjnego (w zakresie infrastruktury kolejowej lub linii metra lub dróg), wykonanego metodą odkrywkową. Odwołujący wskazywali, że

konsorcjum Energopol w ramach robót powołanych na spełnienie przedmiotowego warunku - „Nr Ref.: IP/RŁ/6539/12/16 „Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II. Odcinek Łódź Widzew - Łódź Fabryczna ze stacją Łódź Fabryczna oraz budowa części podziemnej dworca Łódź Fabryczna przeznaczonej dla odprawy i przyjęć pociągów oraz obsługi podróźnych, przebudowa układu drogowego i infrastruktury wokół multimodalnego dworca Łódź Fabryczna - budowa zintegrowanego węzła przesiadkowego nad i pod ul. Węglową” - nie wykonało 2 km tunelu, a jedynie 1720,07 m. Odwołujący argument ten wywodzili z okoliczności, że do długości tunelu nie mogą zostać wliczone długości stacji oraz głowic stacji, co w swojej ofercie uczyniło konsorcjum Energopol.

Na wstępie należy podkreślić, że w niniejszym postępowaniu kwestią kluczową nie była obiektywna, uniwersalna definicja tunelu – czy to oparta o normy ustawowe lub techniczne, czy o cechy semantyczne, a jedynie to, jak rozumiał pojęcie tunelu Zamawiający, jaką definicję tunelu w tym konkretnym postępowaniu przyjął. Definicja ta została wprost wyrażona w ww. odpowiedzi na pytanie nr 522 do SIWZ – Zamawiający określił tunel jako obiekt inżynierski umożliwiający przeprowadzenie linii kolejowej pod powierzchnią terenu. Jednocześnie

w postępowaniu nie była sporną definicja linii kolejowej, jako którą zgodnie z art. 4 pkt 2 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (tj. Dz.U. 2016 poz. 1727), należy rozumieć wyznaczoną przez zarządcę infrastruktury drogę kolejową przystosowaną do prowadzenia ruchu pociągów. Definicję drogi kolejowej zawiera natomiast ww. ustawa podaje w art. 4 pkt. 1a – „droga kolejowa - tor kolejowy albo tory kolejowe wraz z elementami wymienionymi w pkt 2-12 załącznika nr 1 do ustawy, o ile są z nimi funkcjonalnie połączone, niezależnie od tego, czy zarządza nimi ten sam podmiot”. Zgodnie z przedmiotowym załącznikiem nr 1 do ustawy o transporcie kolejowym, pn. „Wykaz elementów infrastruktury kolejowej”: „W skład infrastruktury kolejowej wchodzi następujące elementy, pod warunkiem że tworzą część linii kolejowej, bocznicę kolejowej lub innej drogi kolejowej, lub są przeznaczone do zarządzania nimi, obsługi przewozu osób lub rzeczy, lub ich utrzymania:

(...)

4) obiekty inżynierskie: mosty, wiadukty, przepusty i inne konstrukcje mostowe, tunele, przejścia nad i pod torami, mury oporowe i umocnienia skarp;

5) nastawnie, urządzenia sterowania ruchem kolejowym, w tym urządzenia zabezpieczające, sygnalizacyjne i łącznościowe na szlaku, w stacjach i stacjach rozrządowych, urządzenia służące do wytwarzania, przetwarzania i dystrybucji prądu elektrycznego do celów sygnalizacji i łączności; budynki, w których takie urządzenia lub instalacje się znajdują; przytorowe urządzenia kontroli bezpiecznej jazdy pociągów i wykrywania stanów awaryjnych w przejeżdżającym taborze; hamulce torowe; urządzenia do ogrzewania rozjazdów;

6) *perony wraz z infrastrukturą umożliwiającą dotarcie do nich pasażerom, pieszo lub pojazdem, z drogi publicznej lub dworca kolejowego;*

7) *rampy towarowe, w tym w terminalach towarowych, wraz z drogami dowozu i odwozu towarów do dróg publicznych;*

8) *drogi technologiczne i przejścia wzdłuż torów, mury ogradzające, żywopłoty, ogrodzenia, pasy przeciwpożarowe, zasłony odśnieżne;*

9) *przejazdy kolejowo-drogowe i przejścia w poziomie szyn, w tym urządzenia i systemy służące zapewnieniu bezpieczeństwa ruchu drogowego i pieszego; (...)*”.

Mając na uwadze powyżej powołane definicje, stwierdzić należy, iż w skład linii kolejowej wliczają się również stacje oraz głowice. Wymienione w pkt 6 ww. załącznika perony wraz z infrastrukturą umożliwiającą dotarcie do nich pasażerom niewątpliwie stanowią element stacji – podobnie jak mogą je stanowić przejścia nad i pod torami wymienione w pkt 4 załącznika. Należy również zwrócić uwagę, że zgodnie z powołanymi ww. przepisami droga kolejowa rozumiana jest bardzo szeroko – w jej skład wchodzi również np. drogi technologiczne, rampy towarowe wraz z drogami dowozu i odwozu towarów i inne. Nie sposób zatem wywieść, iż Zamawiający – określając tunel jako obiekt inżynierski pozwalający przeprowadzić linię kolejową pod powierzchnią terenu wyłączył z tej definicji głowice stacji oraz stację. Zapisy SIWZ oraz wyjaśnienia udzielone na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp nie dają podstawy do przyjęcia, aby działanie takie było zamiarem Zamawiającego.

Zgodnie z definicją przyjętą przez Zamawiającego tunel to obiekt inżynierski pozwalający przeprowadzić pod powierzchnią terenu linię kolejową – całą linię, wraz ze wszystkimi jej elementami. Okoliczność, iż w ciągu linii kolejowej znajdują się obiekty takie jak stacja bądź głowice stacji nie wpływa na ocenę, czy obiekt w którym linia ta jest położona stanowi tunel.

W tym miejscu zaznaczyć należy, iż Izba nie zgadza się z podnoszonym przez Odwołujących twierdzeniem, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie wskazał definicji tunelu. W wyjaśnieniach do SIWZ – odpowiedź na pytanie nr 522 Zamawiający wprost wskazał, jak należy rozumieć tunel dla potrzeb przedmiotowego postępowania. Wymaga podkreślenia, że nie budzi wątpliwości, iż informacje przekazane wykonawcom w odpowiedzi na pytania skierowane na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp stają się częścią SIWZ (por. np. wyrok KIO z dnia 15.05.2014 r., sygn. akt 977/13). Nie można też zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego Gülermak, iż przedmiotowa odpowiedź na pytanie wykonawcy stanowiła zmianę SIWZ. Zamawiający dokonał jedynie doprecyzowania pojęcia którym posługiwał się w SIWZ, wobec wątpliwości które w tym zakresie powziął autor pytania do SIWZ, który wskazywał na różne definicje pojęcia tunel w aktach prawnych i innych materiałach, które powołano w SIWZ. Izba nie podziela także podnoszonego w toku rozprawy argumentu, iż przyjęta przez Zamawiającego definicja odnosiła się jedynie do obiektów będących

przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie, nie odnosiła się natomiast do warunków udziału w postępowaniu. Jak słusznie wskazał Zamawiający, przyjęcie takiego założenia jest całkowicie nieuprawnione i skutkowałoby brakiem precyzji SIWZ, co mogłoby doprowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu nie podał definicji tunelu, zaś udzielając odpowiedzi na pytanie nr 522 nie wyłączył możliwości stosowania przyjętej tam definicji tunelu w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu. W sytuacji, gdy Zamawiający formułuje definicje terminu użytego

w SIWZ, w braku odmiennych wskazań, definicję tę należy odnosić do całości SIWZ. Postępowanie takie pozwala na precyzyjne odczytywanie zapisów specyfikacji oraz zachowanie zasady równego traktowania wykonawców. Wykonawca działający w zaufaniu do określonych przez Zamawiającego definicji nie może natomiast ponosić negatywnych konsekwencji ich przyjęcia w ofercie.

Powyższej oceny nie zmieniają powoływane przez Odwołujących definicje wynikające z różnej rangi aktów prawnych. Jak wskazano, w przedmiotowej sprawie definicja tunelu została określona przez Zamawiającego, dlatego bez znaczenia pozostają inne możliwości rozumienia tego terminu, na które powołują się odwołujący. Należy wskazać, że powołane przez Odwołującego Gülermak Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie z dnia 10 września 1998 r. (Dz.U. Nr 151, poz. 987), zgodnie z jego § 1 ust. 1 – *„ustala warunki techniczne, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe oraz ich usytuowanie, przy zachowaniu przepisów Prawa budowlanego, odrębnych ustaw i przepisów szczególnych, a także ustaleń Polskich Norm”*. Odnosi się ono zatem do warunków technicznych budowli kolejowych i powoływane w nim definicje również należy rozpatrywać jedynie w tym kontekście. Pomimo to, warto wskazać iż owo Rozporządzenie nie definiuje wprost tunelu kolejowego. Jednakże nawet gdyby definicję taką zawierało, byłoby to irrelevantne dla rozstrzygnięcia zasadności przedmiotowego zarzutu, bowiem Zamawiający dla potrzeb postępowania przyjął własną definicję tunelu i nawet jej ewentualna odmienność od rozwiązań prawa nie ma znaczenia. Zamawiający – w ramach zachowania zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości – ma swobodę w kształtowaniu zapisów SIWZ. Nie ma zatem przeszkód, by Zamawiający w sposób indywidualny kształtował rozumienie terminów którymi posługuje się w SIWZ, jeżeli tylko zostało to wykonawcom zakomunikowane w sposób przewidziany w ustawie Pzp - co nie było w niniejszej sprawie kwestionowane. Należy przy tym zgodzić się z Zamawiającym, że argumentacja Odwołujących stanowi w zasadzie polemikę z treścią warunku udziału w postępowaniu, nie z prawidłowością oceny spełniania tych warunków przez konsorcjum

Energopol. Odwołujący dowodzą bowiem, że Zamawiający winien inaczej rozumieć warunek określony w pkt 8.6.1.b Tomu I SIWZ.

Zamawiający dla oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum Energopol, w zakresie warunku określonego w pkt. 8.6.1.b Tomu I SIWZ, przyjął definicję tunelu podaną w przekazanej wszystkim wykonawcom odpowiedzi na pytanie nr 522 i zgodnie z tą definicją zasadnie uznał, iż konsorcjum Energopol spełniło ww. warunek udziału w postępowaniu.

Należy dodać, iż przyjęta przez Zamawiającego definicja tunelu kolejowego – pozwalająca na uznanie, iż dla określając długość tunelu należy uwzględnić również głowice i stację – koresponduje z podnoszonym przez Zamawiającego argumentem, że przedmiotowy warunek miał zweryfikować zdolność wykonawcy do wykonania 2 km tunelu w technologii odkrywkowej – niezależnie od założeń konstrukcyjnych, warunków technicznych i normatywnych dotyczącej tunelów kolejowych. Zamawiający dopuszczał bowiem wykazanie się również wykonaniem tunelu drogowego bądź tunelu metra, których specyfika konstrukcyjna oraz funkcjonalna jest odmienna. Zamawiający podnosił również, że do funkcjonalności wykonanych obiektów odnosiły się odrębne warunki udziału w postępowaniu, określone w pkt 8.6.1.d-f Tomu I SIWZ. W ocenie Izby również te okoliczności powołane przez Zamawiającego poświadczają, że w sposób zasadny uwzględnił powołaną przez konsorcjum Energopol robotę referencyjną jako spełniającą wymogi określone w warunku udziału

w postępowaniu z pkt 8.6.1.b. Tomu I SIWZ.

Na ocenę prawidłowości działania Zamawiającego nie może mieć wpływu okoliczność, iż dla stacji Łódź Fabryczna, jej głowic i tunelu wielobranżowego wydane zostały osobne decyzje o pozwoleniu na budowę oraz osobne decyzje o pozwoleniu na użytkowanie. Jak zasadnie podniósł Zamawiający, ww. decyzje nie odnoszą się do definicji tunelu przyjętej przez Zamawiającego dla potrzeb niniejszego postępowania. Ponadto w ocenie Izby należało przyjąć argumentację Zamawiającego, iż odrębność ww. decyzji wynikała z etapowania realizacji inwestycji, Odwołujący nie wykazali okoliczności odmiennej. Również pozostałe powoływane przez Odwołujących dowody oraz okoliczności nie dowodzą, że Zamawiający – przyjmując definicję tunelu kolejowego określoną w odpowiedziach na pytania do SIWZ – niezasadnie uznał spełnianie przez konsorcjum Energopol warunku udziału w postępowaniu - budowy co najmniej 2 km tunelu w ramach jednego zadania inwestycyjnego (w zakresie infrastruktury kolejowej lub linii metra lub dróg), wykonanego metodą odkrywkową.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, jak również art. 22a ust. 1, 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust 1 lit. b i ust. 2 lit a oraz § 48 Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie

warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie z dnia 10 września 1998 r. (Dz.U. Nr 151, poz. 987), gdyż konsorcjum Energopol wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie zaszyły zatem podstawy do wykluczenia tego Wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Przedmiotowy zarzut, jako niezasadny, należało oddalić.

Odwołanie w sprawie KIO 2007/17.

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp – w pozostałym zakresie.

Odwołujący Astaldi zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp uzasadnił również innymi, oprócz powyżej ocenionej przez Izbę, okolicznościami, których nie podnosił Odwołujący Gülermak, wobec czego rozpatrzone one zostały osobno.

Odwołujący Astaldi wywodził, iż członek konsorcjum Energopol – Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. (PBDiM) nie brało rzeczywistego udziału w wykonaniu robót, na które konsorcjum powołało się dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.1.b Tomu I SIWZ, tj. robót pn. *„Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II. Odcinek Łódź Widzew - Łódź Fabryczna ze stacją Łódź Fabryczna oraz budowa części podziemnej dworca Łódź Fabryczna przeznaczonej dla odprawy i przyjęć pociągów oraz obsługi podróżnych, przebudowa układu drogowego i infrastruktury wokół multimodalnego dworca Łódź Fabryczna - budowa zintegrowanego węzła przesiadkowego nad i pod ul. Węglową”*. Odwołujący podnosił, że zamówienie publiczne na wykonanie ww. robót udzielone zostało konsorcjum w skład w którego wchodziły firmy: TORPOL S.A., ASTALDI S.p.A., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., PBDiM Sp. z o.o., jednakże tylko dwie spośród firm tworzących przedmiotowe konsorcjum zostały wyznaczone do faktycznej realizacji tego kontraktu - Torpol S.A. oraz Astaldi S.p.A., które w tym celu zawiązały w dniu 13.11.2012 r. spółkę cywilną NLF. Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego Astaldi, spółka ta była faktycznym wykonawcą robót.

Przedmiotowy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba uznała, że Odwołujący Astaldi nie sprostął ciężarowi dowodu w przedmiotowym zakresie. Bezspornym było w niniejszej sprawie, iż konsorcjum które wybrane zostało do realizacji ww. robót referencyjnych nie było konsorcjum rzeczowym, tj. członkowie konsorcjum nie podzielili pomiędzy siebie wykonywanych części zamówienia. Konsorcjum do wykonania poszczególnych robót miało wybierać podwykonawców, przy czym możliwym było, w sytuacji złożenia przez członka konsorcjum oferty korzystniejszej od ofert podmiotów trzecich, uzyskanie „fizycznego” wykonania części zamówienia. Odwołujący Astaldi podnosił, iż umowy z podwykonawcami zawierała ww. spółka NLF. Jednakże jak wynika z przedłożonych

przez strony dowodów, spółka ta przedmiotowe umowy zawierała w imieniu całego konsorcjum, co więcej – w większości przypadków zawarcie umowy z podwykonawcą, jak również podjęcie jakiegokolwiek czynności przez spółkę NLF poprzedzone było tzw. „ustaleniami wewnętrznymi”, pod którymi podpisywali się wszyscy członkowie konsorcjum – z wyjątkami. Wyjątki te, jak w toku rozprawy wskazał Odwołujący, zazwyczaj dotyczyły braku podpisu Przedsiębiorstwa Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. Co więcej, odwołujący wskazał, że ww. spółka powołana została wobec okoliczności, że po wybraniu przez Zamawiającego oferty złożonej przez konsorcjum, jeden z partnerów nie zgodził się wejść do spółki cywilnej, jaka miała być wykonawcą robót i praktycznie zredukował swój udział w konsorcjum, nie delegował swoich przedstawicieli do zarządu, nie uczestniczył w wykonywaniu robót i zrzekł się płatności. Partnerem tym nie była jednakże spółka PBDiM.

Tak ustalony stan faktyczny nie pozwala na przyjęcie, iż spółka PBDiM nie brała faktycznego udziału w realizacji robót referencyjnych. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego Astaldi, że ww. ustalenia wewnętrzne miały jedynie charakter informacyjny dla pozostałych członków konsorcjum (niewchodzących w skład spółki NLF) i były podejmowane celem zachowania przejrzystości postępowania. Z treści tych ustaleń wynika, iż na ich podstawie członkowie konsorcjum wyrażali zgodę na podjęcie określonych działań przez ww. spółkę, działającą jako pełnomocnik, w ich imieniu i na ich rzecz. Ustalenia te dotyczyły również decyzji dotyczących zatrudnienia personelu – który zatrudniała NLF, jednakże po uprzedniej zgodzie wyrażonej w ustaleniu wewnętrznym. Odwołujący Astaldi w żaden sposób nie dowiódł, iż ustalenia wewnętrzne nie stanowiły elementu decyzyjności leżącego po stronie członków konsorcjum, stanowiącej o ich realnym udziale w wykonaniu przedmiotowego zadania. Przeciwnie, ich charakter wskazuje, iż to spółka NLF pozbawiona była decyzyjności, bowiem jej działania uzależnione były od zgody konsorcjum wyrażonej w ustaleniu wewnętrznym. Odwołujący Astaldi wywodzi, iż decyzję podejmowała spółka NLF, zaś konsorcjanci jedynie ją sygnowali. W sytuacji tej należałoby stwierdzić, że decyzji – jako wyrażenia woli podjęcia określonego działania – nie podejmuje osoba, która podpisuje się pod dokumentem zawierającym oświadczenie woli, a osoba, która dokument ten przygotowała. Ponadto jak wskazano powyżej, spółka NLF działała jako pełnomocnik całego konsorcjum

i działała na jego rzecz. Każdy z członków konsorcjum – w tym także PBDiM - odpowiadał za skutki działań spółki NLF. W sytuacji tej należy przyjąć, iż PBDiM, działająca jako jeden z mocodawców spółki NLF, brała realny udział w procesie decyzyjnym dotyczącym działań tej spółki, zaś Odwołujący Astaldi nie wykazał, żeby było inaczej. Należy dodać, że zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego

wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego (pkt 62 wyroku). W niniejszej sprawie konsorcjum Energopol mogło zatem skutecznie powoływać się na doświadczenie zdobyte przez spółkę PBDiM w ramach konsorcjum realizującego ww. robotę referencyjną. Wkład PBDiM w prowadzenie działań wymaganych od ww. konsorcjum – pozostawanie mocodawcą NLF oraz podejmowanie decyzji dotyczących działań tej spółki w drodze tzw. ustaleń wewnętrznych – był faktyczny i należy uznać go jako odpowiedni dla wykazania się dysponowania wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem.

Odwołujący Astaldi podnosi także, że konsorcjum Energopol podlegało wykluczeniu z postępowania wobec niewykazania dysponowania wymaganym przez Zamawiającego potencjałem kadrowym. Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego, konsorcjum Energopol dla wykazania dysponowania kierownikiem robót w specjalności konstrukcyjno – budowlanej powołało osobę która nie posiadała wymaganego doświadczenia, zaś czynności podjęte przez Zamawiającego i konsorcjum Energopol celem uzupełnienia ww. braku nie powinny być brane pod uwagę. Odwołujący wywodzi, iż uzupełnienie dokumentów pozwalających na wykazanie spełnienia ww. warunku stanowiło naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba przyjęła odmienne, wyłożone poniżej, stanowisko, wobec czego uznała, że konsorcjum Energopol prawidłowo wykazało dysponowanie osobą kierownika robót w specjalności konstrukcyjno – budowlanej, tym samym wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W tym miejscu dodać należy, że wbrew twierdzeniu Odwołującego Astaldi wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 nie wyklucza możliwości zamiany osoby wskazanej w wykazie osób dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wykonawca dysponował tą osobą w składaniu ofert. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w powołanym wyroku wskazał, iż nie jest dopuszczalne aby po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia. Trybunał wskazał, iż takie uzupełnienie dokumentów ma bezpośredni wpływ na kluczowe elementy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż warunkuje samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie, oraz na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy, a zatem jego zdolności do zrealizowania rozpatrywanego zamówienia.

Sprawa do której odnosi się ww. wyrok TSUE dotyczyła powołania się na potencjał osoby trzeciej, w sytuacji gdy z pierwotnej treści oferty wynikało, że wykonawca jest

samodzielnie zdolny do wykonania zamówienia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Trybunał uznał, że taka zmiana dotyczy samej tożsamości wykonawcy oraz jego zdolności do wykonania zamówienia, zatem jest zbyt daleko idąca. Podnoszona przez Odwołującego Astaldi kwestia zamiany jednej z osób powoływanych dla wykazania spełnienia warunku dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym nie wpływa w żaden sposób na tożsamość wykonawcy oraz ocenę jego zdolności do zrealizowania zamówienia. Należy przy tym zauważyć, że zamiany osób na określonych przez Zamawiającego stanowiskach są rzeczą naturalną, niejednokrotnie nieuniknioną (śmierć, choroba), wobec czego nieracjonalnym byłoby uniemożliwianie zamiany tych osób – w tym również w toku postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli wykonawca udowodni, iż dysponował tą osobą w dniu składania ofert. W niniejszej sprawie Konsorcjum Energopol przedłożyło zobowiązanie p. A.Z. do udostępnienia swej osoby na czas realizacji zamówienia opatrzone datą 1.04.2017 r. Termin składania ofert upływał w dniu 7.04.2017 r. Odwołujący Astaldi nie udowodnił, iż konsorcjum Energopol nie dysponowało tą osobą we wskazanym terminie.

Reasumując, należało uznać, że Zamawiający zasadnie przyjął, iż konsorcjum Energopol spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nie zaszły przesłanki wykluczenia ww. wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, wobec czego należało orzec jak na wstępie.

2. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 w z w. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

Odwołujący Astaldi podnosi, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp dokonując w dniu 11.09.2017 r. wezwania konsorcjum Energopol do uzupełnienia Załącznika nr 10 – wykazu osób – w zakresie spełniania warunku dysponowania kierownikiem robót w specjalności konstrukcyjno – budowlanej. Bezprawność tego wezwania w ocenie Odwołującego Astaldi wynikała z faktu, iż konsorcjum Energopol złożyło w tym zakresie oświadczenie celowo wprowadzające zamawiającego w błąd, wobec czego Zamawiający był zobowiązany wykluczyć je z udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazuje również, iż naruszenie ww. przepisów polegało także na wezwaniu konsorcjum Energopol do uzupełnienia Załącznika nr 10 – wykazu osób – w zakresie dysponowania kierownikiem robót w specjalności konstrukcyjno – budowlanej, pomimo samodzielnego uzupełnienia tego dokumentu przez konsorcjum Energopol. Odwołujący podnosi, że działanie Zamawiającego skutkowało umożliwieniem ww. wykonawcy wielokrotnego uzupełniania informacji niezbędnych do wykazania spełniania warunku posiadania odpowiedniego potencjału kadrowego ww. zakresie.

Odwołujący Astaldi podnosi również, iż zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum Energopol, pomimo złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie

doświadczenia osoby wyznaczonej na stanowisko kierownika robót w specjalności konstrukcyjno – budowlanej, p. R.Ż., stanowiło naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

Wskazane powyżej zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. W zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż zgodnie z twierdzeniem Odwołującego Astaldi – przyjętym w orzecznictwie oraz doktrynie jest, że wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w tożsamym zakresie dopuszczalne jest jednokrotnie – pod warunkiem, że wezwanie jest precyzyjne i konkretne. Jednakże nie wpływa to na ocenę prawidłowości działania Zamawiającego w przedmiotowym zakresie, bowiem skierował on do konsorcjum Energopol tylko jedno wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – z dnia 11.09.2017 r. Wezwania z dni 30.08.2017 r., 5.09.2017 r. i 6.09.2017 r. stanowiły wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W rezultacie tych wyjaśnień, Zamawiający doszedł do przekonania, że p. R.Ż. nie posiada wymaganego doświadczenia i dopiero wtedy, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał, pismem z dnia 11.09.2017 r. do wykazania dysponowaniem osobą Kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej spełniającej wymagania zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu określonym w pkt 8.6.2 lit. a IDW, poprzez złożenie Załącznika nr 10 – tj. wykazu osób. Zamawiający wskazał przy tym, że dokumenty załączone do wyjaśnień konsorcjum Energopol z dnia 06.09.2017 r. dotyczące p. A.Z. nie były oceniane, gdyż zostały złożone bez wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Konsorcjum Energopol w odpowiedzi z dnia 13.09.2017 r. złożyło wskazane w wezwaniu dokumenty, które były identyczne, jak dokumenty złożone samodzielnie wraz z pismem z dnia 06.09.2017 r.

Poddając ocenie ww. działania Zamawiającego, należy mieć na uwadze, że normy art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp nie odnoszą się do sytuacji samodzielnego złożenia przez wykonawcę dokumentów niezbędnych dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bez wezwania zamawiającego. Wobec tego zamawiający podejmując działania w stosunku do tak uzupełnionej oferty winien kierować się zasadami określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przede wszystkim zaś zasadą równego traktowania wykonawców. W niniejszej sprawie Zamawiający wprost wskazał, że nie bierze on pod uwagę dokumentów przedłożonych przez wykonawcę bez wezwania, do czego był uprawniony. Zamawiający jako gospodarz postępowania, w zakresie który nie jest regulowany ustawą, z poszanowaniem zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ma prawo do kształtowania przebiegu postępowania w sposób, jaki uzna za najbardziej właściwy do doprowadzenia do zgodnego z ustawą Pzp udzielenia zamówienia publicznego. Wymaga podkreślenia, że w sytuacji gdyby Zamawiający w ramach ekonomiki postępowania uznał samodzielne uzupełnienie dokumentów przez konsorcjum Energopol, sytuacja tego wykonawcy nie

zmieniłaby się, bowiem dokumenty przedłożone samodzielnie były identyczne z dokumentami złożonymi na wezwanie Zamawiającego. Konsorcjum Energopol nie dostało zatem kolejnej, dodatkowej szansy na uzupełnienie wymaganych dokumentów. Należy zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu pierwsze uzupełnienie dokumentów przez Konsorcjum Energopol w ww. zakresie nastąpiło w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, skierowane na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Ponadto dodać należy, że przyjęcie, iż uzupełnienie dokumentów przez wykonawcę bez wezwania zamawiającego wyłącza możliwość wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, skutkowałoby pozbawieniem zamawiającego uprawnień wprost przyznanych mu w ustawie Pzp. Po raz kolejny Izba pragnie podkreślić, że działanie zamawiającego w sytuacji samodzielnego złożenia dokumentów nie może spowodować naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu nie sposób jednak uznać, że w badanym przez Izbę zakresie do takiego naruszenia doszło. Konsorcjum Energopol zostało jednokrotnie wezwane do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w ww. zakresie. Przedłożone przezeń dokumenty w ocenie Zamawiającego potwierdziły spełnianie tych warunków. Zamawiający nie umożliwił Konsorcjum Energopol ponownego przedkładania dokumentów na tę samą okoliczność, wobec czego Izba uznała, że nie doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Odwołujący Astaldi twierdzi, że wezwania kierowane do Konsorcjum Astaldi na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp były nieuprawnione także dlatego, że wykonawca ten podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp. Powołane przepisy stanowią, że wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykonawca, *„który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów”* (pkt 16) oraz wykonawca *„który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”* (pkt 17).

Analizując zaistnienie przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 16 należy zauważyć, że posługuje się ona zwrotem w formie dokonanej – *„wprowadził w błąd”*, zatem podstawą wykluczenia w błąd nie może być sama próba bądź zamiar wprowadzenia zamawiającego w błąd, a jedynie faktyczne wywołanie u Zamawiającego mylnego wyobrażenia o faktach dotyczących kwestii podlegania wykluczeniu wykonawcy, spełnienia

warunków udziału lub kryteriów selekcji. W niniejszej sprawie Zamawiający powziął wątpliwości co do doświadczenia p. R.Ż., skierował do konsorcjum Energopol wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i na podstawie udzielonych wyjaśnień uznał, że doświadczenie ww. osoby nie pozwala na uznanie spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający na żadnym etapie postępowania nie miał zatem mylnego wyobrażenia o spełnianiu przez konsorcjum Energopol warunków udziału w postępowaniu. Tym samym, należało uznać, że nie było podstaw do wykluczenia konsorcjum Energopol z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, bowiem nie wprowadziło ono Zamawiającego w błąd.

Ustawodawca odmiennie ukształtował przesłankę wykluczenia wykonawcy wyrażoną w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp – dla jej zaistnienia wystarczające jest samo przedstawienie (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacji „wprowadzających w błąd” zamawiającego, które to informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Z powyższego wynika, że po stronie zamawiającego nie musi powstać mylne wyobrażenie o faktach, na skutek przedstawionych przez wykonawcę informacji, wystarczającym jest, iż takie wyobrażenie mogło powstać. Istotna jest zatem sama treść informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło.

Niemniej jednak w ocenie Izby w niniejszej sprawie w odniesieniu do konsorcjum Energopol również ta przesłanka wykluczenia z postępowania nie zaistniała. Dla wypełnienia znamion tej przesłanki konieczne jest, ażeby przedstawienie ww. informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy. W przedmiotowej sprawie nie ma podstaw by przypisać te cechy działaniu konsorcjum Energopol. Wskazują na to wyjaśnienia konsorcjum Energopol z dnia 6.09.2017 r., w których wskazano, że działał on w przekonaniu, że obiekty na które się powoływał dla wykazania doświadczenia p. R.Ż. spełniają wymagania postawione przez Zamawiającego. Konsorcjum Energopol powołało się przy tym na rozumienie stacji podziemnej, które zgodnie z wyjaśnieniami oparte było na brzmieniu ustawy o transporcie kolejowym. Należy zauważyć również, że Zamawiający w wezwaniu z dnia 5.09.2017 r. do wyjaśnień w ww. zakresie zwrócił się o informację „*na jakiej podstawie Wykonawca twierdzi że w miejscowościach Wolin oraz Międzyzdroje znajdują się podziemne przystanki posiadające co najmniej 2 tory?*”. Treść tego wezwania wskazuje na to, iż Zamawiający nie przesądzał na tym etapie, że przedstawione przez konsorcjum Energopol nie pozwalają na uznanie, że spełnia on warunki w postępowaniu. Zwrócić uwagę należy, że przedstawienie przez konsorcjum Energopol ww. informacji nie wynikało z niedbalstwa lub lekkomyślności, a z błędu interpretacyjnego w zakresie opisu warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ. Zamawiający na potrzeby przedmiotowego postępowania nie wskazywał definicji „stacji podziemnej”, wykonawca mógł wobec powyższego powziąć wątpliwości interpretacyjne w zakresie tego terminu. Izba podziela

przyjęty pogląd, że wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji nieprawidłowego sporządzenia przez zamawiającego SIWZ. Izba nie przesądza, czy w niniejszej sprawie SIWZ był sporządzony w sposób prawidłowy, jednakże powyżej wskazaną zasadę należy odnieść również do uzasadnionych wątpliwości i rozbieżności, które mogą być wywołane nieostrością zapisów SIWZ. W sytuacji gdy zaistnieje realna wątpliwość interpretacyjna odnośnie zapisów SIWZ, zamawiający powinien umożliwić wykonawcy naprawienie wynikłego z niej błędu – z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców – i dopuścić do złożenia wyjaśnień oraz odpowiednich dokumentów. W niniejszej sprawie sytuacja taka zaistniała, wobec czego nie można uznać, że przedstawienie przez konsorcjum Energopol ww. informacji dotyczących p. R.Ż. było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, że wskazane okoliczności nie mogły stanowić przesłanki do wykluczenia konsorcjum Energopol z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Odwołujący Astaldi zarzucał także, że konsorcjum Energopol wprowadziło w błąd Zamawiającego również poprzez powołanie się na długość tunelu uwzględniającą stację oraz jej głowice a także poprzez powoływanie się na doświadczenie zdobyte przez PBDiM w ramach konsorcjum realizującego zadanie referencyjne – którego w ocenie Odwołującego faktycznie nie nabyła. Mając na uwadze poczynione powyżej ustalenia, należy uznać, że zarzuty te są bezprzedmiotowe. Jak Izba ustaliła, konsorcjum Energopol wykazało spełnianie warunku określonego pkt 8.6.2.1b Tomu I SIWZ, natomiast spółka PBDiM jest uprawniona do wykazywania się doświadczeniem zdobytym w ramach robót referencyjnych.

Reasumując, Izba ustaliła, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 w z w. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jak również naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, wobec czego powyższe zarzuty jako bezzasadne należało oddalić.

3. Zarzuty: naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe zarzuty odwołania miały charakter posiłkowy oraz uzależnione były od zarzutów rozpatrzonych powyżej. Wobec uznania przez Izbę, że wykonawca konsorcjum Energopol nie podlegał wykluczeniu ze względu na okoliczności powołane w odwołaniu, brak jest podstaw dla uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Konsekwentnie, skoro brak jest podstaw uznania ww. oferty za odrzuconą, bezpodstawnym jest zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, brak było bowiem przeszkód dla uznania oferty Konsorcjum Energopol za najkorzystniejszą i dokonania jej wyboru. Podobnie, wobec powiązania naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z pozostałymi naruszeniami wskazanymi

w odwołaniu, w sytuacji stwierdzenia przez Izbę braku tych naruszeń, nie ma podstaw dla przyjęcia, że naruszone zostały zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie w sprawie KIO 2014/17.

Poprzedzając analizę zasadności odwołania wniesionego przez Odwołującego Gülermak (w pozostałym zakresie – rozważania dotyczące zarzutu pierwszego odwołania zawarte zostały powyżej) – odnieść się należy do twierdzeń podnoszonych przez Zamawiającego i Przystępującego Energopol, iż Odwołujący nie posiadał interesu we wniesieniu przedmiotowego odwołania.

Izba nie podzieliła tego stanowiska, uznając, że Odwołujący Gülermak posiadał interes we wniesieniu odwołania w niniejszej sprawie.

Uprawnienie do wniesienia odwołania w sytuacji, w której jego uwzględnienie skutkować może unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia zostało potwierdzone zarówno przez orzecznictwo krajowe, jak również orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. TSUE wskazuje, że *„W sytuacji takiej bowiem, każdy z konkurentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty”* (pkt 33 wyroku z dnia 4.07.2013 r. w sprawie C-100/12). Stanowisko to pośrednio znalazło kontynuację w wyroku z dnia 5.04.2016 r. w sprawie C-689/13, w którym w pkt 27 Trybunał uznał, że *„W takiej sytuacji każdy z dwóch oferentów ma interes w uzyskaniu odnośnego zamówienia. Po pierwsze wykluczenie jednego z oferentów może bowiem doprowadzić do tego, że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałyby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie”*. Z powołanych orzeczeń wprost wynika, iż odwołujący może legitymować się interesem polegającym na dążeniu do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Z kolei do terminu *„dane zamówienie”*, którym posłużył się w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca, a w oparciu o który Zamawiający buduje argumentację dotyczącą niemożności dążenia do unieważnienia postępowania przez odwołującego, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej odniósł się w wyroku z dnia 11.05.2017 r. w sprawie C-131/16. W orzeczeniu tym Trybunał stwierdził, że *„pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66, może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”*.

W związku z powyższym należało uznać, Odwołującemu przysługuje prawo negocjowania wyboru oferty innego wykonawcy oraz zaniechania odrzucenia oferty kolejnego

wykonawcy, gdyby miało to skutkować unieważnieniem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

1. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący Gülermak podnosi, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Energopol i konsorcjum Astaldi do złożenia wyjaśnień w zakresie cen ujętych w pozycji 8.2 Rozbicia Cenowego Oferty, chociaż ich oferta w tym zakresie była zbliżona do oferty Odwołującego, w stosunku do którego Zamawiający czynność taką podjął.

Odnosząc się do zarzutu, w pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający nie kierował do Odwołującego wezwania w którym wskazywałby konkretnie na pozycję 8.2 RCO. Pismem z dnia 28.04.2017 r., stanowiącym przedmiotowe wezwanie, Zamawiający zwrócił się o złożenie wyjaśnień w zakresie ogólnej ceny oferty, ze szczególnym uwzględnieniem pozycji 8 RCO, a także 3 innych pozycji RCO. Okoliczność ta nie pozwala na przyjęcie, że Zamawiający nie wzywał o wyjaśnienie pozycji 8.2 RCO. Truizmem jest bowiem twierdzenie, że przy braku odmiennego wskazania Odwołujący zobowiązany był do wyjaśnień w zakresie całej pozycji 8 RCO, w tym również pozycji 8.2. Jednakże okoliczność ta wskazuje, że wątpliwości Zamawiającego w zakresie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami za zaoferowaną cenę dotyczyły całej pozycji 8 oraz innych pozycji RCO, nie tylko pozycji 8.2. Nie ulega również wątpliwości i nie było sporne pomiędzy stronami, iż Zamawiający był zobowiązany do wezwania Odwołującego Gülermak do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wobec ziszczenia się przesłanek określonych w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. Obowiązek sformułowany w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp nie zaktualizował się natomiast w odniesieniu do wykonawców konsorcjum Energopol oraz konsorcjum Astaldi. W tej sytuacji, obowiązek wezwania do wyjaśnień mógłby powstać jedynie w sytuacji określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – to jest w wypadku gdy zaoferowana cena lub jej istotne części składowe wydałyby się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i wzbudziłyby wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami przez niego określonymi lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Izba stoi na stanowisku, że ww. obowiązek nie jest całkowicie uznaniowy – tj. należy przyjąć, iż mogą zaistnieć okoliczności w obliczu których Zamawiający winien jest te wątpliwości powziąć. Jednakże w niniejszej sprawie w odniesieniu do ofert konsorcjum Energopol i konsorcjum Astaldi sytuacja taka nie zaistniała, z całą pewnością też nie wykazał tego Odwołujący. Sama okoliczność dotycząca różnic cen w poz. 8.2 RCO nie pozwala na przyjęcie, że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości o których mowa w art. 90 ust. 1

ustawy Pzp. W odniesieniu do oferty Odwołującego wątpliwości te wywołała całość cen wskazanych w pozycji 8 RCO, a także w innych pozycjach rozбивcia. Nie można również zgodzić się ze twierdzeniem Odwołującego, iż skoro Zamawiający przyjął jego wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, to winien ceny jego oferty oraz ich realność odnieść do ofert ww. wykonawców. Twierdzenie to oparte jest na fałszywej przesłance – Zamawiający bowiem nie badał czy Odwołujący wykazał prawidłowość wyliczenia ceny oferty – uprzednio bowiem odrzucił tę ofertę wobec jej niezgodności z SIWZ.

Zamawiający nie powziął wątpliwości w zakresie cen zaoferowanych przez konsorcjum Energopol i konsorcjum Astaldi, nie zaistniały również okoliczności które pozwalałyby na uznanie, iż wątpliwości takie winien był powziąć, wobec czego zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać za bezpodstawny.

Art. 90 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy sytuacji, w której wykonawca zostaje wezwany na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnień w zakresie prawidłowości wyliczenia ceny. Wobec powyższego, zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, wobec braku wezwania konsorcjum Energopol i konsorcjum Astaldi przez Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp również należy uznać za bezpodstawny.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 w zw. z art. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący Gülermak zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. art. 7 ustawy Pzp mające polegać na zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjów Energopol i Astaldi jako niezgodnych z SIWZ, wywodząc to twierdzenie z okoliczności, iż cena wskazana przez ww. wykonawców w pozycji 8 RCO wskazuje na założenie wykonania robót, których pozycja ta dotyczy, w technologii innej niż przewidziana w SIWZ. Odwołujący wskazuje, iż jego oferta na tej właśnie podstawie została odrzucona.

Zamawiający skierował do Odwołującego, a także do konsorcjów Astaldi i Energopol, wezwanie do wyjaśnień w zakresie technologii przyjętej dla wykonania robót określonych w pkt 8 RCO. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Odwołujący potwierdził, że przyjął inną technologię wykonania robót niż przewidziana w SIWZ, co pozwoliło mu na znaczące obniżenie kosztów. W konsekwencji Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z SIWZ. Czynność tę Odwołujący Gülermak zaskarżył do Krajowej Izby Odwoławczej, która wyrokiem z dnia 25.08.2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1563/17 oddaliła odwołanie, stwierdzając prawidłowość działania Zamawiającego.

Rozpatrując przedmiotowy zarzuty należy zwrócić uwagę, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, bowiem ten wprost przyznał, iż przyjął inną technologię wykonania zamówienia niż określona w SIWZ – inaczej niż konsorcjum Energopol oraz konsorcjum Astaldi, do których skierowano wezwania do wyjaśnień w tym samym zakresie. Wskazani wykonawcy potwierdzili, że przyjęli technologie zgodnie z wymogami SIWZ, Zamawiający uznał ich wyjaśnienia za wiarygodne, gdyż nie miał podstaw dla odmiennej oceny.

Odwołujący

z kolei wywodzi twierdzenie o przyjęciu przez ww. wykonawców technologii niezgodnej z SIWZ jedynie w oparciu o ceny jakie zaoferowali oni za wykonanie przedmiotowych robót, nie wykazując jednocześnie, że wyjaśnienia konsorcjum Energopol z dnia 14.07.2017 r. i wyjaśnienia konsorcjum Astaldi z dnia 13.07.2017 r. w tym zakresie zawierały twierdzenia niezgodne z prawdą. Zamawiający nie miał podstaw do nieuznania, że ww. wykonawcy nie wykazali zgodności ofert z SIWZ. Okoliczność, iż jak wskazuje Odwołujący, ww. wykonawcy „przepisali” wykaz zawarty w PFU niczego nie dowodzi – należy bowiem uznać, że racjonalnym jest działanie wykonawcy który dla wykazania zgodności oferty z PFU powołuje się na jego zapisy.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp pozostał nieudowodniony, wobec czego niemożliwym było stwierdzenie ww. naruszenia ustawy.

Odwołujący Gülermak zarzuca także Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, mające polegać na zaniechaniu odrzucenia ofert konsorcjum Energopol oraz konsorcjum Astaldi pomimo, iż oferty te zawierały rażąco niską cenę.

Izba uznała, iż zarzut ten – wobec wykazania powyższej bezzasadności zarzutu zaniechania wezwania ww. wykonawców do wyjaśnień cen ofert na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać za bezpodstawny. Jak bowiem jest przyjętym w orzecznictwie, nie jest możliwym skuteczne postawienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w sytuacji braku wezwania wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Powołać w tym miejscu należy zachowujący aktualność w obecnym stanie prawnym wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C-295/89, w którym Trybunał wskazał, że *„Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305 z dnia 26 lipca 1971 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzenia przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień”*. Wykluczenie całkowicie dyskrecjonalnej decyzji o odrzuceniu oferty oraz konieczność umożliwienia wykonawcy wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny wynika również z aktualnie obowiązujących przepisów - art. 90 ust.1 ustawy Pzp oraz art. 69 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE. Z kolei art. 69 ust. 3 Dyrektywy wprost stanowi, iż instytucja zamawiająca może *„odrzuć ofertę wyłącznie w przypadku, gdy dostarczone dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów, biorąc pod uwagę elementy, o których mowa w ust. 2”*. Nie jest

zatem możliwym na gruncie obowiązujących przepisów odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp bez uprzedniego wezwania wykonawcy do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe ustalenia, Izba uznała ww. zarzut za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w treści odwołania Odwołujący odniósł do zaoferowania przez konsorcja Energopol i Astaldi rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie sprecyzował przy tym, do którego z czynów nieuczciwej konkurencji stypizowanych w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503) odnosi złożenie ofert przez ww. Wykonawców. Dokonał tego w piśmie z dnia 13.10.2017 r., w którym wskazał, że zaniżenie przez ww. Wykonawców cen w jego ocenie stanowi praktykę określaną pojęciem dumpingu i wypełnia ona dyspozycję art. 15 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, według której *„Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców”*.

Zgodnie z przyjętą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający odrzucając ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zobowiązany jest określić, znamiona którego z czynów nieuczciwej konkurencji określonych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wypełnia działania wykonawcy. Po stronie zamawiającego leży również ciężar udowodnienia, że złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji (por. np. wyroki KIO: z dnia 13.08.2012 r. w sprawie KIO 1603/12, dnia 11.04.2016 r., z dnia 27.09.2016 r. w sprawie KIO 1712/16, z dnia 13.03.2017 r. w sprawie KIO 340/17). W postępowaniu odwoławczym zatem, odwołujący dla wykazania naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp powinien również wskazać przepis ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowiło, którego naruszenie stanowiło złożenie kwestionowanej oferty.

Odwołujący w niniejszej sprawie wskazał jedynie, iż oferty Konsorcjum Astaldi i Konsorcjum Energopol zawierały rażąco niską cenę, co z kolei stanowić miało tzw. dumping, tj. czyn określony w art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia, iż oferty ww. wykonawców zawierały rażąco niską cenę (o czym powyżej), a tym bardziej, że ich złożenie stanowiło czy nieuczciwej konkurencji. Odwołujący twierdząc, że nastąpiło naruszenie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i wywodząc z tego skutki prawne, zobowiązany był okoliczność tę udowodnić. Jednakże, pomimo obowiązku wynikającego z treści art. 6 kodeksu cywilnego i art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący nie wykazał popełnienia przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji, a jego twierdzenia w tym zakresie nie zostały poparte żadnymi dowodami. Mając to na uwadze, jak również okoliczność, iż stwierdzono bezzasadność zarzutu naruszenia art. 89

ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, należało uznać iż powiązany zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....