

Sygn. akt: KIO 2281/18  
Sygn. akt: KIO 2286/18  
Sygn. akt: KIO 2291/18

**WYROK**  
**z dnia 11 grudnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Emilia Garbala  
Danuta Dziubińska  
Dagmara Gałczewska-Romek

**Protokolant:** Klaudia Ceyrowska  
Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2018 r., 22 listopada 2018 r., 23 listopada 2018 r. i 5 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 5 listopada 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **China Railway 14<sup>th</sup> Bureau Group Co., Ltd., Tiejian Building A, 2666, Aoti West Road, 250101 Jinan, Chiny oraz Polbud-Pomorze Sp. z o.o., Łącko 18, 88-170 Pakość** (KIO 2281/18)

B.w dniu 5 listopada 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A Kobyłarnia 8, 86-061 Brzoza oraz Prywatna Spółka Akcyjna „Zrzeszenie Budowlane Interbudmontaż” ul. T. Strokacha, budynek 1, 03148 Kijów, Ukraina** (KIO 2286/18),

C.w dniu 5 listopada 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Salini Impregilo S.p.A, via dei Missaglia 97, 00142 Mediolan, Włochy oraz Salini Polska Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa** (KIO 2291/18)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice,**  
przy udziale:

1. wykonawcy TOTO S.p.A. Construzioni Generali, Viale Abruzzo 410, 66100 Chieti, Włochy, zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych:
  - o sygn. akt KIO 2281/18 po stronie zamawiającego,
  - o sygn. akt KIO 2286/18 po stronie zamawiającego,
  - o sygn. akt KIO 2291/18 po stronie zamawiającego,
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: China Railway 14<sup>th</sup> Bureau Group Co., Ltd. Tiejian Building A, 2666, Aoti West Road, 250101 Jinan, Chiny oraz Polbud-Pomorze Sp. z o.o., Łącko 18, 88-170 Pakość, zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych:
  - o sygn. akt KIO 2286/18 po stronie odwołującego,
  - o sygn. akt KIO 2291/18 po stronie odwołującego,
3. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 32-400 Zawiercie oraz Stecol Corporation, 4-2101, 2 Rongyuan Road, Huayuan Industrial Area, Tianjin, Chiny zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych:
  - o sygn. akt KIO 2281/18 po stronie zamawiającego,
  - o sygn. akt KIO 2286/18 po stronie odwołującego,
  - o sygn. akt KIO 2291/18 po stronie odwołującego,
4. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A., Kobyłarnia 8, 86-061 Brzoza oraz Prywatną Spółka Akcyjna „Zrzeszenie Budowlane Interbudmontaż”, ul. T. Strokacha, budynek 1, 03148 Kijów, Ukraina, zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych:
  - o sygn. akt KIO 2281/18 po stronie zamawiającego,
  - o sygn. akt KIO 2291/18 po stronie odwołującego,
5. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Salini Impregilo S.p.A. via dei Missaglia 97, 00142 Mediolan, Włochy oraz Salini Polska Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych: - o sygn. akt KIO 2281/18 po stronie zamawiającego,
  - o sygn. akt KIO 2286/18 po stronie zamawiającego,
6. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa oraz Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A., ul. Marii Skłodowskiej-Curie 76, 59-301 Lubin zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2286/18 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1.1. uwzględnia odwołanie o sygn. akt: KIO 2281/18 w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 91 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. poprzez niezasadne przyznanie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie Salini Impregilo S.p.A. via dei Missaglia 97, 00142 Mediolan, Włochy oraz Salini Polska Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa, 3 punktów za doświadczenie p. J. M. oraz poprzez zaniechanie wykluczenia ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie za wprowadzenie w błąd zamawiającego w odniesieniu do doświadczenia p. J. M.,
- 1.2. uwzględnia odwołanie o sygn. akt: KIO 2286/18 w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. poprzez niezasadne przyznanie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie: Salini Impregilo S.p.A. via dei Missaglia 97, 00142 Mediolan, Włochy oraz Salini Polska Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa, 3 punktów za doświadczenia p. J. M.,
- 1.3. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 2291/18 w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy TOTO S.p.A. Construzioni Generali, Viale Abruzzo 410, 66100 Chieti, Włochy, za wprowadzenie zamawiającego w błąd w odniesieniu do doświadczenia p. L. S. i p. F. T.,
- 1.4. w wyniku uwzględnienia ww. odwołań nakazuje zamawiającemu:
  - unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TOTO S.p.A. Construzioni Generali, Viale

Abruzzo 410, 66100 Chieti, Włochy,

- wykluczenie wykonawcy TOTO S.p.A. Construzioni Generali, Viale Abruzzo 410, 66100 Chieti, Włochy, z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Salini Impregilo S.p.A. via dei Missaglia 97, 00142 Mediolan, Włochy oraz Salini Polska Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

1.5.w pozostałym zakresie oddala odwołania o sygn. akt KIO 2281/18, KIO 2286/18 oraz KIO 2291/18.

1.6.umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2286/18 w zakresie cofniętych zarzutów, tj.: zarzutu nr 4 dotyczącego dokumentów złożonych przez TOTO dla podmiotu trzeciego Zakład Usługowo Projektowy MOSTEX T. S., zarzutu nr 7 dotyczącego zaniechania wezwania Salini do wykazania, że w dalszym ciągu dysponuje osobą p. J. M., oraz zarzutu nr 9, 10 i 11 dotyczących zaniechania wykluczenia wykonawców: Salini, PORR i Metrostav na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp i zaniechania odrzucenia ofert tych wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

1.7.umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2291/18 w zakresie cofniętych zarzutów, tj. zarzutów nr II.1,4,5,6 i 7, które dotyczyły wykazania przez TOTO sytuacji finansowej, wykazania przez TOTO niezalegania z podatkami, zaangażowania personelu wskazanego przez TOTO w realizację innych inwestycji, kwestii wyjaśniania oferty TOTO oraz doświadczenia p. M. R. P. .

3.w sprawie o sygn. akt KIO 2281/18 kosztami postępowania obciąża wnoszącego sprzeciw:Salini Impregilo S.p.A. via dei Missaglia 97, 00142 Mediolan, Włochy oraz Salini Polska Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa, i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: China Railway 14<sup>th</sup> Bureau Group Co., Ltd. Tiejian Building A, 2666, Aoti West Road, 250101 Jinan, Chiny oraz Polbud-Pomorze Sp. z o.o., Łącko 18, 88-170 Pakość, tytułem wpisu od odwołania,

3.2.zasądza od wnoszącego sprzeciw: Salini Impregilo S.p.A. via dei Missaglia 97, 00142 Mediolan, Włochy oraz Salini Polska Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa, na rzecz odwołującego China Railway 14<sup>th</sup> Bureau Group Co., Ltd. Tiejian Building A, 2666, Aoti West Road, 250101 Jinan, Chiny oraz Polbud-Pomorze Sp. z o.o., Łącko 18, 88-170 Pakość, kwotę **25 104 zł 02 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy sto cztery złote dwa grosze), z tytułu kosztów wpisu od odwołania, kosztów pełnomocnika i kosztów dojazdu,

3.3.zasądza od wnoszącego sprzeciw: Salini Impregilo S.p.A. via dei Missaglia 97, 00142 Mediolan, Włochy oraz Salini Polska Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa, na rzecz zamawiającego Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), z tytułu kosztów pełnomocnika.

4.w sprawie o sygn. akt KIO 2286/18 kosztami postępowania obciąża wnoszącego sprzeciw: Salini Impregilo S.p.A. via dei Missaglia 97, 00142 Mediolan, Włochy oraz Salini Polska Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa, i:

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A., Kobyłarnia 8, 86-061 Brzoza oraz Prywatna Spółka Akcyjna „Zrzeszenie Budowlane Interbudmontaż”, ul. T. Strokacha, budynek 1, 03148 Kijów, Ukraina, tytułem wpisu od odwołania,

4.2.zasądza od wnoszącego sprzeciw: Salini Impregilo S.p.A. via dei Missaglia 97, 00142 Mediolan, Włochy oraz Salini Polska Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa, na rzecz odwołującego: MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18 96-100 Skierniewice oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A., Kobyłarnia 86-061 Brzoza oraz Prywatna Spółka Akcyjna „Zrzeszenie Budowlane Interbudmontaż”, ul. T. Strokacha, budynek 1, 03148 Kijów, Ukraina, kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu kosztów wpisu od odwołania oraz kosztów pełnomocnika.

4.3.zasądza od wnoszącego sprzeciw: Salini Impregilo S.p.A. via dei Missaglia 97, 00142 Mediolan, Włochy oraz Salini Polska Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa, na rzecz zamawiającego Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), z tytułu kosztów pełnomocnika.

5.w sprawie o sygn. akt KIO 2291/18 kosztami postępowania obciąża wnoszącego sprzeciw: TOTO S.p.A. Construzioni Generali, Viale Abruzzo 410, 66100 Chieti, Włochy, i:

5.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Salini Impregilo S.p.A. via dei Missaglia 97, 00142 Mediolan, Włochy oraz Salini Polska Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

5.2.zasądza od wnoszącego sprzeciw: TOTO S.p.A. Construzioni Generali, Viale Abruzzo 410, 66100 Chieti, Włochy, na rzecz odwołującego: Salini Impregilo S.p.A. via dei Missaglia 97, 00142 Mediolan, Włochy oraz Salini Polska Sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa, kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu kosztów wpisu od odwołania oraz kosztów pełnomocnika.

5.3.zasądza od wnoszącego sprzeciw: TOTO S.p.A. Construzioni Generali, Viale Abruzzo 410, 66100 Chieti, Włochy, na rzecz zamawiającego: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), z tytułu kosztów pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący: .....

.....  
.....

Sygn. akt KIO 2281/18

Sygn. akt KIO 2286/18

Sygn. akt KIO 2291/18

UZASADNIENIE

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Budowa drogi ekspresowej S1 (dawnej S 69) Bielsko-Biała – Żywiec - Zwadron, odcinek Przybiedza-Miłówka (obejście Węgierskiej Górki)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 stycznia 2017 r., nr 2018/S 011-020020. W postępowaniu złożonych zostało 7 ofert. W dniu 24 października 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TOTO S.p.A. Construzioni Generali, Viale Abruzzo 410, 66100 Chieti, Włochy (dalej: „TOTO”). Ponadto zamawiający podał wyniki oceny ofert, z których wynikało, że na kolejnych miejscach w klasyfikacji ofert znalazły się odpowiednio:

- 2) oferta konsorcjum Salini Impregilo S.p.A. z siedzibą we Włoszech oraz Salini Polska Spz o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Salini”),
- 3) oferta konsorcjum MIRBUD S.A. w Skierniewicach, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. siedzibą w Kobylni oraz Prywatna Spółka Akcyjna „Zrzeszenie budowlane Interbudmontaż” z siedzibą na Ukrainie (dalej: „Mirbud”),
- 4) oferta konsorcjum Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor z siedzibą w Zawierciu oraz Stecol Corporation z siedzibą w Chinach (dalej: „Intercor”),
- 5) oferta konsorcjum China Railway 14th Bureau Group Co. z siedzibą w Chinach oraz Polbud-Pomorze Sp. z o.o. z siedzibą w Łącku (dalej: „China Railway”),
- 6) oferta konsorcjum Metrostav Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Metrostav a.s. z siedzibą w Czechach,
- 7) oferta konsorcjum PORR S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A. w siedzibą w Lubinie.

W dniu 5 listopada 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania wniesione przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: China Railway 14th Bureau Group Co., Ltd., Tiejian Building A, 2666, Aoti West Road, 250101 Jinan, Chiny oraz Polbud-Pomorze Sp. z o.o., Łącko 18, 88-170 Pakość (KIO 2281/18)

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A., Kobylnia 8, 86-061 Brzoza oraz Prywatna Spółka Akcyjna „Zrzeszenie budowlane Interbudmontaż”, ul. T. Strokacha, budynek 1, 03148 Kijów, Ukraina (KIO 2286/18),

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Salini Impregilo S.p.A., via dei Missaglia 97, 00142 Mediolan, Włochy oraz Salini Polska sp. z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa (KIO 2291/18).

#### **Ad. A. Odwołanie konsorcjum China Railway (sygn. akt KIO 2281/18)**

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

##### Zarzuty dotyczące oferty wykonawcy TOTO:

4.1. art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie wykluczenia TOTO z Postępowania, pomimo faktu, iż względem TOTO spełniła się przesłanka wykluczenia opisana we wskazanym przepisie, tj. TOTO winien jest poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, podważającego jego uczciwość, polegającego na nienależytym wykonaniu m.in. zamówienia pn. Budowa drogi ekspresowej S-5 Poznań - Wrocław odcinek Poznań (A2, w. Głuchowo)- Wronczyn (umowa nr GDDKiA/O-PO/R-2/116/2013), dla którego zamawiającym jest również Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, poprzez:

- 1) wielokrotne niedokonywanie przez TOTO płatności wymagalnych należności na rzecz podwykonawców, dalszych podwykonawców, usługodawców i dostawców, skutkujące w szczególności koniecznością wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty na rzecz tych podmiotów przez Zamawiającego oraz dochodzenia przez te podmioty zapłaty od TOTO na drodze sądowej;
- 2) wielomiesięczne uchylanie się przez TOTO od obowiązku przedkładania Zamawiającemu kontraktu S-5 wymaganych dokumentów dotyczących wypłat wynagrodzenia na rzecz ww. podmiotów;
- 3) składanie Zamawiającemu kontraktu S-5 niezgodnych z prawdą oświadczeń o braku zaległości w płatnościach na rzecz ww. podmiotów;

4.2. art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia TOTO z Postępowania, pomimo faktu, iż TOTO naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne i posiada oraz posiadał na etapie składania ofert zaległości podatkowe z tego tytułu w znacznej wysokości;

4.3. ewentualnie: art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia TOTO z Postępowania, mimo wydanego wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;

4.4. art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia TOTO z Postępowania, pomimo faktu, iż względem TOTO spełniła się przesłanka wykluczenia opisana we wskazanym przepisie, tj. TOTO winien jest poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, podważającego jego uczciwość, polegającego na zaniechaniu regulowania należności podatkowych wynikających z prowadzonej przez TOTO działalności gospodarczej;

4.5. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia TOTO z Postępowania, pomimo faktu, iż TOTO w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z Postępowania i zataił informacje w przedmiocie zachodzących względem TOTO przesłanek wykluczenia z Postępowania:

- 1) przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, tj. z uwagi na zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych przez TOTO przy realizacji kontraktu S-5;
- 2) przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp, tj. z uwagi na naruszenie przez TOTO obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;

4.6. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy TOTO w sytuacji, gdy oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w Postępowaniu;

##### Zarzuty dotyczące oferty wykonawcy Salini:

4.7. art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp w zw. z art. 24 ust. 8 Pzp w zw. z art. 24 ust. 10 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Salini z Postępowania w sytuacji, w której:

- a) podmiot trzeci udostępniający zasoby w postaci potencjału kadrowego na rzecz Salini - Mosty Katowice sp. z o.o.;

- b)p. M. B., będący Członkiem Zarządu (z prawem do jednoosobowej reprezentacji) oraz wspólnikiem Mosty Katowice sp. z o.o.;
- c)p. C. P., będący Członkiem Zarządu (z prawem do jednoosobowej reprezentacji) oraz wspólnikiem Mosty Katowice sp. z o.o. i wskazany w ofercie Salini na stanowisko Głównego Projektanta Tunelu;
- d)p. J. G., udostępniony na stanowisko Głównego Projektanta Mostowego,

brali udział w przygotowaniu Postępowania na rzecz Zamawiającego, zaś:

- przedstawione w ofercie Salini wyjaśnienia oraz okoliczności faktyczne sprawy nie dowodzą, iż udział ww. podmiotów i osób w przygotowaniu Postępowania nie spowodował zakłócenia konkurencji;
- zaistniałe wskutek zaangażowania ww. podmiotów i osób zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób aniżeli poprzez wykluczenie Salini z Postępowania;

4.8. art. 24 ust. 10 Pzp w zw. z art. 96 ust. 1 pkt 7 lit. a) Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie zamieszczenia przez Zamawiającego w protokole Postępowania informacji na temat przyczyn, dla których uznał on brak podstaw dla wykluczenia Salini z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp oraz informacji na temat sposobu zapewnienia konkurencji;

4.9. ewentualnie: art. 24 ust. 10 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Salini do złożenia dodatkowych wyjaśnień i dowodów potwierdzających, iż udział Mosty Katowice sp. z o.o. oraz osób wskazanych w treści oferty Salini jako biorące udział w przygotowaniu Postępowania nie zakłóci konkurencji;

4.10. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Salini z Postępowania, pomimo faktu, iż Salini w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp poprzez wskazanie, że Mosty Katowice sp. z o.o. (oraz jego pracownicy wymienieni w treści oferty Salini) nie uczestniczył w etapie przygotowania oferty przez Salini;

4.11. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez Salini niezgodnie z przyjętymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, wyrażające się przyznaniem Salini zawyżonej liczby punktów w ramach Podkryterium organizacyjnego - „Personel Wykonawcy” - Dyrektor Kontraktu-Przedstawiciel Wykonawcy i Podkryterium organizacyjnego - „Personel Wykonawcy” - Kierownik Budowy, podczas gdy:

- a)p. M. M., wskazany na stanowisko Dyrektora Kontraktu- Przedstawiciela Wykonawcy, nie zajmował stanowiska określonego w pkt. 19.1.2.2. ppkt 2a) lit. i IDW , od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, na obydwu zadaniach wskazanych na potrzeby punktacji oferty w ramach ww. Podkryterium, tj.:

- zadaniu 1 - Przebudowa Autostrady A4 „Dresdner Heide” Drezno- Zgorzelec, Niemcy;
- zadaniu 2 - Rozbudowa (budowa) drogi krajowej 3115 z rondem w miejscowości Lubben, Niemcy;

- b)p. J. M., wskazany na stanowisko Kierownika Budowy, nie zajmował stanowiska określonego w pkt. 19.1.2.2. ppkt 2a) lit. ii IDW, w ramach zadania 2 wskazanego na potrzeby punktacji oferty w ramach ww. Podkryterium, tj. zadania Przebudowa drogi krajowej nr 7 do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Grójec-Białobrzegi od km 418+546 do km 436+380, od rozpoczęcia robót;

4.12. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Salini z Postępowania, podczas gdy przedstawił on, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, w ofercie informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, poprzez podanie nieprawdziwych informacji na temat doświadczenia uzyskanego przez członków personelu wykonawcy wskazanych na stanowiska Dyrektora Kontraktu-Przedstawiciela Wykonawcy oraz Kierownika Budowy;

4.13. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Salini w sytuacji, gdy oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w Postępowaniu;

#### Zarzuty dotyczące oferty wykonawcy MIRBUD:

4.14. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez MIRBUD niezgodnie z przyjętymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, wyrażające się przyznaniem MIRBUD zawyżonej liczby punktów w ramach Podkryterium organizacyjnego - „Personel Wykonawcy” - Kierownik Robót Mostowych budowy Tunelu, podczas gdy p. A. B., wskazany na stanowisko Kierownika Robót Mostowych budowy Tunelu, nie zajmował stanowiska określonego w pkt. 19.1.2.2. ppkt 2a) lit. iii IDW, w ramach zadania 2 wskazanego na potrzeby punktacji oferty w ramach ww. Podkryterium, tj. zadania Autostrada A9 Pyhrn - „Borsrucktunnel”/Austria, od rozpoczęcia robót do wykonania zadania;

4.15. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy MIRBUD z Postępowania, podczas gdy przedstawił on, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, w ofercie informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, poprzez podanie nieprawdziwych informacji na temat doświadczenia uzyskanego przez członka personelu wskazanego na stanowisko Kierownika Robót Mostowych budowy Tunelu, odnośnie:

- a)zadania 1 - „Beskidzki” Tunel kolejowy/Ukraina;
- b)zadania 2 - Autostrada A9 Pyhrn - „Borsrucktunnel”/Austria;

4.16. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MIRBUD w sytuacji, gdy oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w Postępowaniu;

#### Zarzuty dotyczące oferty wykonawcy Intercor:

4.17. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez Intercor niezgodnie z przyjętymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, wyrażające się przyznaniem Intercor zawyżonej liczby punktów w ramach Podkryterium organizacyjnego - „Personel Wykonawcy” - Kierownik Budowy, podczas gdy p. K. K. wskazany na to stanowisko, nie zajmował stanowiska określonego w pkt. 19.1.2.2. ppkt 2a) lit. ii IDW, od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na obydwu zadaniach wskazanych na potrzeby punktacji oferty w ramach ww. Podkryterium, tj.:

- a)zadania 1 - Budowa drogi ekspresowej S17, odcinek Kurów-Lublin-Piaski. Zadanie nr 5: Rozbudowa drogi ekspresowej nr 17 (12) na odcinku Lublin (Węzeł Witosy)-Piaski (początek obwodnicy) od 616-616-630+400. Zadanie nr 5a: Budowa ul. „projektowanej” odcinek od Al. Witosy (wraz z węzłem) w Lublinie do Al. Lotników Polskich w Świdniku;
- b)zadania 2 - Zaprojektowanie i wykonanie Obwodnicy Augustowa w ciągu drogi krajowej nr 8 (na odcinku od węzła

Augustów do węzła Szkocja) i drogi ekspresowej S-61 (na odcinku od węzła Szkocja do węzła Lotnisko;

4.18. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Intercor z Postępowania, podczas gdy przedstawił on, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, w ofercie informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, poprzez podanie nieprawdziwych informacji na temat doświadczenia uzyskanego przez członka personelu wskazanego na stanowisko Kierownika Budowy, odnośnie:

a) zadania 1 - Budowa drogi ekspresowej S17, odcinek Kurów-Lublin-Piaski. Zadanie nr 5: Rozbudowa drogi ekspresowej nr 17 (12) na odcinku Lublin (Węzeł Witosza)-Piaski (początek obwodnicy) od 616-616-630+400. Zadanie nr 5a: Budowa ul. „projektowanej” odcinek od Al. Witosza (wraz z węzłem) w Lublinie do Al. Lotników Polskich w Świdniku;

b) zadania 2 - Zaprojektowanie i wykonanie Obwodnicy Augustowa w ciągu drogi krajowej nr 8 (na odcinku od węzła Augustów do węzła Szkocja) i drogi ekspresowej S-61 (na odcinku od węzła Szkocja do węzła Lotnisko;

4.19. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Intercor w sytuacji, gdy oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w Postępowaniu;

#### Zarzuty dotyczące oferty Odwołującego:

4.20. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez Odwołującego niezgodnie z przyjętymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, wyrażające się przyznaniem Odwołującemu zaniżonej liczby punktów w ramach Podkryterium organizacyjnego - „Personel Wykonawcy” - Główny Projektant Tunelu, tj. 0 pkt zamiast 3 pkt, z tytułu doświadczenia członka personelu wskazanego na ww. stanowisko uzyskanego w ramach:

a) zadania 2 - Przebudowa drogi SS.508 Val Sarentino Km 3000-7,800;

b) zadania 3 - Korekta Doliny Sarentino SS.508 Km 3000-7,800;

podczas gdy:

- zgodnie z brzmieniem pkt. 19.1.2.2. ppkt 2a) lit. iv IDW, wymogiem przyznania punktacji w ramach ww. Podkryterium jest „doświadczenie przy opracowaniu dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego....”;
- dla przyznania punktacji niezbędnym jest zatem, aby dokumentacja projektowa, przy której opracowaniu doświadczenie uzyskał członek personelu, składała się co najmniej z projektu budowlanego;
- podstawą dla przyznania punktacji jest także wykonanie projektów wykonawczych w przypadku, gdy całość dokumentacji projektowej zadania składa się również projektu budowlanego;
- dokumentacja projektowa wskazana dla zadania 2 i zadania 3 składała się z projektu budowlanego, a zatem opisane przez Odwołującego w ofercie doświadczenie członka personelu stanowiło podstawę dla skutecznego przyznania punktacji w ramach ww. podkryterium;

4.21. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasady przejrzystości, polegające na zaniechaniu przyznania Odwołującemu punktacji w ramach Podkryterium organizacyjnego - „Personel Wykonawcy” - Główny Projektant Tunelu, tj. 0 pkt zamiast 3 pkt, pomimo przyznania punktacji w ramach Podkryterium innym wykonawcom, znajdującym się w analogicznej do Odwołującego sytuacji faktycznej;

4.22. ewentualnie: art. 7 ust. 1 Pzp poprzez obciążenie Odwołującego negatywnymi konsekwencjami niejednoznaczności dokumentacji przetargowej w zakresie sformułowania treści Podkryterium organizacyjnego - „Personel Wykonawcy” - Główny Projektant Tunelu i zaniechanie przyznania Odwołującemu punktacji w ramach ww. Podkryterium, pomimo obowiązku rozstrzygnięcia wątpliwości co do treści SIWZ na korzyść wykonawcy;

4.23. ewentualnie: art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania w sytuacji, w której jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

#### W konsekwencji powyższych zarzutów nadto odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie:

4.24. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez uznanie oferty TOTO za ofertę najkorzystniejszą, podczas gdy w rzeczywistości oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu;

4.25. art. 7 ust. 3 Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp”.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

#### 1.[UZASADNIENIE ZARZUTÓW DOTYCZĄCYCH OFERTY WYKONAWCY TOTO]

1) Zarzuty dotyczące zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych - brak dokonywania płatności na rzecz podwykonawców, dalszych podwykonawców, usługodawców i dostawców oraz składanie niezgodnych z rzeczywistością oświadczeń o braku zaległości w płatnościach na rzecz tych podmiotów

7.1. Wykonawca TOTO, ubiegający się o uzyskanie zamówienia w niniejszym Postępowaniu, którego oferta została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, aktualnie realizuje - również na rzecz Zamawiającego - zadanie pn. Budowa drogi ekspresowej S-5 Poznań - Wrocław odcinek Poznań (A2, w. Gluchowo) - Wronczyn (kontrakt S-5). Zadanie to powierzone zostało TOTO na podstawie umowy z dnia 30 lipca 2015 r. nr GDDKiA/O-PO/R-2/116/2013, zawartej pomiędzy Zamawiającym a konsorcjum: TOTO S.p.A. Costruzioni Generali i Vianini Lavori S.p.A. (dla którego Liderem jest TOTO).

7.2. Odwołujący podnosi, że wedle powszechnie dostępnych informacji (potwierdzanych również oświadczeniami Zamawiającego), jak również na podstawie danych pozyskanych przez samego Odwołującego - w którym to zakresie stosowne dowody zostaną przedstawione przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego - przedmiotowy kontrakt S-5 nie jest realizowany prawidłowo przez TOTO i zachodzą w tym zakresie daleko idące znaczące nieprawidłowości, polegające w szczególności na tym, że:

a) TOTO wielokrotnie nie dokonywał i nie dokonuje do chwili obecnej płatności na rzecz podwykonawców, dalszych podwykonawców, dostawców i usługodawców zaangażowanych w związku z realizacją kontraktu S-5 - co stanowi naruszenie w szczególności Subklauzuli 4.4 Warunków Szczególnych kontraktu S-5 oraz art. 143a ust. 1 i 2 Pzp i zgodnie z art. 143c ust. 7 Pzp stanowi przesłankę odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego;

b) skutkami braku dokonywania płatności powyższych należności przez TOTO jest w szczególności:

- konieczność regulowania tych należności bezpośrednio przez samego Zamawiającego - wedle informacji posiadanych przez Odwołującego, zakres kwotowy dotychczasowych bezpośrednich wypłat dokonywanych przez Zamawiającego na rzecz ww. podmiotów z pominięciem TOTO wynosi już kilkanaście-kilkadziesiąt milionów złotych;
- dochodzenie przez część ww. podmiotów zapłaty należnego im wynagrodzenia przez TOTO na drodze sądowej - wedle informacji posiadanych przy tym przez Odwołującego, co istotne, sądy rozpoznające

sprawy tych podmiotów wydawały przeciwko TOTO nakazy zapłaty: zarówno w trybie upominawczym, jak i w trybie nakazowym;

- c) TOTO przez znaczny okres czasu uchylał się od przedkładania Zamawiającemu wymaganych dokumentów dotyczących wypłat wynagrodzenia na rzecz ww. podmiotów - co stanowi naruszenie w szczególności Subklauzuli 14.3 Warunków Szczególnych kontraktu S-5 oraz art. 143a ust. 1 i 2 Pzp;
- d) TOTO nadto składał Zamawiającemu kontraktu S-5 niezgodne z rzeczywistością oświadczenia o braku zaległości w płatnościach na rzecz ww. podmiotów, celem ubiegania się o wydanie Przejściowego Świadczenia Płatności - co również stanowi o naruszeniu w szczególności Subklauzuli 14.3 Warunków Szczególnych kontraktu S-5 oraz art. 143a ust. 1 i 2 Pzp, jak również; (...)

7.9. Mając powyższe na uwadze, prawidłową czynnością Zamawiającego w niniejszej sprawie powinno być wykluczenie TOTO z Postępowania w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Odwołujący podkreśla przy tym, że każda z ww. okoliczności osobno, tj. zarówno sam brak dokonywania wymaganych płatności na rzecz podwykonawców, dostawców i usługodawców, jak również uchylanie się od przedkładania dokumentacji na temat tych płatności, a także same niezgodne z rzeczywistością oświadczenia TOTO względem Zamawiającego odnośnie braku zaległości wobec takich podmiotów, celem ubiegania się o wydanie Przejściowego Świadczenia Płatności, stanowią - z osobna - naruszenie obowiązków zawodowych podlegające uwzględnieniu jako podstawa zastosowania wobec TOTO sankcji wykluczenia z niniejszego Postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Pomimo jednak, jak wskazano powyżej, wiedzy Zamawiającego na temat opisanych przesłanek skutkujących koniecznością wykluczenia TOTO z Postępowania, Zamawiającego takiej czynności - w sposób bezprawny - zaniechał. (...)

2) Zarzuty dotyczące zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych oraz wykluczenia z uwagi na naruszenie obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek (dalej: należności publicznoprawnych)

7.13. Podkreślić bowiem należy, że z informacji pozyskanych przez Odwołującego wynika, że:

- a) TOTO posiada zaległości w płatnościach ww. należności publicznoprawnych na łączną kwotę 1.783.170.75 zł (z czego sama należność główna wynosi 1.634.362 zł);
- b) zaległości te dotyczą okresów płatności przypadających w 2018 r., zarówno przed terminem, jak i po terminie składania ofert i istniały zarówno:
  - w terminie składania ofert, kiedy to TOTO w swoim JEDZ złożył oświadczenie, iż „nie dopuścił się naruszenia swoich obowiązków dotyczących płatności podatków [składek na ubezpieczenie społeczne], zarówno w państwie, w którym ma siedzibę, jak i w państwie członkowskim instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego, jeżeli jest ono inne niż państwo siedziby” (str. 17-18 oferty TOTO);
- c) w związku z brakiem zapłaty wskazanych należności, Drugi Mazowiecki Urząd Skarbowy w Warszawie wszczął wobec TOTO postępowanie egzekucyjne - w szczególności w tym celu Urząd Skarbowy na początku października 2018 r. skierował do Zamawiającego pismo odnośnie zajęcia wierzytelności przysługujących TOTO. Podkreślić należy, że pismo w tym przedmiocie (skierowane do Oddziału Zamawiającego w Poznaniu) Zamawiający otrzymał krótko przed datą dokonania wyboru oferty TOTO jako najkorzystniejszej. Zamawiający dysponował zatem na etapie weryfikacji oferty TOTO kompletem informacji stanowiących podstawę dla zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp i wykluczenia TOTO z Postępowania.

7.15. Odwołujący podnosi przy tym, że dla oceny, czy wobec TOTO zachodzi wskazana przesłanka wykluczenia, bez znaczenia pozostaje to, że:

- a) ww. zaległości powstały na terenie Polski, tj. nie w kraju siedziby TOTO, zaś TOTO przedłożył w toku Postępowania zaświadczenie z włoskiego urzędu skarbowego o braku zaległości podatkowych; Przede wszystkim bowiem, treść art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp nie przewiduje w tym zakresie żadnego zawężenia terytorialnego oceny zaistnienia zaległości jedynie do kraju siedziby wykonawcy. Konieczność uwzględnienia w kontekście ww. przesłanki wykluczenia zaległości powstałych zarówno w kraju siedziby wykonawcy, jak i kraju siedziby zamawiającego, potwierdza przy tym treść formularza JEDZ, który jednoznacznie odnosi się zarówno do zaległości powstałych w kraju siedziby danego wykonawcy, jak i kraju zamawiającego. Koresponduje to również z treścią art. 57 ust. 2 dyrektywy klasycznej.

Podkreślić przy tym należy, że w przypadku ww. przesłanki wykluczenia brak wywiązywania się z obowiązku płacenia podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne wynikać może ze stosownego środka dowodowego, którym dysponuje zamawiający, jednak nie musi to być wyrok sądu lub decyzja administracyjna (tak np. Izba w wyroku z dnia 26 marca 2018 r., KIO 463/18). Zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp wobec wykonawcy nie wyłącza również fakt istnienia sporu pomiędzy nim a organem podatkowym bądź ZUS - za wystarczającą podstawę należy uznać wystąpienie zaległości, która nie została uregulowana na dzień składania oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego każda zaległość w płaceniu podatków lub składek ubezpieczeniowych rodzi skutek w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania.

- b) ww. zaległości i postępowanie egzekucyjne dotyczą TOTO S.p.A. Costruzioni Generali S.A. Oddział w Polsce, będącego oddziałem TOTO jako przedsiębiorcy zagranicznego na terytorium RP.

Zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa Sądu Najwyższego, jakkolwiek oddział zagranicznej osoby prawnej jest wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie częścią działalności gospodarczej wykonywanej przez tę osobę prawną poza siedzibą tej osoby lub głównym miejscem wykonywania działalności, o tyle takie wyodrębnienie i samodzielną organizacyjną pojawiającą się w kilku płaszczyznach nie jest równoznaczne w żaden sposób z przyznaniem oddziałowi zdolności prawnej czy sądowej na gruncie polskiego prawa w omawianym zakresie. Takimi zdolnościami dysponuje bowiem jedynie zagraniczna osoba prawna (zagraniczny przedsiębiorca) jako całość (tak np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2013 r., I CSK 769/12; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2015 r., I CSK 669/14).

Powyższe stanowisko nie ulega zmianie na gruncie przepisów podatkowych, w świetle których oddział przedsiębiorcy zagranicznego, jak i sam przedsiębiorca zagraniczny są uznawane za jednego i tego samego podatnika, a oddział stanowi jedynie część składową przedsiębiorcy zagranicznego.

Tym samym, wszelkie zaległości publicznoprawne obciążające TOTO S.p.A. Costruzioni Generali S.A. Oddział w Polsce należy uznać za równoznaczne z zaległościami TOTO S.p.A. Costruzioni Generali (TOTO), za które spółka ta ponosi odpowiedzialność i z których tytułu winna ona podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp.

7.16. Niezależnie od powyższego, z daleko posuniętej ostrożności - w przypadku, gdyby w toku postępowania odwoławczego ustalono, że wobec TOTO został wydany prawomocny wyrok sądu lub ostateczna decyzja administracyjna o zaleganiu z uiszczeniem ww. należności publicznoprawnych - Odwołujący w tym miejscu nadto

podnosi zarzut ewentualny naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 15 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia TOTO z Postępowania w opisanych powyżej okolicznościach faktycznych, skutkujących ziszczeniem się ww. obligatoryjnej przesłanki wykluczenia.

7.17. Ponadto opisane wyżej okoliczności faktyczne związane z wystąpieniem po stronie TOTO zaległości w płatnościach należności publicznoprawnych należy również rozpatrywać w kontekście zastosowania wobec TOTO przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, tj. zawinonego przez TOTO poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, podważającego jego uczciwość.

### 3) Zarzuty dotyczące wprowadzenia Zamawiającego w błąd. (...)

7.20. W przedmiotowym zakresie wskazać bowiem należy na następujące okoliczności:

a) Po pierwsze: TOTO zaniechał podania w swojej ofercie informacji na temat zachodzących wobec niego okoliczności skutkujących wykluczeniem z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp i art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp, a wręcz - w odpowiedzi na jednoznaczne pytania zamieszczone w tym zakresie w formularzu JEDZ odnośnie tego, czy:

- wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków w państwie swojej siedziby lub państwie zamawiającego;

- wykonawca jest winien poważnego naruszenia obowiązków zawodowych;

TOTO złożył również jednoznaczne oświadczenia o tym, że takowe przesłanki wobec niego nie zachodzą (str. 17-18 i 21 oferty TOTO). (...)

b) Po drugie, podanie przez TOTO powyższych nieprawdziwych informacji nastąpiło niewątpliwie wskutek zamierzonego działania TOTO lub jego rażącego niedbalstwa. (...)

### 2.[UZASADNIENIE ZARZUTÓW DOTYCZĄCYCH OFERTY WYKONAWCY SALINI]

#### 1) Zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Salini z uwagi na zakłócenia konkurencji wywołanego udziałem w przygotowaniu Postępowania

8.1. Zgodnie z treścią oferty Salini, podmiot ten - w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu - polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych spółki pod firmą Mosty Katowice sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (str. 12 oferty Salini - JEDZ Salini Impregilo S.p.A., str. 21 oferty Salini - JEDZ Salini Polska sp. z o.o.). Do oferty Salini dołączone zostało w tym zakresie w szczególności:

a) zobowiązanie Mosty Katowice

b) JEDZ Mosty Katowice;

c) odpis z Krajowego Rejestru Sądowego dot. Mosty Katowice;

8.2. Jak wynika zaś z ww. dokumentów załączonych do oferty Salini, udostępnienie zasobów Mosty Katowice na rzecz Salini obejmuje w szczególności (str. 50-51 oferty Salini):

a) udostępnienie osoby proponowanej w ofercie Salini na stanowisko Głównego Projektanta Tunelu - w osobie p. C. P., będącego jednocześnie (zgodnie z przedłożonym z ofertą Salini odpisem z KRS Mosty Katowice) jednym z dwóch Członków Zarządu tej spółki (z prawem do jednoosobowej reprezentacji) i jednym z dwóch jej wspólników; (...)

b) udostępnienie osoby proponowanej na stanowisko Głównego Projektanta Mostowego (dla pozostałych obiektów inżynierskich - w osobie p. J. G. (...))

8.3. Dokumentacja w przedmiotowym zakresie, tj. zobowiązanie Mosty Katowice i JEDZ Mosty Katowice zostały przy tym podpisane przez p. M. B., będącego (zgodnie z załączonym do oferty Salini odpisem z KRS Mosty Katowice) - drugim (obok ww. p. C. P.) Członkiem Zarządu oraz wspólnikiem Mosty Katowice.

8.4. W związku z powyższym wskazać należy, że wszystkie ww. osoby, tj.:

a) p. M. B.;

b) p. C. P.;

c) p. J. G.;

d) jak również sam podmiot Mosty Katowice (jako kontrahent Zamawiającego),

uczestniczyli w sporządzeniu dokumentacji projektowej dla niniejszego Postępowania na rzecz Zamawiającego, a tym samym uczestniczyli w przygotowaniu Postępowania na rzecz Zamawiającego. (...)

8.5. W świetle powyższych informacji wskazać należy, że opisana sytuacja faktyczna - tj. udział zaangażowanego przez wykonawcę Salini podmiotu trzeciego oraz jego wszystkich wspólników i Członków Zarządu (a zatem osób decydujących o polityce spółki, w tym zwłaszcza polityce finansowej względem kontrahentów, przygotowywaniu ofert współpracy etc. oraz zaciągających w jej imieniu zobowiązania finansowe) i kluczowych pracowników - w przygotowaniu Postępowania po stronie Zamawiającego, wypełnia przesłanki zastosowania wobec Salini sankcji wykluczenia przewidzianej w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp. (...)

8.7. (...) Podkreślić bowiem należy, że osoby wykonujące dokumentację projektową dla niniejszego zadania posiadają - niedostępną innym podmiotom - wiedzę na temat:

- uwarunkowań realizacji niniejszego zamówienia - geologicznych, technologicznych, organizacyjnych i innych;

- możliwości optymalizacji określonych rozwiązań budowlanych - niniejsze zamówienie realizowane będzie w formule „Projektuj i Buduj”, polegającej wszakże na tym, że, wykonawca może przeprowadzić optymalizację oraz dokonywać zmian rozwiązań projektowych przedstawionych w projektach budowlanych opracowanych dla niniejszego zamówienia i udostępnionych wykonawcy przez Zamawiającego (str. 7 PFU). Tym samym wiedza posiadana przez projektantów obejmuje również wiadomości na temat tego, w jakim zakresie i w jaki sposób możliwe jest przeprowadzenie optymalizacji rozwiązań zamieszczonych w opracowanej dla Zamawiającego dokumentacji projektowej - taka wiedza przekłada się natomiast bezpośrednio na możliwość zaoferowania niższej ceny w Postępowaniu (albowiem wykonawca wie, że będzie mógł zastosować określone, tańsze rozwiązania, czego nie mogą wiedzieć inni wykonawcy) czy też skrócenia terminu realizacji zamówienia;

- obliczeń, jakie należy wykonać, aby zaprojektować roboty w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

Co istotne, tego rodzaju informacje nie są zamieszczane w projekcie budowlanym udostępnianym wykonawcom ani w SIWZ, albowiem stanowią one know-how twórców dokumentacji projektowej i wynik prac, których efektem zewnętrznym jest w szczególności projekt budowlany. Co ważne - Zamawiający nie pozyskał lub nie podał pozostałym uczestnikom Postępowania ww. danych, co mogłoby stanowić argument za ochroną uczciwej konkurencji i zachowania zasady równości. (...)

### 2) Zarzuty dotyczące wprowadzenia Zamawiającego w błąd. (...)

8.15. W świetle przywołanych wyżej okoliczności faktycznych, przedstawionych szerzej w szczególności w pkt. 8.9-8.10 niniejszego odwołania za informacje nieprawdziwe, dotyczące braku podstaw wykluczenia Salini, należy uznać informacje zamieszczone w treści oferty Salini (JEDZ Mosty Katowice) w przedmiocie tego, jakoby Mosty Katowice oraz jego pracownicy wymienieni w treści oferty Salini nie uczestniczyli w etapie przygotowania oferty przez Salini. (...)

3) Zarzuty dotyczące nieprawidłowej oceny oferty Salini w ramach Podkryterium organizacyjnego - „Personel Wykonawcy” - Dyrektor Kontraktu-Przedstawiciel Wykonawcy i Podkryterium organizacyjnego - „Personel Wykonawcy” - Kierownik Budowy oraz wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zakresie punktowanego doświadczenia członków personelu Salini (...)

8.19. W złożonej ofercie, w Formularzu 2.2 - Kryteria Pozacenowe, na potrzeby uzyskania punktacji w ramach ww. Podkryterium, Salini wskazał:

a) do pełnienia funkcji na stanowisku Dyrektor Kontraktu - Przedstawiciel Wykonawcy - p. M. M. (...)

b) do pełnienia funkcji na stanowisku Kierownika Budowy - p. J. M. (...)

8.20. W oparciu o powyższe informacje, Zamawiający przyznał Salini punktację w ramach omawianego Podkryterium, przyznając Salini za ww. doświadczenie p. M. M. - 3 pkt, a za doświadczenie p. J. M. - łącznie 3 pkt. Uzasadniając przyznaną punktację Zamawiający podał, że „Wykonawca w odniesieniu do osoby proponowanej na wymienioną funkcję wskazał zadania, które potwierdzają, w ramach ww. podkryterium, spełnianie wymagań określonych w SIWZ”.

8.21. Tymczasem, z informacji publicznych uzyskanych przez Odwołującego (w którym to zakresie stosowne dowody zostaną przedstawione przez Odwołującego na rozprawie), wynika, że:

a) p. M. M. przy realizacji obydwu ww. inwestycji, wbrew oświadczeniu złożonemu przez Salini w treści oferty, nie sprawował wskazanej funkcji Kierownika Budowy (ani innej funkcji wymienionej w pkt. 19.1.2.2. ppkt 2a) lit. i IDW) od rozpoczęcia robót do wykonania zadania. A zatem p. M. M. nie posiada, wbrew oświadczeniu Salini, punktowanego doświadczenia przy realizacji wskazywanych zadań w podawanym przez Salini zakresie.

b) p. J. M. przy realizacji ww. zadania 2 (Przebudowa drogi krajowej nr 7 do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Grójec-Białobrzegi od km 418+546 do km 436+380) nie sprawował funkcji Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 4 km i Kierownika Budowy od rozpoczęcia robót, lecz objął pierwszą z tych funkcji aż 8 miesięcy po rozpoczęciu robót, zaś drugą z nich - zaledwie 1 dzień przed wystawieniem Świadcstwa Przejęcia Robót. Zgodnie bowiem z informacjami udostępnionymi Odwołującemu w tym zakresie przez samego Zamawiającego:

- datą rozpoczęcia robót dla ww. zadania był 14.11.2007 r.;

- datą wystawienia Świadcstwa Przejęcia Robót był 04.09.2009 r.;

- p. J. M. pełnił funkcję Kierownika Robót Drogowych od 14.07.2008 r., zaś od 03.09.2009 r. objął funkcję Kierownika Budowy; (...)

8.23. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, przyznanie przez Zamawiającego punktacji za doświadczenie p. M. M. oraz za doświadczenie p. J. M. uzyskane w ramach zadania 2, było działaniem nieuprawnionym i niezgodnym z przyjętymi przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert.

8.24. Niezależnie jednak od tego, Odwołujący podnosi przede wszystkim, że opisane wyżej okoliczności faktyczne winny prowadzić do wykluczenia Salini z niniejszego Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wyklucza wykonawcę, 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. (...)

#### 9. [ZARZUTY DOTYCZĄCE OFERTY WYKONAWCY MIRBUD]

9.1. Zgodnie z pkt. 19.1.2.2. ppkt 2a) lit. iii IDW, Zamawiający przewidział, iż w ramach Podkryterium organizacyjnego - „Personel Wykonawcy” - Kierownik Robót Mostowych budowy Tunelu, będzie punktował doświadczenie uzyskane przez osobę wskazaną na to stanowisko, uzyskane „przy realizacji zadania obejmującego budowę metodą górniczą lub tarczową tunelu drogowego od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Mostowych budowy Tunelu lub Inspektora Nadzoru Robót Mostowych budowy Tunelu”: (...)

9.2. W złożonej ofercie, w Formularzu 2.2 - Kryteria Pozacenowe, na potrzeby uzyskania punktacji w ramach ww. Podkryterium, MIRBUD wskazał do pełnienia funkcji na stanowisku Kierownika Robót Mostowych budowy Tunelu osobą p. A. B., dla którego przedstawił następujące informacje na temat jego podlegającego punktowaniu doświadczenia (str. 8-9 oferty MIRBUD): (...)

9.4. Tymczasem, z informacji publicznych uzyskanych przez Odwołującego (w którym to zakresie stosowne dowody zostaną przedstawione przez Odwołującego na rozprawie), wynika, że:

a) w zakresie zadania 1 - „Beskidzki” Tunel kolejowy / Ukraina:

- p. A. B. podczas realizacji wskazanego zadania nie pełnił stanowiska, które podał wykonawca MIRBUD, tzn. stanowiska Inspektora Robót Mostowych budowy tunelu, ani też nie zajmował żadnego z pozostałych stanowisk wskazanych w pkt. 19.1.2.2. ppkt 2a) lit. iii IDW, które byłyby zgodne z wymaganiami Zamawiającego, tj. ani stanowiska Kierownika Budowy, ani Kierownika Robót Mostowych budowy tunelu - nadto, p. B. nie był zaangażowany w sam proces realizacji robót w ramach wskazanego zadania;

b) w zakresie zadania 2 - Autostrada A9 Pyhrn - „Borsrucktunnel” / Austria - podczas realizacji tej inwestycji p. B. także nie pełnił wskazanej w pkt. 19.1.2.2. ppkt 2a) lit. iii IDW funkcji od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, wbrew temu co oświadczył MIRBUD w treści oferty.

9.5. W świetle przytoczonych okoliczności faktycznych, Odwołujący podnosi, że Zamawiający - wobec przedstawienia przez MIRBUD w treści oferty informacji niezgodnych z rzeczywistością - winien był zastosować wobec MIRBUD sankcję wykluczenia z Postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, czego jednak Zamawiający nieprawidłowo zaniechał w niniejszej sprawie. (...)

#### 10. [UZASADNIENIE ZARZUTÓW DOTYCZĄCYCH OFERTY WYKONAWCY INTERCOR]

(...) 10.2. W złożonej ofercie, w Formularzu 2.2 - Kryteria Pozacenowe, na potrzeby uzyskania punktacji w ramach ww. Podkryterium, Intercor wskazał do pełnienia funkcji na stanowisku Kierownika Budowy osobą p. K. K.: (...)

10.3. Dodatkowo, w Formularzu 3.4 - Wykaz osób, Intercor podał również, w odniesieniu do ww. zadania 2, iż p. K. K. pełnił funkcję Kierownika Robót Drogowych do dnia 20 czerwca 2015 r. (str. 11 oferty Intercor) (...)

10.5. Tymczasem, z informacji publicznych uzyskanych przez Odwołującego (w którym to zakresie stosowne dowody zostaną przedstawione przez Odwołującego na rozprawie), wynika, że w odniesieniu do obydwu ww. zadań p. K. K. nie zajmował wskazanego w ofercie Intercor stanowiska Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości minimum 4 km od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, jak to jest przewidziane w pkt. 19.1.2.2. ppkt 2a) lit. ii IDW jako jeden z warunków uzyskania punktacji w ramach omawianego Podkryterium.

10.6. Z uzyskanych przez Odwołującego informacji w tym zakresie - wydanych przez samego Zamawiającego - wynika bowiem, że:

a) w odniesieniu do zadania 1 - Budowa drogi ekspresowej S17, odcinek Kurów-Lublin-Piaski. Zadanie nr 5: Rozbudowa drogi ekspresowej nr 17 (12) na odcinku Lublin (Węzeł Witosza)-Piaski (początek obwodnicy) od 616-616-630+400.

Zadanie nr 5a: Budowa ul. „projektowanej” odcinek od Al. Witosza (wraz z węzłem) w Lublinie do Al. Lotników Polskich w Świdniku:

- rozpoczęcie robót nastąpiło:
  - dla zadania 5-14 stycznia 2011 r.;
  - dla zadania 5a - 21 listopada 2011 r.;
- wystawienie Świadczenia Przejścia nastąpiło:
  - dla zadania 5-19 lutego 2013 r.;
  - dla zadania 5a - 14 stycznia 2013 r.;
- p. K. K. pełnił funkcję Kierownika Robót Drogowych przy realizacji zadania 5;
- p. K. K. przejął obowiązki Kierownika Robót Drogowych w dniu 14 marca 2011 r. - a zatem już po rozpoczęciu robót w ramach wskazanego w Formularzu zadania 1;

b)w odniesieniu do zadania 2 - Zaprojektowanie i wykonanie Obwodnicy Augustowa w ciągu drogi krajowej nr 8 (na odcinku od węzła Augustów do węzła Szkocja) i drogi ekspresowej S-61 (na odcinku od węzła Szkocja do węzła Lotnisko:

- rozpoczęcie robót nastąpiło 20 grudnia 2012 r.;
- wystawienie Świadczenia Przejścia nastąpiło 21 listopada 2014 r.;
- p. K. K. pełnił funkcję Kierownika Robót Drogowych w okresie od 1 lutego 2013 r. (a zatem już po rozpoczęciu robót w ramach wskazanego zadania) do 25 października 2014 r. (co nie pokrywa się z datą wydania Świadczenia Przejścia ani z oświadczeniem Intercon zamieszczonym w Formularzu 3.4 - Wykaz osób.

10.7. A zatem, p. K. K. nie posiada, wbrew oświadczeniu Intercon, punktownego doświadczenia przy realizacji zadania 1 i 2 w podawanym przez Intercon zakresie. (...)

10.11. Niezależnie jednak od powyższego Odwołujący podnosi, że - jakkolwiek zaistniały przesłanki dla umniejszenia punktacji Intercon w Postępowaniu - omawiane okoliczności faktyczne powodują, że wobec Intercon zrealizowały się również jednocześnie przesłanki jego wykluczenia z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp: (...)

#### 11. [UZASADNIENIE ZARZUTÓW DOTYCZĄCYCH OFERTY ODWOŁUJĄCEGO]

11.1. Zgodnie z pkt. 19.1.2.2. ppkt 2a) lit. iv IDW, Zamawiający przewidział, iż w ramach Podkryterium organizacyjnego - „Personel Wykonawcy” - Główny Projektant Tunelu, będzie punktował doświadczenie uzyskane przez osobę wskazaną na stanowisko Głównego Projektanta Tunelu „przy opracowaniu dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę tunelu drogowego wykonywanego metodą górniczą lub tarczową na stanowisku/stanowiskach: Głównego Projektanta Tunelu lub Projektanta Tunelu”, w taki sposób, iż:

- a)za każdy tunel o długości powyżej 2000 m - wykonawca miał otrzymać 2 pkt;
- b)za każdy tunel o długości od 1000 m do 2000 m - wykonawca miał otrzymać 1 pkt;

Maksymalna liczba punktów, jaką wykonawca mógł uzyskać w ramach ww. Podkryterium dla Głównego Projektanta Tunelu wynosi 4 pkt. (...)

11.2. W związku z przywołanym brzmieniem ww. Podkryterium, Odwołujący w złożonej ofercie, w Formularzu 2.2 - Kryteria Pozacenowe, na potrzeby uzyskania punktacji w ramach ww. Podkryterium wskazał do pełnienia funkcji na stanowisku Głównego Projektanta Tunelu - osobę p. G. P. (...)

11.3. Przywołany w Formularzu opis doświadczenia Głównego Projektanta Tunelu uzasadniał przyznanie Odwołującemu łącznie 3 pkt w ramach omawianego Podkryterium:

- a)1 pkt za doświadczenie związane z zadaniem 2 - albowiem wskazany tunel drogowy miał długość pomiędzy 1000 m a 2000 m;
- b)2 pkt za doświadczenie związane z zadaniem 3 - albowiem wskazany tunel drogowy miał długość powyżej 2000 m.

11.4. Tymczasem, jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 24 października 2018 r. - Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej (znak pisma: O.KA.D- 3.2410.3.2018.1184.ns), Zamawiający uznał, iż Odwołującemu nie przysługują punkty w ww. tytule, gdyż „każde z wykazanych zadań (...) obejmuje opracowanie projektów wykonawczych. W związku z powyższym Wykonawca otrzymuje 0 punktów”. (...)

11.7. Tym samym, dla przyznania punktacji elementem decydującym jest, aby dokumentacja projektowa danego zadania składała się co najmniej z projektu budowlanego. W przypadku, gdy dokumentacja ta zawiera co najmniej projekt budowlany, nie ma natomiast - z punktu widzenia przyznania punktacji - znaczenia faktyczny zakres zaangażowania danego projektanta w opracowaniu tej dokumentacji projektowej. Innymi słowy, w takim wypadku zakres punktownego doświadczenia danego projektanta może obejmować:

- a)uczestnictwo przy opracowaniu samego projektu budowlanego;
- b)uczestnictwo przy opracowaniu samego projektu wykonawczego (gdzie była dokumentacja budowlana i wykonawcza);
- c)uczestnictwo przy opracowaniu zarówno projektu budowlanego, jak i projektu wykonawczego. (...)

11.9. Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy i oferty złożonej przez Odwołującego, należy wskazać, że dokumentacja projektowa zadania 2 i zadania 3, podanych w Formularzu załączonym do oferty Odwołującego jako punktowne doświadczenie Głównego Projektanta Tunelu, obejmowała projekt budowlany. (...)

11.11. Niezależnie od tego wskazać również należy, że p. G. P. zrealizował dla zadania 2 i 3 - oprócz projektu wykonawczego - również projekt budowlany, a zatem dla obydwu tych zadań zaistniała sytuacja zobrazowana w powyższych grafach jako „sytuacja 2”. Również zatem z tego powodu Odwołującemu Zamawiający winien był przyznać 3 pkt. w ramach omawianego Podkryterium. (...)

11.18. Tym samym, w przypadku stwierdzenia przez Izbę, iż treść pkt. 19.1.2.2. ppkt 2a) lit. iv IDW pozostaje niejasna, również w takim wypadku wątpliwość w tym zakresie należy rozstrzygnąć na korzyść Odwołującego, poprzez nakazanie Zamawiającemu przyznania Odwołującemu 3 pkt. z tytułu doświadczenia członka personelu wskazanego na stanowisko Głównego Projektanta Tunelu. (...)

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności z dnia 24.10.2018 r. wyboru oferty TOTO jako oferty najkorzystniejszej;
- 2.dokonania ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu;
- 3.wykluczenia wykonawców:
  - a)TOTO,
  - b)Salini,
  - c)MIRBUD,
  - d)Intercon

- i w konsekwencji odrzucenia ofert tych wykonawców na podstawie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp;  
4. ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia wniosku ad. 5.3 lit. d): zmiany punktacji przyznanej wykonawcy Intercom w ramach Podkryterium organizacyjnego - „Personel Wykonawcy” - Kierownik Budowy na 0 pkt;  
5. zmiany punktacji przyznanej Odwołującego w ramach Podkryterium organizacyjnego - „Personel Wykonawcy” - Główny Projektant Tunelu na 3 pkt;  
6. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;  
7. ewentualnie: w przypadku uwzględnienia zarzutu ad. pkt. 4.23: unieważnienia postępowania (...).

**Ad. B. Odwołanie konsorcjum Mirbud (sygn. akt 2286/18)**

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

TOTO

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez TOTO do realizację niniejszego zadania, podczas gdy Zamawiający jest zobowiązany do wezwania wykonawcy do wyjaśnienia ceny za realizację zamówienia, jeżeli zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów;
2. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania TOTO do wyjaśnienia treści oferty w zakresie zastosowanej technologii budowy tunelu podczas gdy Zamawiający powinien zweryfikować przedmiotową okoliczność gdyż może ona świadczyć o niezgodności oferty złożonej przez TOTO w zakresie sposobu wykonania zamówienia jak również w zakresie dotrzymania zaoferowanego skróconego terminu realizacji zamówienia (punktowanego w ramach pozacenowych kryteriów oceny oferty);
3. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 22d ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania TOTO do wykazania, że posiada wymagane zdolności do wykonania przedmiotowego zamówienia, podczas gdy Zamawiający powinien był zbadać czy zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych TOTO w inne przedsięwzięcia gospodarcze nie będzie miało negatywnego wpływu na realizację niniejszego zamówienia a w sytuacji, w której TOTO zobowiązane by było zmienić punktowaną kadrę Zamawiający powinien przyznać mu wówczas 0 pkt;
4. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126, dalej jako „rozporządzenie”) poprzez zaniechanie wezwania TOTO do uzupełnienia dokumentów dla podmiotu trzeciego, tj. Zakład Usługowo Projektowy MOSTEX T. S. (wskazanych szczegółowo w treści uzasadnienia), podczas gdy Zamawiający powinien był wezwać TOTO do uzupełnienia ww. dokumentów dla wskazanego podmiotu a nie uznawać, że TOTO dysponuje bezpośrednio osobą Pana T. S., pomimo uznania przez samego Wykonawcę TOTO, że dysponuje ww. osobą w sposób pośredni a podmiot trzeci Zakład Usługowo Projektowy MOSTEX T. S. będzie brał udział w realizacji przedmiotowego zamówienia jako podwykonawca;

Konsorcjum Salini

5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 5 pkt 2) ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16) lub art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum SALINI z udziału w Postępowaniu z uwagi na poważne naruszenie obowiązków zawodowych przez Konsorcjum SALINI co podważa Jego uczciwość, o której to okoliczności ww. Wykonawca nie poinformował Zamawiającego w treści jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej „JEDZ”) i nie dokonał tzw. „samooczyszczenia” poprzez co Konsorcjum SALINI w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu z Postępowania z uwagi na poważne zawinione wykroczenie zawodowe, jak również w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczące braku podstaw do wykluczenia w oparciu o normę prawną opisaną w art. 24 ust. 5 pkt 2) ustawy Pzp;
6. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przyznanie Konsorcjum SALINI 3 pkt w kryterium oceny ofert odnoszącym się do personelu wykonawcy, podczas gdy Zamawiający był zobowiązany do przyznania Konsorcjum SALINI 1 pkt w ww. kryterium gdyż jedno z zadań wskazanych jako doświadczenie Pana J. M. nie potwierdza w pełni spełniania wymagań Zamawiającego opisanych w treści SIWZ;
7. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12) w związku z art. 24 ust. 12 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum SALINI do wykazania, że dalej dysponuje osobą Pana J. M. dedykowaną do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, podczas gdy Zamawiający na każdym etapie Postępowania może zweryfikować czy Wykonawca nie podlega wykluczeniu, a w przypadku gdyby Konsorcjum SALINI nie dysponowało osobą Pana J. M. (Kierownik Budowy), za którą otrzymało punkty w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert, co oznaczałoby, że ww. Wykonawca musi dokonać zmiany Kierownika Budowy powinien przyznać Konsorcjum 0 pkt;
8. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 22d ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum SALINI do wykazania, że posiada wymagane zdolności do wykonania przedmiotowego zamówienia, podczas gdy Zamawiający powinien był zbadać czy zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych Konsorcjum SALINI w inne przedsięwzięcia gospodarcze nie będzie miało negatywnego wpływu na realizację zamówienia a w sytuacji, w której Konsorcjum SALINI zobowiązane by było zmienić punktowaną kadrę Zamawiający powinien przyznać mu wówczas 0 pkt;

Konsorcjum SALINI, Konsorcjum PORR, Konsorcjum METROSTAV

9. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum SALINI, Konsorcjum PORR, Konsorcjum METROSTAV/ z udziału w Postępowaniu, w sytuacji gdy ww. Wykonawcy dysponują zasobem tego samego podmiotu trzeciego, tj. MOSTY Katowice Sp. z o.o., który przygotował dokumentację projektową (m.in. KP, PB, PW, DP) w przedmiotowym Postępowaniu i oddaje ww. Wykonawcom swoją kadrę (w tym punktowaną osobę Głównego Projektanta Tunelu Pana C. P.), podczas gdy Zamawiający powinien był wykluczyć ww. Wykonawców z udziału w Postępowaniu z uwagi na fakt, że wykonawca lub pracownik tego wykonawcy lub osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brała udział w przygotowaniu Postępowania, a zakłócenie konkurencji nie może

- być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie ww. Wykonawców z udziału w Postępowaniu,
10. z daleko idącej ostrożności - art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19) ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum SALINI, Konsorcjum PORR oraz Konsorcjum METROSTAN/, przed ich wykluczeniem, do udowodnienia, że ich udział w przygotowaniu Postępowania poprzez dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego, tj. MOSTY Katowice Sp. z o.o. będącego autorem dokumentacji projektowej, nie zakłóci konkurencji, podczas gdy Zamawiający był zobowiązany do ww. wezwania jak również do wykazania w protokole Postępowania sposobu zapewnienia konkurencji czego zaniechał w przedmiotowym Postępowaniu;
11. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 419 z późn. zm., dalej „uznk”), poprzez złożenie przez Konsorcjum SALINI, Konsorcjum PORR oraz Konsorcjum METROSTAN/ ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji, podczas gdy Zamawiający powinien był odrzucić oferty złożone przez ww. Wykonawców z uwagi na fakt, że powołują się na zasoby tego samego podmiotu trzeciego, tj. MOSTY Katowice Sp. z o.o. który przygotował dokumentację projektową (m.in. KP, PB, PW, DP) w przedmiotowym Postępowaniu i oddaje ww. Wykonawcom swoją kadrę (w tym punktowaną osobę Głównego Projektanta Tunelu Pana C. P.).

**Ad. 1.** [Zaniechanie wezwania TOTO do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny]

- (...) 2. Cena zaoferowana przez TOTO jest niższa o 10,04% od wartości szacunkowej zamówienia oraz o 21,88 % niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.
3. Pomimo, że nie przekracza ona ustawowych progów rodzących obowiązek wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, to jednak Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do realności ceny zaoferowanej przez TOTO za wykonanie przedmiotowego zadania. (...)
5. (...) Pomiędzy ceną zaoferowaną przez TOTO a Odwołującego jest różnica prawie 200.000.000,00 złotych brutto (!).
14. W ocenie Odwołującego, TOTO zaoferowało cenę odbiegającą od cen rynkowych i realnych, tym samym musiał on zaoferować cenę rażąco niską. Powyższe wiąże się z tym, że ww. Wykonawca albo nie wliczył jakiś robót budowlanych do ceny za wykonanie przedmiotowego zamówienia (nieprawidłowo wyliczony koszt realizacji tunelu o długości kk. 2km - wyliczona tylko jedna nawa), albo je znacząco zaniżył, bądź też oferuje roboty budowlane, usługi, materiały, niższej jakości niż wymagana przez Zamawiającego w dokumentacji Postępowania. Nie sposób też jednoznacznie zweryfikować czy TOTO wliczyło do ceny ofertowej rynkowe wynagrodzenia dla pracowników oraz czy uwzględniła wszystkie koszty zatrudnienia na podstawie umowy o pracę (koszty pracodawcy, urlopów wypoczynkowych, koszty chorobowe, personelu zastępczego itp.). Zaoferowanie ceny o 21,88% niższej od średniej arytmetycznej złożonych ofert, 16,69 % niższej od ceny zaproponowanej przez Odwołującego, którą to cenę Odwołujący skalkulował z należytą starannością, przy uwzględnieniu rynkowych i realnych kosztów wykonania niniejszego zadania, zatrudnienia personelu na podstawie umowy o pracę, wieloletniego doświadczenia przy realizacji tego typu zadań, świadczy o tym, że TOTO musiał nie uwzględnić elementów wymaganych przez Zamawiającego bądź też znacząco je zaniżyć poprzez co doprowadził do zaoferowania wykonania przedmiotowego zadania za cenę rażąco niską.
- Jednocześnie Odwołujący pragnie podnieść, że z uwagi na fakt, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia nie byli zobowiązani do składania kosztorysów, z których wynikałyby poszczególne elementy składające się na przedmiotowe zadanie wraz z ceną za nie, nie jest w stanie w sposób precyzyjny wskazać, który z zakresów niniejszego zadania został pominięty przez TOTO - (oprócz jednej nawy tunelu), niedoszacowany lub rażąco obniżono cenę za jego wykonanie. Odwołujący może wyłącznie odnieść się do ceny całkowitej wskazanej przez TOTO za wykonanie przedmiotowego zamówienia i stwierdzić, że jest ona nierealna, nierynkowa, niedoszacowana, rażąco niska.

**Ad. 2.** [Zaniechanie wezwania do wyjaśnienia treści oferty złożonej przez TOTO]

19. Zamawiający w SIWZ w pkt 2.1.13.1 PFU określił metody wykonania tuneli. (...)

2.1.13.1. Metody wykonania tuneli

Preferowane metody wykonania tuneli:

- metoda górnicza:

- klasyczna metoda górnicza;

- Nowa Metoda Austriacka (NATM); (...)

21. Zamawiający zobowiązany jest przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia przy dochowaniu należytej staranności, tak aby doszło do wyboru wykonawcy dającego gwarancję jego prawidłowego wykonania. Zgodnie z wymaganiami opisanymi w treści SIWZ.

**Ad. 3.** [Zaniechanie wezwania TOTO do wykazania, że posiada wymagane zdolności do wykonania przedmiotowego zamówienia]

24. Z informacji powszechnie dostępnych wynika, że TOTO wygrało ostatnimi czasy i podpisało umowy z Zamawiającym - GDDKiA na realizację kilku odcinków budowy dróg.

25. W świetle powyższego Zamawiający powinien powziąć wątpliwości czy TOTO posiada niezbędne zasoby osobowe i sprzętowe dające gwarancję prawidłowego wykonania przedmiotowego zamówienia. W szczególności Zamawiający powinien zweryfikować czy TOTO będzie dysponowało kadrą punktowaną w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert. (...)

27. W świetle wiedzy Odwołującego, TOTO m.in. w dniu 11 października 2018 r. podpisało z GDDKiA Oddział w Białymstoku umowę na realizację zadania dotyczącego „Projektu i budowa drogi ekspresowej S-61 Ostrów Mazowiecki - Szczuczyn, odcinek: węzeł Łomża Zachód (z węzłem) - węzeł Kolno (bez węzła), na długości około 12,922 km [S61] +DK 64 [GP] 6,963 km” (dalej „S61”). W ww. ofercie TOTO podało te same osoby co w ofercie złożonej w przedmiotowym Postępowaniu w zakresie:

- Dyrektora Kontraktu - w obu ofertach Pan S. L.;

- Pan F. T. - w ww. postępowaniu dotyczącym S61 został wskazany do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, natomiast w przedmiotowym Postępowaniu na S1 TOTO dedykowało go do pełnienia funkcji Kierownik Robót Mostowych - budowy tunelu.

28. W tym miejscu należy podkreślić, że realizacje obydwu zadań nakładają się na siebie w tym samym czasie. W związku z powyższym, Zamawiający był zobowiązany zweryfikować czy TOTO w przedmiotowym Postępowaniu będzie dysponowało osobą Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy oraz Kierownika Robót Mostowych - budowy tunelu skoro osoby te są zaangażowane już na innym kontrakcie. (...)

31. W związku z tym, Zamawiający powinien był zweryfikować jaką kadrą - z imienia i nazwiska - będzie dysponował

TOTO w ramach niniejszego zamówienia. Gdyby okazało się, że TOTO musi w niniejszym Postępowaniu zmienić m.in. osobę Dyrektora Kontraktu i/lub Kierownika Robót Mostowych - budowy tunelu i/lub inną punktowaną w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert, Zamawiający zgodnie z brzmieniem pkt 19.1.4 SIWZ powinien był przyznać za taką osobę 0 pkt.

32. Niezależnie od powyższego, Zamawiający powinien mieć pewność, że Wykonawca wykazuje spełnianie warunków udziału w Postępowaniu i będzie dysponował osobami o tożsamyh kwalifikacjach i doświadczeniu dedykowanymi do pełnienia funkcji m.in. Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy oraz Kierownika Robót Mostowych - budowy tunelu. Nie wykluczone bowiem, że TOTO nie dysponuje takimi osobami - z uwagi na ich zaangażowanie w inne kontrakty - a tym samym nie wykazuje spełniania warunków udziału w Postępowaniu i powinno zostać wykluczone z udziału w przedmiotowym Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp. (...)

**Ad. 4.** [Zaniechanie wezwania TOTO do uzupełnienia dokumentów dla podmiotu trzeciego, tj. Zakład Usługowo Projektowy MOSTEX T. S. (dalej jako „MOSTEX”)]

35. TOTO wskazało jako podmiot trzeci na zasobach, którego będzie polegać w zakresie potencjału osobowego MOSTEX. Do oferty dołączyło JEDZ podpisany przez ww. podmiot trzeci, jak również zobowiązanie do udostępnienia zasobów TOTO przez tenże podmiot. Z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów wynika, że MOSTEX udostępni Pana T. S.o do pełnienia funkcji Głównego Projektanta Mostowego, udostępnione zasoby zostaną wykorzystane do wykonania prac projektowych w ramach pełnionych funkcji w zakresie objętym zamówieniem, MOSTEX będzie pełnił funkcję Głównego Projektanta Mostowego na czas realizacji zamówienia, okres jego udziału będzie miał miejsce przez niezbędny czas realizacji zamówienia oraz zrealizuje roboty/usługi, których dotyczą wskazane zdolności.

36. Zamawiający pismem z dnia 3 października 2018 r. wezwał TOTO do wyjaśnienia jaka jest faktyczna podstawa dysponowania w odniesieniu do Pana T. S., tj. czy jest to dysponowanie bezpośrednie czy udostępnienie zasobów przez inne podmioty na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp.

37. W odpowiedzi na powyższe, TOTO w swoim piśmie z dnia 15 października 2018 r. oświadczyło, że MOSTEX będzie podwykonawcą w ramach świadczenia usług projektowych, a jedynie jej właściciel będzie pełnił funkcję Głównego Projektanta Mostowego. Wobec tego, TOTO uznało, że dysponuje zasobami MOSTEX w sposób pośredni.

38. Niniejsze oznacza więc - w świetle utrwalonego orzecznictwa KIO - że MOSTEX jest podmiotem trzecim na zasobach, którego polega wykonawca. Zgodnie z §9 ust. 2 rozporządzenia Zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1 - 9. W ramach omawianego Postępowania Wykonawca zobowiązany więc był przedstawić - stosownie do brzmienia pkt 9.7 ppkt 2) SIWZ - w stosunku do podmiotu trzeciego:

W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu:

- a) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;
- b) zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- c) zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- d) odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp;
- e) oświadczenia Wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo - w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji - dokumentów potwierdzających dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności;
- f) oświadczenia Wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne;
- g) oświadczenia Wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2016r. poz. 716);

39. TOTO w stosunku do MOSTEX przedłożyło:

- a) Zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek - dokument ten został poświadczony za zgodność z oryginałem przez Pana P. C., osobę nieuprawnioną do składania oświadczeń w imieniu MOSTEX, a więc jest to dokument złożony w niewłaściwej formie; stosownie do §14 ust. 3 rozporządzenia: Doświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów lub oświadczeń, które każdego z nich dotyczą.
- b) Odpis z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej;
- c) Oświadczenie o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne dokument ten został poświadczony za zgodność z oryginałem przez Pana P. C., osobę nieuprawnioną do składania oświadczeń w imieniu MOSTEX, a więc jest to dokument złożony w niewłaściwej formie; dokument ten powinien zostać złożony w oryginale, co potwierdza brzmienie §14 ust. 2 rozporządzenia: Dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem.
- d) Oświadczenie o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia

publiczne - dokument ten został poświadczony za zgodność z oryginałem przez Pana P. C., osobę nieuprawnioną do składania oświadczeń w imieniu MOSTEX, a więc jest to dokument złożony w niewłaściwej formie; dokument ten powinien zostać złożony w oryginale, co potwierdza brzmienie §14 ust. 2 rozporządzenia: Dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem.

- e) Oświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U. z 2016r. poz. 716) - dokument ten został poświadczony za zgodność z oryginałem przez Pana P. C., osobę nieuprawnioną do składania oświadczeń w imieniu MOSTEX, a więc jest to dokument złożony w niewłaściwej formie; dokument ten powinien zostać złożony w oryginale, co potwierdza brzmienie §14 ust. 2 rozporządzenia: Dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem.

40. Wykonawca, tj. TOTO nie przedłożył zaświadczenia z Urzędu Skarbowego dla MOSTEX, jak również nie dołączył do składanych przez siebie dokumentów informacji z Krajowego Rejestru Karnego wydanej na rzecz Pana T. S. . Ponadto, co zostało wykazane powyżej dokumenty opisane w lit. a), c - e) powyżej zostały przedłożone w niewłaściwej formie.

41. Zamawiający powinien więc wezwać TOTO do uzupełnienia brakujących dokumentów dotyczących MOSTEX oraz do przedłożenia ich w prawidłowej formie. Zamawiający temu obowiązowi w sposób zupełnie bezpodstawny zaniechał wobec czego nie sposób zweryfikować czy MOSTEX nie podlega wykluczeniu z udziału w niniejszym Postępowaniu, a tym samym powołanie się przez TOTO na jego zasoby byłoby nieskuteczne, a w dalszej konsekwencji nie można uznać, że TOTO wykazało spełnianie warunków udziału w Postępowaniu. W konsekwencji nie można jednoznacznie uznać, że TOTO nie podlega wykluczeniu z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp.

42. W związku z tym, należy uznać, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał weryfikacji czy MOSTEX nie podlega wykluczeniu z udziału w przedmiotowym Postępowaniu. Wbrew twierdzeniu samego TOTO, Zamawiający uznał, że TOTO będzie dysponowało zasobami MOSTEX w sposób bezpośredni, pomimo przeciwnego oświadczenia złożonego przez TOTO. Tym samym Zamawiający powinien w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwać TOTO do uzupełnienia ww. dokumentów odnoszących się do MOSTEX.

**Ad. 5.** [Zaniechanie wykluczenia Konsorcjum SALINI z uwagi na zawinione poważnie naruszenie obowiązków zawodowych skutkujące wykluczeniem z udziału w Postępowaniu oraz wprowadzenie w błąd Zamawiającego co do braku ziszczenia się powyższych okoliczności w stosunku do Konsorcjum SALINI]

(...) 45. Wykonawca nie może skorzystać z instytucji tzw. self-cleaningu, jeżeli wprowadził Zamawiającego w błąd przekazując Zamawiającemu w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp) bądź też w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp) informacje niezgodne z rzeczywistością, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

46. Pismem z dnia 17 maja 2018 r., nr: O.WA, 1-4.KP-6.4170.1.2018.420.AŁ Zamawiający odstąpił od umowy nr 228/2014 z dnia 28.11.2014 r. zawartej z Konsorcjum firm w składzie: Salini Polska Sp. z o.o.; Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno - Budowlanych Export-PRIBEX Sp. z o.o., Salini- Impregilo S.p.A. z siedzibą w Mediolanie oraz TODI COSTRUZIONI GENERALI S.p.A., na realizację zadania inwestycyjnego na rzecz Skarbu Państwa Generalne Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 od węzła „Marki” (bez węzła) do węzła „Radzymin Płd. t” Z podziałem na zadania: Zadanie I - Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku I węzeł Marki” (bez węzła - węzeł „Kobyłka”) (dalej: „S8”).

47. Ofertę w przedmiotowym Postępowaniu złożyło Konsorcjum firm: Salini Impregilo S.p.A. oraz Salini Polska Sp. z o.o. Jak powszechnie wiadomo odpowiedzialność członków konsorcjum za realizację umowy jest solidarna. Popelnienie uchybień w ramach realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego przez jednego z konsorcjantów obciąża negatywnymi skutkami pozostałych. Obie ww. firmy były członkami konsorcjum, które realizowało umowę na S8. (...)

51. Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że podczas realizacji m.in. ww. zadania doszło do zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych przez Konsorcjum SALINI, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie. (...)

53. W związku z tym należy stwierdzić, że w przedmiotowym stanie faktycznym Konsorcjum SALINI podlega wykluczeniu z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2) ustawy Pzp z uwagi na fakt, że ww. Wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jej uczciwość m.in. z uwagi na odstąpienie od umowy na kontrakcie dotyczącym S-8 (...)

57. Okoliczności zaistniałe w przedmiotowym stanie faktycznym m.in. w zakresie kontraktu dotyczącego S8, zdaniem Odwołującego, świadczą o tym, że Konsorcjum SALINI w sposób zawiniony poważnie naruszyło obowiązki zawodowe, co powinno skutkować wykluczeniem ww. Konsorcjum z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2) ustawy Pzp. Zamawiający zaniechał zweryfikowania powyższej okoliczności, a jak powszechnie wiadomo, w przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia brak podstaw wykluczenia z udziału w Postępowaniu musi zachodzić w stosunku do każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

58. Co więcej, Konsorcjum SALINI wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z przedmiotowego Postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2) ustawy Pzp.

59. W złożonych dokumentach JEDZ zarówno SALINI IMPREGILO S.p.A. jak i SALINI POLSKA Sp. z o.o. oświadczyły, że nie jest winne poważnego wykroczenia zawodowego i nie skorzystało z procedury tzw. self - cleaning. (...)

61. Jak się powszechnie przyjmuje w orzecznictwie KIO wykonawca nie może skorzystać z instytucji self-cleaning jeżeli wprowadzi Zamawiającego w błąd co do braku podstaw wykluczenia. Wykonawca musi bowiem w pierwszej kolejności przyznać, że zachodzi w stosunku do niego podstawa do wykluczenia, a takie oświadczenie przyznaje mu i otwiera drogę do dokonania „samooczyszczenia”. A z takim przypadkiem mamy do czynienia w przedmiotowym stanie faktycznym. Konsorcjum SALINI nie przekazało bowiem w treści JEDZ informacji o tym, że jest winne poważnemu wykroczeniu zawodowemu i nie dokonało tzw. samooczyszczenia. (...)

67. Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2) w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16) lub pkt 17) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum SALINI z udziału w Postępowaniu z uwagi na poważne zawinione wykroczenie zawodowe, o którym mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2) ustawy Pzp i nie poinformowanie Zamawiającego o tej okoliczności w treści JEDZ.

**Ad. 6.** [Błędne przyznanie Konsorcjum SALINI 3,00 pkt za doświadczenie Kierownika Budowy]

(...) 69. Konsorcjum SALINI wskazało do pełnienia funkcji Kierownika Budowy Pana J. M. . Jednocześnie w Formularzu

2.2. Kryteria pozacenowe zostały opisane dwa zadania, na których doświadczenie zdobył Pan J. M. . Jedno z ww. zadań dotyczyło „Przebudowy drogi krajowej nr 7 do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Grójec - Białobrzegi od km 418+546 do km 436+380”, na którym to zadaniu Pan J. M. pełnił funkcję Kierownika Robót Drogowych dla odcinka powyżej 4 km, Kierownika Budowy. Dalej z treści Formularza 3.4. - wykaz osób wynika, że na ww. zadaniu Pan J. M. pełnił funkcję Kierownika Budowy od 3 września 2009 r. do 15 maja 2010 r. oraz funkcję Kierownika Robót Drogowych od 7 stycznia 2008 r. do 3 września 2009 r.

70. Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że plac budowy został przekazany wykonawcy w dniu 13 listopada 2007 r.

71. Przedmiotowa okoliczność oznacza, że Pan J. M. na ww. zadaniu nie mógł pełnić wskazanych funkcji od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, gdyż zaczął sprawować stanowisko Kierownika Robót Drogowych dla odcinka powyżej 4 km dopiero 7 stycznia 2008 r. a więc prawie dwa miesiące po przejęciu placu budowy przez wykonawcę kiedy oczywistym jest, że w tym okresie ruszyły już pierwsze prace na budowie.

72. W związku z tym, nie można uznać, że doświadczenie zdobyte przez Pana J. M. na ww. zadaniu w pełni spełnia wymagania Zamawiającego opisane w treści SIWZ. Pan J. M. nie pełnił bowiem funkcji Kierownika Robót Drogowych dla odcinka powyżej 4 km od rozpoczęcia robót. W konsekwencji Konsorcjum SALINI powinno otrzymać 0 pkt za ww. zadanie, na którym doświadczenie zdobył Pan J. M. oraz ostatecznie 1 pkt za doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy a nie 3 pkt.

**Ad. 7.** [Zaniechanie zweryfikowania czy Konsorcjum SALINI w dalszym ciągu dysponuje osobą Kierownika Budowy Pana J. M.]

73. Stosownie do brzmienia art. 24 ust. 12 ustawy Pzp Zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

74. Konsorcjum SALINI do pełnienia funkcji Kierownika Budowy wskazało osobę Pana J. M. .

75. Jednocześnie w treści Formularza 3.4. - Wykaz osób oświadczyło, iż dysponuje wskazaną osobą na podstawie umowy o pracę.

76. W świetle wiedzy Odwołującego, Pan J. M. zakończył współpracę z Konsorcjum Salini.

77. W związku z powyższym, Zamawiający powinien był zweryfikować czy Konsorcjum Salini będzie dysponowało osobą Pana J. M. bądź też inną osobą o tożsamych uprawnieniach dedykowaną do pełnienia funkcji Kierownika Budowy.

78. Tym samym Zamawiający powinien zbadać czy Konsorcjum Salini potwierdza spełnianie warunków udziału w Postępowaniu i nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp.

79. W tym miejsca należy także podnieść, że stosownie do postanowienia zamieszczonego w pkt 19.1.4. SIWZ jeżeli w wyniku zastosowania procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP Wykonawca dokona zmiany osoby wskazanej na stanowisko, które podlega ocenie i punktacji w ramach kryterium „Personel Wykonawcy” - podkryterium opisane w pkt 19.1.2.2 ppkt 21 a) - wówczas Zamawiający w ramach tego podkryterium nie przyzna punktów.

80. Zamawiający przyznał Konsorcjum Salini 3 pkt za doświadczenie Pana J. M. (proszę porównać z Ad 6 powyżej).

81. W związku z tym, Zamawiający powinien był zweryfikować czy Konsorcjum SALINI w ramach niniejszego zamówienia będzie dysponowało osobą Pana J. M. . Gdyby okazało się, że Konsorcjum SALINI musi w niniejszym Postępowaniu zmienić punktowaną w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert osobę Kierownika Budowy, Zamawiający zgodnie z brzmieniem pkt 19.1.4 SIWZ powinien był przyznać za taką osobę 0 pkt.

**Ad. 8.** [Zaniechanie wezwania Konsorcjum SALINI do wykazania, że posiada wymagane zdolności do wykonania przedmiotowego zamówienia]

(...) 83. Z informacji powszechnie dostępnych wynika, że Konsorcjum SALINI wygrało ostatnimi czasy i podpisało umowy z Zamawiającym - GDDKiA na realizację kilku odcinków budowy dróg. Ponadto, Konsorcjum Salini jest też w trakcie realizacji kilku innych przedsięwzięć budowlanych (m.in. wymienionych powyżej). (...)

85. W tym miejscu należy podkreślić, że realizację zadań wykonywanych przez Konsorcjum Salini nakładają się na siebie w tym samym czasie. W związku z powyższym, Zamawiający był zobowiązany zweryfikować czy Konsorcjum SALINI w przedmiotowym Postępowaniu będzie dysponowało osobą Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy, Kierownika Budowy, Kierownika Robót Mostowych - budowy tunelu, Głównego Projektanta Tunelu, skoro osoby te są lub mogą być zaangażowane już na innym kontrakcie.

86. Tym bardziej, że osoby te były punktowane w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert i Konsorcjum SALINI uzyskało za nie dodatkowe 15 pkt.

87. W tym miejsca należy także podnieść, że stosownie do postanowienia zamieszczonego w pkt 19.1.4. SIWZ jeżeli w wyniku zastosowania procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawca dokona zmiany osoby wskazanej na stanowisko, które podlega ocenie i punktacji w ramach kryterium „Personel Wykonawcy” - podkryterium opisane w pkt 19.1.2.2 ppkt 2) a) - wówczas Zamawiający w ramach tego podkryterium nie przyzna punktów.

88. W związku z tym, Zamawiający powinien był zweryfikować jaką kadrą - z imienia i nazwiska - będzie dysponowało Konsorcjum SALINI w ramach niniejszego zamówienia. Gdyby okazało się, że Konsorcjum SALINI musi w niniejszym Postępowaniu zmienić punktowaną w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert kadrę, Zamawiający zgodnie z brzmieniem pkt 19.1.4 SIWZ powinien był przyznać za taką osobę 0 pkt.

89. Niezależnie od powyższego, Zamawiający powinien mieć pewność, że Wykonawca wykazuje spełnianie warunków udziału w Postępowaniu i będzie dysponował osobami o tożsamych kwalifikacjach i doświadczeniu dedykowanymi do pełnienia funkcji opisanych w odniesieniu do personelu Wykonawcy punktowanego w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert. Nie wykluczone bowiem, że Konsorcjum Salini nie dysponuje takimi osobami - z uwagi na ich zaangażowanie w inne kontrakty - a tym samym nie wykazuje spełniania warunków udziału w Postępowaniu i powinno zostać wykluczone z udziału w przedmiotowym Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp. (...)

**Ad. 9.** [Zaniechanie wykluczenia Konsorcjum SALINI, Konsorcjum PORR oraz Konsorcjum METROSTAV z uwagi r fakt, że dysponują tym samym podmiotem trzecim, który brał udział w przygotowaniu Postępowania]

92. Na wstępie Odwołujący pragnie zauważyć, co następuje.

Konsorcjum Salini:

Do pełnienia funkcji Głównego Projektanta Tunelu wskazało Pana C. P. . Jest to wspólnik oraz Wiceprezes Zarządu firmy MOSTY Katowice Sp. z o.o. Spółka ta została wskazana jako podmiot trzeci, który udostępniła swoje zasoby Konsorcjum SALINI. Do oferty złożonej przez Konsorcjum SALINI zostało dołączone zobowiązanie z dnia czerwca 2018 r. do udostępnienia zasobów przez ww. podmiot osób dedykowanych do pełnienia funkcji Głównego Projektanta Drogowego - Pana M. H., Głównego Projektanta Tunelu - Pana C. P. oraz Głównego Projektanta Mostowego (dla pozostałych obiektów

inżynierskich) - Pana J. G. . Dalej w treści przedmiotowego zobowiązania zostało podniesione, iż sposób wykorzystania zasobów MOSTY Katowice Sp. z o.o. będzie polegał na udziale ww. osób w wykonywaniu prac projektowych na etapie realizacji zamówienia w ramach zatrudnienia na ww. stanowiskach, podmiot ten zrealizuje usługi w zakresie projektowania w ramach umowy na podwykonawstwo oraz zrealizuje wszystkie niezbędne prace w zakresie projektowania drogowego, tuneli i projektowania mostowego na etapie realizacji zamówienia. Zobowiązanie zostało podpisane przez Prezesa Zarządu MOSTY Katowice Sp. z o.o. Pana M. B. .

Do oferty złożonej przez Konsorcjum SALI NI został dołączony także JEDZ dla MOSTY Katowice Sp. z o.o. podpisany 1 dniu 8 czerwca 2018 r. przez Prezesa Zarządu Pana M. B. . Z treści ww. dokumentu wynika, że MOSTY Katowice Sp. z o.o. był w sposób bezpośredni lub pośredni zaangażowany w przygotowanie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z oświadczeniem zawartym przez MOSTY Katowice Sp. z o.o. Pan M. B., Pan C. P. Pan J. G., Pan W. Ż., Pan M. G. oraz Pan B. S. wykonali na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach - dokumentację projektową (m.in. KP, PB, PW, DP). Kolejno MOSTY Katowice Sp. z o.o. w treść JEDZ oświadczyła, że „Zaistnienie ww. zaangażowania osobowego nie prowadzi do zakłócenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ: - MOSTY Katowice Sp. z o.o. udostępnia Wykonawcy Salini Impregilo osoby Pana M. H. - proponowanego do funkcji Głównego Projektanta Drogowego, Pana C. P. - proponowanego do funkcji Głównego Projektanta Tunelu, Pana J. G. - proponowanego do funkcji Głównego Projektanta Mostowego dopiero na etapie realizacji zamówienia. Wykonawca Mosty Katowice Sp. z o. o. nie uczestniczy w etapie przygotowania oferty przez Wykonawcę Salini Impregilo ani jego partnera/partnerów, o ile spółka ta będzie występowała w konsorcjum. Dokumentacja projektowa wykonana przez MOSTY Katowice Sp. z o. o. do przedmiotowego postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego została oficjalnie udostępniona na serwerze Zamawiającego na równych zasadach wszystkim uczestnikom przedmiotowego postępowania jako wkład do materiałów informacyjnych równoległe z ogłoszeniem o zamówieniu.”

#### Konsorcjum PORR

Do pełnienia funkcji Głównego Projektanta Tunelu wskazało Pana C. P. . Jest to wspólnik oraz Wiceprezes Zarządu firmy MOSTY Katowice Sp. z o.o. Spółka ta została wskazana jako podmiot trzeci, który udostępnia swoje zasoby Konsorcjum PORR. Do oferty złożonej przez Konsorcjum PORR zostało dołączone zobowiązanie z dnia 5 czerwca 2018 r. do udostępnienia zasobów przez ww. podmiot osób dedykowanych do pełnienia funkcji Głównego Projektanta Drogowego - Pana M. H., Głównego Projektanta Tunelu - Pana C. P. oraz Głównego Projektanta Mostowego (dla pozostałych obiektów inżynierskich) - Pana J. G. . Dalej w treści przedmiotowego zobowiązania zostało podniesione, iż sposób wykorzystania zasobów MOSTY Katowice Sp. z o.o. będzie polegał na wykonaniu dokumentacji projektowej dla ww. zadania oraz realizacji usług projektowych. Zobowiązanie zostało podpisane przez Prezesa Zarządu MOSTY Katowice Sp. z o.o. Pana M. B. .

Do oferty złożonej przez Konsorcjum PORR został dołączony także JEDZ dla MOSTY Katowice Sp. z o.o. podpisany 1 dniu 8 czerwca 2018 r. przez Prezesa Zarządu Pana M. B. . Z treści ww. dokumentu wynika, że MOSTY Katowice Sp. z o.o. był w sposób bezpośredni lub pośredni zaangażowane w przygotowanie przedmiotowego Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z oświadczeniem zawartym przez MOSTY Katowice Sp. z o.o. Pan M. B., Pan C. P. Pan J. G., Pan W. Ż., Pan M. G. oraz Pan B. S. wykonali na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach - dokumentację projektową (m.in. KP, PB, PW, DP). Kolejno MOSTY Katowice Sp. z o.o. w treść JEDZ oświadczyła, że „Zaistnienie ww. zaangażowania osobowego nie prowadzi do zakłócenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ: - MOSTY Katowice Sp. z o.o. udostępnia Wykonawcy PORR Polska Infrastructure S.A. osoby Pana M. H. - proponowanego do funkcji Głównego Projektanta Drogowego, Pana C. P. - proponowanego do funkcji Głównego Projektanta Tunelu, Pana J. G. - proponowanego do funkcji Głównego Projektanta Mostowego dopiero na etapie realizacji zamówienia. Podobnie udział samego podmiotu MOSTY Katowice Sp. z o.o. jako podwykonawcy w zakresie robót projektowych przewidziany jest dopiero na etapie realizacji zamówienia. Wykonawca Mosty Katowice Sp. z o.o. nie uczestniczy w etapie przygotowania oferty przez Wykonawcę PORR Polska Infrastructure S.A. ani przez jego partnera/partnerów, o ile spółka ta będzie występowała w konsorcjum. Dokumentacja projektowa wykonana przez MOSTY Katowice Sp. z o.o. do przedmiotowego postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego została oficjalnie udostępniona na serwerze Zamawiającego na równych zasadach wszystkim uczestnikom przedmiotowego postępowania jako wkład do materiałów informacyjnych równoległe z ogłoszeniem o zamówieniu.”

#### Konsorcjum METROSTAV

Do pełnienia funkcji Głównego Projektanta Tunelu wskazało Pana C. P. . Jest to wspólnik oraz Wiceprezes Zarządu firmy MOSTY Katowice Sp. z o.o. Spółka ta została wskazana jako podmiot trzeci, który udostępnia swoje zasoby Konsorcjum METROSTAV/. Do oferty złożonej przez Konsorcjum METROSTAV/ zostało dołączone zobowiązanie z dnia 17 maj 2018 r. do udostępnienia zasobów przez ww. podmiot osób dedykowanych do pełnienia funkcji Głównego Projektanta Drogowego - Pana M. H., Głównego Projektanta Tunelu - Pana C. P. oraz Głównego Projektanta Mostowego (dla pozostałych obiektów inżynierskich) - Pana J. G. . Dalej w treści przedmiotowego zobowiązania zostało podniesione, iż sposób wykorzystania zasobów MOSTY Katowice Sp. z o.o. to będzie podwykonawstwo, zrealizuje on usługę w zakresie projektowania przez cały okres realizacji zadania. Zobowiązanie zostało podpisane przez Prezesa Zarządu MOSTY Katowice Sp. z o.o. Pana M. B. .

Do oferty złożonej przez Konsorcjum Metrostav został dołączony także JEDZ dla MOSTY Katowice Sp. z o.o. podpisany 1 dniu 9 marca 2018 r. przez Prezesa Zarządu Pana M. B. . W treści ww. dokumentu MOSTY Katowice Sp. z o.o. oświadczyły, że nie były bezpośredni lub pośrednio zaangażowane w przygotowanie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia (!).

Oświadczenie to złożone przez ten sam podmiot i przez tą samą osobę Go reprezentującą jest więc sprzeczne z oświadczeniem zawartym w dokumencie JEDZ dołączonym do oferty złożonej przez Konsorcjum SALI NI oraz Konsorcjum PORR.

93. Zamawiający powinien być na przedmiotową okoliczność i rozbieżność zwrócić uwagę i ewentualnie wezwać wykonawców do stosownych wyjaśnień.

94. Niezależnie od powyższego, w tym miejscu Odwołujący pragnie podnieść, że nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem MOSTY Katowice Sp. z o.o., że Jego udział w przygotowaniu dokumentacji projektowej nie ma wpływu na zakłócenie konkurencji, gdyż udostępnianie przez Nią zasoby kadrowe będą brały udział dopiero w realizacji zamówienia a nie bierze ona udziału w przygotowaniu oferty.

95. MOSTY Katowice Sp. z o.o. wiedziało komu oddaje swoje zasoby, zawarło zapewne stosowne umowy z wykonawcami, którzy będą polegać na zdolnościach rzeczonoego podmiotu i mogło przekazać wyjaśnienia co do

kluczowych elementów dokumentacji projektowej opracowanych przez kadre będącą w dyspozycji MOSTY Katowice Sp. z o.o. (...)

97. Posługiwanie się zasobami podmiotu trzeciego, którego pracownicy brali udział w przygotowaniu dokumentacji projektowej spełnia więc ww. przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 19) ustawy Pzp - osoba wykonująca pracę na podstawie innej umowy o świadczenie usług brała udział w przygotowaniu Postępowania (osoby udostępniane przez MOSTY Katowice Sp. z o.o., którymi wykonawca dysponuje na podstawie umowy zawartej z ww. podmiotem brały udział w realizacji zamówienia).

W tym miejscu należy podnieść, że Wykonawcy dysponujący zasobami MOSTY Katowice Sp. z o.o. są „uprzywilejowani” w stosunku do pozostałych Wykonawców składających oferty w przedmiotowym Postępowaniu. Zgodnie z postanowieniami PFU Wykonawca ma ograniczony zakres optymalizacji projektu budowlanego i decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych. Zakres wprowadzonych zmian wymaga konieczności uzyskania dodatkowych opinii, które mogą być w sposób łatwiejszy uzyskane przez wykonawców mających w swoich zasobach autora dokumentacji projektowej, tj. MOSTY Katowice Sp. z o.o. Dodatkowo, to od oceny projektanta zależy czy wprowadzone zmiany są istotne lub nie w zakresie opisanym ustawą z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. poz. 1496).

98. Ponieważ Zamawiający nie określił kosztów uzyskania tych opinii, koszt ich uzyskania jest determinowany przez podmiot trzeci, niezależny od Zamawiającego. Podmiot ten może kształtować swoimi decyzjami, stawkami i czasem na wydanie opinii lub kosztami udostępnienia materiałów projektowych w wersji cyfrowej wysokość ceny ofertowej Wykonawców. Wykonawca zasadniczej dokumentacji projektowej - MOSTY Katowice Sp. z o.o. - powinny wobec tego w porozumieniu z Zamawiającym ustalić jednolitą stawkę dla wszystkich Wykonawców, za czynności i materiały które, konieczne będą do uzyskania w trakcie realizacji inwestycji.

99. W związku z tym, każda oferta, w której Wykonawca w potencjale technicznym uwzględnił autorów podstawnych opracowań projektowych czyli MOSTY Katowice Sp. z o.o., jest oferta „uprzywilejowaną”, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencyjności. Bezwarunkowe ograniczenia zmian w zakresie dokumentacji podstawowej, niezależnie czy jest to optymalizacja, czy też błąd projektorowy (str. 7 PFU), do naruszenia praw autorskich w ocenie Odwołującego, świadczy o ograniczeniu Wykonawcy w zakresie zmian decyzją podmiotu trzeciego.

100. Wobec tego należy przyjąć, iż Wykonawcy, którzy zawarli porozumienie o współpracy z firmą MOSTY Katowice Sp. z o.o., mieli podstawy do skalkulowania niższej ceny i posiadli informacje oraz materiały nie udostępnione przez Zamawiającego.

101. W konsekwencji Zamawiający powinien być wykluczyć ww. Wykonawców z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19) ustawy Pzp.

**Ad. 10.** [Z daleko idącej ostrożności - zaniechanie wezwania Konsorcjum SALINI, Konsorcjum PORR, Konsorcjum METROSTAW w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp]

102. Stosownie do postanowienia zawartego w art. 24 ust. 10 ustawy Pzp w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19) ustawy Pzp, przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający wskazuje w protokole sposób zapewnienia konkurencji.

103. W przedmiotowym przypadku pomimo, że trzech z siedmiu Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym Postępowaniu posłużyło się zasobami tego samego podmiotu trzeciego - autora dokumentacji projektowej, tj. MOSTY Katowice Sp. z o.o. o czym Zamawiający miał pełną wiedzę nie tylko przed wszczęciem Postępowania, ale także już po otwarciu ofert, to Zamawiający nie wezwał ich do żadnych wyjaśnień w celu wykazania, że nie doszło do zakłócenia uczciwej konkurencji, jak również nie wykazał w treści protokołu Postępowania jakie działania podjął w celu zachowania równej i uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie niniejszego zamówienia. (...)

**Ad. 11.** [Zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum SALINI, Konsorcjum PORR oraz Konsorcjum METROSTAV pomimo, że złożenie przez nich ofert stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji]

(...) 108. Podkreślenia wymaga, że sytuacji, w której trzech wykonawców dysponuje zasobami tego samego podmiotu trzeciego, tj. MOSTY Katowice Sp. z o.o. i oddaje ww. Wykonawcom swoje zasoby w postaci osób, które uczestniczyły bezpośrednio w przygotowaniu dokumentacji projektowej to: po pierwsze Wykonawcy Ci zyskują przewagę konkurencyjną nad pozostałymi wykonawcami, a po drugie podmiot trzeci MOSTY Katowice Sp. z o.o. może manipulować wynikiem niniejszego Postępowania - oddając lub też wycofując zgodę na udostępnienie swoich zasobów w postaci osób dedykowanych do realizacji zadania przede wszystkim Pana C. P. - wskazanego do pełnienia funkcji Głównego Projektanta Tunelu, za którą to osobę wszyscy trzej Wykonawcy otrzymali maksymalną liczbę punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert jakim był Główny Projektant Tunelu.

109. W tym miejscu należy raz jeszcze podnieść, że zgodnie z postanowieniami PFU Wykonawca ma ograniczony zakres optymalizacji projektu budowlanego i decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych. Zakres wprowadzonych zmian wymaga konieczności uzyskania dodatkowych opinii, które mogą być w sposób łatwiejszy uzyskane przez wykonawców mających w swoich zasobach autora dokumentacji projektowej, tj. MOSTY Katowice Sp. z o.o. Dodatkowo, to od oceny projektanta zależy czy wprowadzone zmiany są istotne lub nie w zakresie opisanym ustawą z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. poz. 1496). Ponieważ Zamawiający nie określił kosztów uzyskania tych opinii, koszt ich uzyskania jest determinowany przez podmiot trzeci, niezależny od Zamawiającego. Podmiot ten może wpływać swoimi decyzjami, stawkami i czasem na wydanie opinii lub kosztami udostępnienia materiałów projektowych w wersji cyfrowej na wysokość cen ofertowych Wykonawców. Wykonawca zasadniczej dokumentacji projektowej - MOSTY Katowice Sp. z o.o. - powinny w porozumieniu z Zamawiającym ustalić jednolitą stawkę dla wszystkich Wykonawców. Za czynności i materiały które, konieczne będą do uzyskania w trakcie realizacji inwestycji.

110. W przeciwnym wypadku wynik niniejszego Postępowania może zależeć od decyzji MOSTY Katowice Sp. z o.o. Podmiot ten może bowiem decydować o tym - w szczególności po zapoznaniu się z rankingiem ofert złożonych w Postępowaniu - komu i na jakich zasadach wydać opinię lub ukształtować koszt udostępnienia materiałów projektowych.

111. Kolejno należy podnieść, że podmiot trzeci, tj. MOSTY Katowice Sp. z o.o. miały wiedzę komu oddają zasoby w postaci tej samej kadry w niniejszym Postępowaniu. Ryzyko zaś posłużenia się zasobami tego samego podmiotu trzeciego w jednym Postępowaniu obarcza Wykonawcę składającego ofertę. Wykonawca ponosi bowiem pełną odpowiedzialność za czyn i zaniechania podmiotu trzeciego, na którego zasobach polega.

112. W związku z tym, każda oferta złożona przez Wykonawców, którzy w potencjale technicznym uwzględnili autorów podstawnych opracowań projektowych, czyli MOSTY Katowice Sp. z o.o., jest oferta uprzywilejowaną, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencyjności, a wobec tego czyn nieuczciwej konkurencji. Bezwarunkowe ograniczenia

zmian w zakresie dokumentacji podstawowej, niezależnie czy jest to optymalizacja, czy też błąd projektorowy (str. 7 PFU), do naruszenia praw autorskich w ocenie Odwołującego, świadczy o ograniczeniu Wykonawcy w zakresie zmian decyzją podmiotu trzeciego. Podmiot trzeci może zaś dyktować warunki współpracy z poszczególnymi wykonawcami oraz manipulować wynikiem przedmiotowego Postępowania.

113. Wobec tego należy przyjąć, iż Wykonawcy, którzy w swoich ofertach posłużyli się zasobami tego samego podmiotu trzeciego, autora dokumentacji projektowej, który może dyktować warunki i zasady mające wpływ na wynik Postępowania, jak również manipulować tymże wynikiem, dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji i złożone przez nich oferty powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. Działanie podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby trzem wykonawcom ubiegającym się o udzielenie tego samego zamówienia jest sprzeczne z dobrymi obyczajami. Ryzyko posłużenia się zasobami takiego podmiotu oraz konsekwencjami wynikającymi z niniejszego ponosi zaś Wykonawca składający ofertę. Wykonawca będący profesjonalistą, przestrzegający zasad równej i uczciwej konkurencji powinien był zadbać o to, aby dany podmiot trzeci na zasobach, którego polega w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oddał mu swoje zasoby na zasadach wyłączności. (...)” W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez TOTO,
2. wezwania TOTO do wyjaśnień w zakresie realności zaoferowanej ceny;
3. wezwanie TOTO do wyjaśnień w zakresie posiadanych zdolności niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotowego zadania;
4. wykluczenia Konsorcjum SALINI na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19) ustawy Pzp, jak również odrzucenia złożonej przez Niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp;
5. wykluczenia Konsorcjum PORR na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19) ustawy Pzp, jak również odrzucenia złożonej przez Niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp;
6. wykluczenia Konsorcjum METROSTAV na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19) ustawy Pzp, jak również odrzucenia złożonej przez Niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp;
7. z daleko idącej ostrożności - przyznanie Konsorcjum SALINI 1 pkt w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert odnoszącego się do doświadczenia Kierownika Budowy;
8. dokonania ponownego badania i oceny ofert.

#### **Ad. C. Odwołanie konsorcjum Salini (sygn. akt 2291/18)**

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 22d ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ustalenia rzeczywistych zdolności TOTO S. p. A. Construzioni Generali Viale spółka prawa włoskiego z siedzibą w Chieti, Viale Abruzzo 410, 66100 Chieti - dalej: „TOTO” co do wykonania zamówienia w związku z zaangażowaniem tego Wykonawcy w inne przedsięwzięcia.
2. Art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia TOTO z Postępowania pomimo niewykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej personelu.
3. Art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia TOTO z Postępowania, pomimo iż Wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu i wprowadzające Zamawiającego w błąd co do potencjału kadrowego i posiadanych zasobów umożliwiających wykonanie zamówienia w zakresie osób wskazanych na stanowisko: Dyrektor Kontraktu — Przedstawiciel Wykonawcy, Kierownik Robót Drogowych, Kierownik Robót Mostowych Budowy Tunelu oraz Kierownik Robót Mostowych (szczegółowe uzasadnienie podane poniżej).
4. Art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez faktyczne prowadzenie negocjacji co do treści oferty, w tym co do spełnienia postawionych w SI WZ wymogów i warunków udziału w Postępowaniu co do osób, których doświadczenie było przedmiotem warunki i ocen w kryteriach pozacenowych.
5. Art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty TOTO, pomimo iż Wykonawca ten winien być wykluczony z Postępowania;
6. Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego wadliwe zastosowanie i dokonanie wyboru oferty TOTO niezgodnie z treścią SIWZ pomimo podstaw skutkujących odrzuceniem TOTO z postępowania i przyznania zbyt dużej liczby punktów w kryteriach pozacenowych.
7. Art. 7 ustawy Pzp w związku z naruszeniem ww. przepisów poprzez preferowanie oferty TOTO i brak egzekwowania wymagań ustawy i SIWZ w odniesieniu do tego Wykonawcy - w zakresie opisanym w uzasadnieniu niniejszego odwołania - co stanowi naruszenie zasady równości wykonawców i zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący konsorcjum Salini podniósł w szczególności, co następuje.

#### **„III. Personel.**

1. Zamawiający w pkt 7 IDW postawił warunki udziału w Postępowaniu, w tym warunki co do osób, które mają pełnić funkcje:

- a. Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy,
- b. Kierownika Budowy,
- c. Kierownika Robót Drogowych,
- d. Kierownika Robót Mostowych Budowy Tunelu,
- e. Kierownika Robót Mostowych,
- f. Głównego Projektanta Drogowego,
- g. Głównego Projektanta Tunelu,
- h. Głównego Projektanta Mostowego,

2. Zamawiający - w pkt 19 IDW - przewidział pozacenowe kryteria oceny ofert.

- a. W ramach tego kryterium ocenie podlegało doświadczenie Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy, Kierownika Budowy, Kierownika Robót Mostowych Budowy Tunelu i Głównego Projektanta Tunelu.

- b. Doświadczenie tych samych osób było badane na potrzeby ustalenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu. Dlatego - co istotne - dokumenty złożone na potrzeby badania warunku muszą być spójne z dokumentami złożonymi na potrzeby dokonania oceny punktowej oferty.

3. TOTO wskazał, iż funkcje kluczowe przy realizacji zamówienia, które były oceniane (w zakresie warunku i kryterium) w Postępowaniu będą pełnić m.in:

- a. L. S. jako Dyrektor Kontraktu - Przedstawiciel Wykonawcy,

- b.M. R. P. jako Kierownik Robót Drogowych,  
c.F. T. jako Kierownik Robót Mostowych Budowy Tunelu,  
d.A. L. jako Kierownik Robót Mostowych,
- 4.TOTO, na potrzeby oceny oferty w ww. kryteriach, podał Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd - co winno skutkować wykluczeniem z Postępowania. Jeżeli uznać, iż TOTO nie podlega wykluczeniu, to dokonana ocena oferty winna być powtórzona, a liczba punktów przyznanych TOTO musi być mniejsza.
- IV. Spełnianie warunków i ocena doświadczenia L. S. – Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy.**
- 1.TOTO wskazał, iż L. S. będzie wykonywał obowiązki Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy - dalej: Dyrektor Kontraktu". Stosowne oświadczenie znajduje się na stronie 25 oferty w Formularzu 3.4. Wykaz osób i na stronie 6 oferty w Formularzu 2.2. Kryteria Pozacenowe.
- 2.W obu ww. miejscach wskazane jest doświadczenie Pana L. S. nabyte w ramach dwóch zadań:  
a.zadanie pierwsze: „Budowa Autostrady A1 - Mediolan Neapol, Odcinek La Quercia - Badia Nuova zadanie 6 i 7 oraz odcinek Sasso Marconi - Barberino del Mugello”.  
b.zadanie drugie: „Budowa Autostrady A1 - Mediolan - Neapol, Odcinek B, zadanie 4-5-6 Florencja Północ - Florencja Południe”.
- 3.W przypadku zadania pierwszego:  
a.W Formularzu 3.4 (strona 25 oferty) wskazano, że S. L. pełnił funkcję Dyrektora Kontraktu w okresie od 6 grudnia 2010r. do dnia 22 grudnia 2015r.  
b.Z Formularza 2.2. (str. 6 oferty) dla tego samego zadania wynika, że S. L. pełnił funkcję Dyrektora Kontraktu w okresie od rozpoczęcia robót do wykonania Zadania. Wskazanie to wynika z przywołania w treści oświadczenia postanowień pkt 19 ID W in concreto 19.1.2.2)a) i..  
c.TOTO - na wezwanie GDDKiA - w dniu 4 września 2018r. ponownie złożył Wykaz Osób na formularzu 3.4. i ponownie potwierdził (tak jak w ofercie), iż L. S. pełnił funkcję Dyrektora Kontraktu w okresie od 6 grudnia 2010r. do dnia 22 grudnia 2015r.  
d.Jednocześnie TOTO na wezwanie Zamawiającego przedstawił Wykaz Robót budowlanych datowany na 4 września 2018r. w którym w poz. 2 wskazał, iż zadanie pierwsze - z wykazu osób - na którym pracował L. S. było realizowane w okresie od 5 grudnia 2007r. do 22 grudnia 2015r. — a zatem rozpoczęło się trzy lata przed objęciem funkcji Dyrektora Kontraktu przez L. S. .  
e.Należyte wykonanie tego zadania ma potwierdzać przedstawiona przez TOTO referencja wystawiona przez Autostradę per Italia S.p.A. dla Tymczasowego Konsorcjum Przedsiębiorstw: Vianini lavori S.p.A. (Lider), Toto S.p.A (Członek), Profacta S.p.A. (Członek) - referencja ta potwierdza, iż rozpoczęcie robót miało miejsce 5 grudnia 2007 r. a zakończenie nastąpiło 22 grudnia 2015r.  
f.Zgodnie praktyką stosowaną przez inwestorów i wykonawców we Włoszech, w przypadku robót budowlanych o dużej skali ustanawia się Dyrektora Do Spraw Placu Budowy i Dyrektora Do Spraw Technicznych - suma ich praw i obowiązków jest równą prawom i obowiązkom Dyrektora Kontraktu. Referencja wystawiona przez Autostradę per Italia S.p.A. wskazuje, że L. S. wykonywał jedynie obowiązki Dyrektora ds. Placu Budowy.
- 4.Z przywołanych wyżej dokumentów wynika, że zadanie pierwsze nie może być brane pod uwagę przy przyznawaniu punktów, gdyż:  
a.L. S. nie wykonywał swych obowiązków od rozpoczęcia robót do wykonania zadania - bowiem rozpoczęcie robót miało miejsce 5 grudnia 2007r. a objęcie obowiązków (niezależnie od ich zakresu) przez L. S. nastąpiło 6 grudnia 2010r. czyli 3 lata po rozpoczęciu realizacji zadania.  
b.L. S. wykonywał obowiązki Dyrektora ds. Placu Budowy, które nie są tożsame z zakresem obowiązków Dyrektora Kontraktu opisanych w Postępowaniu ani też ze stanowiskami, których Zamawiający dopuścił jako doświadczenie analogiczne.
- 5.TOTO w Formularzach 3.4. Wykaz Osób wskazał, iż L. S. w zakresie zadania drugiego pełnił obowiązki Dyrektora Kontraktu w okresie od 1 marca 2005 r do 30 grudnia 2009 r. a z Formularza 2.2. Kryteria Pozacenowe wynika, iż obowiązki te pełnił od rozpoczęcia robót do wykonania zadania. Z powszechnie dostępnych informacji wynika jednak, iż zadanie to zostało zakończone dopiero w roku 2011.  
a.Dyrektor Operacyjny ds. Rozwoju Dróg, G. T., w dniu 9 października 2008 na spotkaniu z komitetem protestacyjnym przeciwko budowie Przejścia AV we Florencji podał, iż zgodnie z przyjętym harmonogramem prac zakończenie zadania drugiego przypada na czerwiec 2011 r. [suspendete-i-lavori-br-al-terza-corsia-uarantire-la-sicurezza-di-lavoratori-cittadini-e-ambiente.htm](http://www.suspendete-i-lavori-br-al-terza-corsia-uarantire-la-sicurezza-di-lavoratori-cittadini-e-ambiente.htm) a nie jak wskazał TOTO w grudniu 2009 r.  
b.Zadanie drugie nie mogło zakończyć się - jak twierdzi TOTO - w 2009 r. m.in. dlatego, że zadanie to było realizowane przez spółkę Baldassini Tognozzi-Pontello Costruzioni Generali S. p. A. (BTP) [http://www.tunnelbuilder.it/uploads/news/archive/headline\\_1606\\_6.htm](http://www.tunnelbuilder.it/uploads/news/archive/headline_1606_6.htm)..., która 5 sierpnia 2011 r. złożyła wniosek o wszczęcie procedury upadłościowej <http://www.btpspa.it/> - okoliczność ta na pewno nie przyspieszyła realizacji robót.  
c.Bilans spółki BTP za rok 2008, str. 11 wskazuje, że roboty przy budowie zadania drugiego ( Budowa Autostrady A1 Mediolan —Neapol, Odcinek B, zadanie 4-5-6 Florencja Północ-Florencja Południe) są w trakcie realizacji (na dzień końca roku obrotowego wykonane prace stanowią 54% całości, na koniec 2007 roku wykonanie prac było na poziomie 35%), zaś wykonanie całości zostało przesunięte na luty 2011.  
d.Podsumowując, L. S. nie sprawował funkcji Dyrektora Kontraktu „od początku do końca” realizacji zadania, a zatem nie może mieć przyznanych punktów w tym kryterium.
- 6.TOTO (w innych postępowaniach o zamówienie publiczne) powoływał się już na zadanie drugie jednak wskazywał inne okresy sprawowania funkcji Dyrektora Kontraktu:  
a.W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację drogi S52 (Północna Obwodnica Krakowa) TOTO wskazał, iż L. S. pełnił obowiązki Dyrektora Kontraktu w okresie od marca 2003 do grudnia 2006r.  
b.W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację drogi S 61 Łomża-Kolno, w załączniku do JEDŹ - „Potencjał Kadrowy” TOTO jako okres pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu przez Pana S. L. wskazano okres od grudnia 2003 do listopada 2007r.
- 7.Informacje przedstawione przez TOTO są w obu przypadkach (tj. w odniesieniu do obu zadań) nierzetelne i wprowadzają w błąd, co może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.  
a.Dane wprowadzające w błąd zostały przedstawione w odpowiedzi na konkretne żądania GDDKiA. Sposób ich prezentacji i umieszczenie w tabelach służących ocenie oferty musiało być dokonane w wyniku lekkomyślności

lub niedbalstwa.

- b. Skoro dane dotyczyły tak newralgicznego elementu jak kryteria oceny oferty i spełniania warunku udziału w postępowaniu (TOTO wskazał, iż w zadaniu pierwszym L. S. był Dyrektorem Kontraktu co nie jest prawdą, gdyż sprawował obowiązki Dyrektora ds. Placu Budowy, który ma mniejsze kompetencje i zakres obowiązków) to mogły wpłynąć i istotnie wpłynęły na decyzje Zamawiającego (w okolicznościach sprawy co najmniej na liczbę przyznanych punktów).
- c. Podsumowując TOTO winno być wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy a jeśli nie zostałby wykluczony to należy dokonać ponownej oceny ofert w celu ustalenia poprawnej liczby punktów przypisanych TOTO.

**V. Spełnianie warunków przez M. R. P. - Kierownika Robót Drogowych.**

- 1. TOTO wskazał, iż Kierownikiem Robót Drogowych będzie M. R. P. .
- 2. Dla wykazania doświadczenia M. R. P. TOTO wskazał, na zadanie: „Budowa sieci dróg miejskich przynależnych do Autostrady A24 na odcinku od ulicy Palmiro Togliatti do Stacji Roma Est i przebudowa barier ochronnych i znaków drogowych od Casal Bertone do stacji Roma Es”.
  - a. Zgodnie ze złożonym wraz ofertą Formularzem 3.4 Wykaz osób (s. 26) M. R. P. pełnił funkcję Kierownika Robót Drogowych w okresie 14 listopada 2011 do 16 grudnia 2013r.
  - b. Zgodnie ze złożonym na wezwanie Zamawiającego Formularzem Wykaz Osób z dnia 4 września 2018r. wskazano, iż w tym samym okresie czasu M. R. P. realizował wykonania innego zadania.
  - c. W tych okolicznościach Zamawiający wezwał TOTO do wyjaśnień - w odpowiedzi, TOTO podkreśliło, że okres realizacji referencyjnego zadania został wskazany prawidłowo, tj. realizacja zadania trwała od 14 listopada 2011 do 16 grudnia 2013r.
- 3. Z referencji wystawionej przez spółkę Strada dei Parchi Spa (Societa soggetta alPattività di direzione e coordinamento di Toto Holding S.p.A. ) z dnia 26 maja 2016r. (załączonej do złożonego na wezwanie Zamawiającego Wykazu robót budowlanych z dnia 4 września 2018r.) wynika, że rozpoczęcie robót miało miejsce w dacie 2 maja 2011 r. Z Wykazu Robót Budowlanych (poz. 1) wynika, iż roboty dla tego zadania rozpoczęto miesiąc później bo dopiero 2 czerwca 2011 r. Niezależnie od tego, czy roboty rozpoczęto w maju czy w czerwcu 2011 r. ważne jest to, iż realizacja tego zadania rozpoczęła się przed objęciem funkcji Kierownika Robót Drogowych przez M. R. P. .
- 4. Z powyższego wynika, że M. R. P. - nie spełnia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 7.2 .3) IDW i dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, bowiem rozpoczęcie robót miało miejsce w maju lub w czerwcu 2011 a M. R. P. pełnił funkcję Kierownika Robót Drogowych od 14 listopada 2011 r., zatem ponad pół roku po rozpoczęciu robót.
- 5. Przedstawiona wyżej sytuacja jest udokumentowana dokumentami złożonymi w toku postępowania przez TOTO i nie budzi wątpliwości - tym samym TOTO winno być wykluczone z Postępowania.

**VI. Spełnianie warunków i ocena doświadczenia F. T. - Kierownika Robót Mostowych Budowy Tunelu.**

- 1. TOTO wskazał, iż F. T. będzie wykonywał obowiązki Kierownika Robót Mostowych Budowy Tunelu. Stosowne oświadczenie znajduje się na stronie 26 oferty w Formularzu 3.4. Wykaz osób i na stronie 7 oferty w Formularzu 2.2. Kryteria Pozacenowe.
- 2. W obu ww. miejscach wskazane jest doświadczenie Pana F. T. nabyte w ramach dwóch zadań:
  - a. zadanie pierwsze: „Budowa Autostrady A1 - Mediolan Neapol, Modernizacja apenińskiego odcinka Sasso Marconi - Barberino di Mugello - zadanie 13 Budowa nowego odcinka autostrady Aglio - Barberino di Mugello”.
  - b. zadanie drugie: „Budowa Autostrady A3 Salerno - Reggio Calabria Odcinek 2 - Zadanie 1 od km 348+600 - km 359+400”.
- 3. W przypadku zadania pierwszego, czyli „Budowa Autostrady A1 - Mediolan Neapol, Modernizacja apenińskiego odcinka Sasso Marconi - Barberino di Mugello - zadanie 13 Budowa nowego odcinka autostrady Aglio - Barberino di Mugello”:
  - a. W Formularzu 3.4 (strona 26 oferty) wskazano, że F. T. pełnił funkcję Kierownika Budowy w okresie od 1 stycznia 2007r. do dnia 30 grudnia 2013r.
  - b. Jednocześnie z Formularza 2.2. (str. 7 oferty) dla tego samego zadania wynika, że F. T. pełnił funkcję Kierownika Budowy w okresie od rozpoczęcia robót do wykonania Zadania, (tj. do wystawienia Świadectwa Przejęcia albo podpisania protokołu odbioru robót lub innego równoważnego dokumentu). Wskazanie to wynika z przywołania w treści oświadczenia postanowień pkt 19 ID W in concreto 19.1.2.2.2)a) i.
  - c. TOTO na wezwanie GDDKiA z dnia 4 września 2018r. ponownie złożył Wykaz osób na formularzu 3.4. i ponownie potwierdził (tak jak w ofercie), iż F. T. pełnił funkcję Kierownika Budowy w okresie od 1 stycznia 2007r. do dnia 30 grudnia 2013r.
- 4. Przedstawiona informacja jest nierzetelna i wprowadza w błąd.
  - a. Zgodnie z oświadczeniem TOTO złożonym w toku innego postępowania o zamówienie publiczne Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) - Płońsk (SIO) ode. Strzegowo - Pieńki przywołanym postępowaniu z dokumentu Wykaz prac (poz. 2) wynika, iż realizacja zadania pierwszego rozpoczęła się 29 czerwca 2006r. o nie jak oświadczył TOTO od dnia 1 stycznia 2007r. i co za tym idzie nie można uznać, iż F. T. pełnił funkcję Kierownika Budowy od rozpoczęcia do zakończenia zadania. Realizacja zadania rozpoczęła się pół roku przed rozpoczęciem sprawowania funkcji Kierownika Budowy przez F. T. .
  - b. Wskazany przez Odwołującego okres realizacji od 29 czerwca 2006r. do dnia 30 grudnia 2013r. jest wiarygodny, gdyż okres ten potwierdzony jest przez inwestora, czyli Autostradę per Italia S.p.A. w referencji wystawionej dla Toto Construzioni Genarali S.p.A. i przedstawionej przez Toto w toku postępowania przywołanego w pkt. a powyżej.
- 5. Informacje przedstawione przez TOTO są nierzetelne i wprowadzają w błąd.
  - a. Dane wprowadzające w błąd zostały przedstawione w odpowiedzi na konkretne żądania GDDKiA. Sposób ich prezentacji i umieszczenie w tabelach służących ocenie oferty świadczy o tym, iż TOTO wprowadził Zamawiającego w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.
  - b. Także w tym przypadku dane dotyczyły oceny oferty i miały bezpośredni wpływ na liczbę przyznanych punktów są więc oświadczeniami istotnymi.
  - c. Podsumowując TOTO winno być wykluczone na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy.
- 6. Jeżeli uznać, iż brak przesłanek do wykluczenia TOTO z postępowania to i tak konieczna jest zmiana oceny punktowej. Punkty mogły być przyznane wyłącznie w przypadku, gdy oceniana osoba sprawowała funkcję Kierownika Budowy od rozpoczęcia robót do wykonania zadania. Skoro rozpoczęcie realizacji zadania nastąpiło 29 czerwca 2006 r. a F. T. objął obowiązki Kierownika Budowy pół roku później - dopiero w dniu 1 stycznia 2007 r. - to wymóg sprawowania

funkcji „od początku” nie został dochowany.

**VII. Spełnianie warunków przez A. L. - Kierownika Robót Mostowych.**

1. TOTO wskazał, iż A. L. będzie wykonywał obowiązki Kierownika Robót Mostowych. Stosowne oświadczenie znajduje się na stronie 26 oferty w Formularzu 3.4. Wykaz osób i na stronie 6 oferty w Formularzu 2.2. Kryteria Pozacenowe.
2. Z treści oferty, a także z treści późniejszych uzupełnień oferty i wyjaśnień złożonych na wezwanie GDDKiA wynika, iż TOTO wywodzi doświadczenie Pana L. S. z - jak to określono - Realizacji sieci dróg miejskich przynależnych do Autostrady A24 na odcinku od ulicy Palmiro Togliatti do Stacji Roma Est i przebudowa barier ochronnych i znaków drogowych od Casal Bertone do stacji Roma Est - w okresie od 2 maja 2011 r. do dnia 24 czerwca 2015 r.
3. Należyte wykonanie tego zadania potwierdza referencja wystawiona przez Strada dei Parchi Spa ( Società soggetta all'attività di direzione e coordinamento di Toto Holding S.p.A.) z dnia 26 maja 2016 r. (załączonej do złożonego na wezwanie Zamawiającego Wykazu robót budowlanych z dnia 4 września 2018 r).
  - a. Z referencji wynika, iż realizacja zadania została zakończona 15 października 2015 r. - taka data jest wskazana w pkt 7 Świadcstwa Wykonania Robót „Wartość łączna wykonanych prac wg. Protokołu odbioru robót sporządzonego nadzień 15/10/2015: 205.445732,27 euro.”
  - b. W Wykazie Robót Budowlanych (poz. 1) podano nieprawdziwą datę zakończenia zadania. Przypomnieć należy, iż IDW odnosi się do zakończenia zadania rozumianego jako wystawienie Świadcstwa Przejęcia wg Klauzuli 10.1 WK FIDIC (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadcstwa Przejęcia).
4. Z oświadczeń złożonych przez TOTO wynika zatem, iż:
  - a. A. L. wykonywał obowiązki Kierownika Robót Mostowych do dnia 24 czerwca 2015 r.
  - b. zakończenie realizacji zadania - rozumiane zgodnie z IDW jako wystawienia Świadcstwa Przejęcia wg Klauzuli 10.1 WK FIDIC (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadcstwa Przejęcia) - nastąpiło 15 października 2015 r.,
  - c. Funkcję Kierownika Robót Mostowych A. L. przestał pełnić na ok. cztery miesiące przed zakończeniem realizacji zadania, a zatem nie pełnił tej funkcji „od początku do końca” i w konsekwencji nie spełnia postawionego warunku
5. Okoliczności opisane powyżej skutkują koniecznością wykluczenia TOTO z postępowania na podstawie:
  - a. zarówno art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp jak i
  - b. 24 ust. 1 pkt 16) pzp.

**VIII. Ocena oferty TOTO w kryterium Kierownik Robót Mostowych Budowy Tunelu.**

1. TOTO wskazał, iż Kierownikiem Robót Mostowych Budowy Tunelu będzie Pan F. T., który miał nabyć stosowne doświadczenie podczas realizacji dwóch zadań:
  - a. Zadanie pierwsze: Budowa autostrady AI Mediolan - Neapol. Modernizacja apenińskiego odcinka Sasso Marconi-Barberino di Mugello- zadanie 13 Budowa nowego odcinka autostrady Aglio-Barbrino di Mugell.
  - b. Zadanie drugie: Budowa autostrady A3 Salerno-Reggio Calabria Odcinek 2 – Zadanie I od km 348+600 - km 359+400.
2. W zakresie zadania pierwszego (tj. autostrada AI Mediolan - Neapol):
  - a. TOTO wraz ofertą złożył Formularz 3.4 Wykaz Osób (strona 26 oferty).
    - Z Wykazu wynika, że F. T. pełnił w trakcie realizacji zadania funkcję Kierownika Budowy w okresie od 1 stycznia 2007 r. do dnia 30 grudnia 2013 r. - Okoliczność tę potwierdza też treść Formularza 3.4. z dnia 4 września 2018r.
  - b. Zgodnie ze złożonym przez TOTO wraz z ofertą Formularzem 2.2 Kryteria pozacenowe (s.5-6 ) F. T. pełnił funkcję Kierownika Budowy od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, (tj. do wystawienia świadectwa Przejęcia, podpisania protokołu odbioru robót lub innego równoważnego dokumentu).
  - c. Informacje powyższe nie mogą być uznane za prawdziwe, gdyż z wykazu prac (poz. 2) wynika, iż prace zadaniu rozpoczęły się 29 czerwca 2006 r. a nie jak oświadczył Wykonawca 1 stycznia 2007 r. Treść tego wykazu jest zbieżna z referencją wystawioną przez Autostradę per Italia S.p.A. dla Toto Construzioni Genarali S.p.A. a przedstawionej przez TOTO w innym postępowaniu przetargowym (Budowa drogi S7 Olsztynek (S51) - Płońsk (S10) ode. Strzegowo - Pieńki).
3. Skoro rozpoczęcie robót miało miejsce 29 czerwca 2006, a F. T. pełnił funkcję Kierownika Budowy od 01 stycznia 2007, zatem pół roku po rozpoczęciu robót - tym samym nie jest spełniony wymóg, by Kierownik Robót Mostowych Budowy Tunelu wykazał się doświadczeniem od rozpoczęcia robót do wykonania zadania.
4. Okoliczności opisane powyżej skutkują koniecznością wykluczenia TOTO z postępowania na podstawie:
  - a. zarówno art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp jak i
  - b. 24 ust. 1 pkt 17 pzp
5. Biorąc pod uwagę, iż przedstawione wyżej informacje dotyczące doświadczenia wskazanych osób mogły i powinny być przez TO TO łatwo zweryfikowane, to zdaniem Odwołującego można przypisać TOTO lekkomyślność lub niedbalstwo w podaniu ww. informacji, co do których należytego sprawdzenia wykonawca był zobowiązany.
  - a. Słusznie zauważyła Izba w wyroku z dnia 2 maja 2018 r. (sygn. akt KIO 596/18 - sprawa dotyczyła także usług nadzoru i zarządzania kontraktem i doświadczenia osób wskazanych w wykazie osób), iż „na skutek implementacji do krajowego porządku prawnego dyrektyw’ 2014/24/UE i 2014/25/UE wzrosło znaczenie oświadczeń własnych wykonawców. Jest to wynikiem, zarówno wprowadzenia JEDZ, jak również faktu przemodelowania przebiegu procedury o udzielenie zamówienia publicznego w; jej podstawowej formie, jak również wprowadzenia rozwiązania w postaci tzw. procedury odwróconej (art. 24aa ustawy Pzp). Te kilka znaczących zmian doprowadziło do zwiększenia znaczenia oświadczeń składanych przez wykonawców, w tym nałożyło na nich obowiązek większej staranności przy weryfikacji prawdziwości danych prezentowanych w toku postępowania. Tym samym wobec wykonawców należy obecnie stosować wyższy miernik oceny związany z rzetelnością prezentowanych przez nich danych W ww. wyroku Izba stwierdziła również, że niepoddanie przez Wykonawcę weryfikacji informacji uzyskanych od osoby wskazanej na konkretne stanowisko i liczenie na to, że dane te zweryfikuje Zamawiający (jako podmiot posiadający niezbędne informacje) należy uznać za niedbalstwo lub lekkomyślność (str. 33 ww. wyroku).
  - b. Podobnie KIO w wyroku z dnia 20 lipca 2018 r. (sygn. akt KIO 1319/18) stwierdza, iż „ Wykonawca działający z należyłą starannością musiał mieć świadomość, że doświadczenie Inżyniera Kontraktu wymagane w ramach podkryterium musi zostać zdobyte od momentu rozpoczęcia robót. Jeśli zatem doświadczenie w ramach zadania nie zostało potwierdzone od rozpoczęcia robót, to nie został spełniony wymóg w tym zakresie opisany w SIWZ. Tym samym oświadczając w formularzu Kryteria pozacenowe, że pan P. K posiada doświadczenie zgodne z

opisem podkryterium, zdobyte w ramach zadania nr 3, wykonawca Lafrentz przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd (...) W odniesieniu natomiast do lekkomyślności lub niedbalstwa, kwestia ta pozostaje w sferze ocen zamawiającego, który nie dysponuje środkami pozwalającymi przedstawić dowody na stopień winy wykonawcy. Jeżeli jednak z zestawienia informacji przedstawionych przez wykonawcę z oczekiwaniami zamawiającego wynika, że działający z należytą starannością wykonawca powinien mieć świadomość, że przedstawione informacje tym oczekiwaniom nie odpowiadają, a mimo to potwierdził okoliczność przeciwną, to bez wątpienia stanowi to podstawę przypisania wykonawcy lekkomyślności lub niedbalstwa”.

#### **IX. Potencjał ekonomiczny.**

- 1.W zakresie warunków ekonomicznych Zamawiający wskazał w pkt 7.2., iż wymaga od wykonawców ubiegających się o zamówienie zdolności kredytowej albo posiadania środków co najmniej w wysokości 111 mln zł i 430 mln przychodów (średnio za ostatnie trzy lata). Zamawiający wskazał (pkt. 7.2.2) IDW), że w przypadku wartości podanych w walutach obcych przeliczenia na walutę polską należy dokonać wedle średniego kursu NBP:  
a.z dnia wystawienia dokumentu w przypadku danych dot. zdolności kredytowej i posiadanych środków finansowych,  
b.z dnia zakończenia roku obrotowego dla danych dot. przychodów.
- 2.Zamawiający w pkt 9 IDW wskazał dokumenty, które winny być złożone w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.
- 3.TOTO - zgodnie z postanowieniami pkt. 9.7.1) IDW - przedstawiło dokument wystawiony przez BPER Banca S.p.A Oddział w Chieti Scalo - bank potwierdza wprawdzie, iż zdolność kredytowa na dzień 29 sierpnia 2018r. wynosi blisko 26 mln euro - z zastrzeżeniem spełnienia niewskazanych w oświadczeniu warunków i z wyłączeniem odpowiedzialności Banku za to oświadczenie - jednak inne dokumenty złożone wraz z ofertą a w szczególności sprawozdanie finansowe zaprzeczają prawdziwości takiego oświadczenia.
- 4.Z bilansu wynika, iż kwota zobowiązań (w szczególności pozycja D 4. D 6. D 7.) - w tym kwota zobowiązań o charakterze publicznoprawnym - jest tak duża, że nie jest możliwym posiadania zdolności kredytowej wymaganej przez GDDKiA w Postępowaniu.

#### **X. Brak dokumentu potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia z postępowania z uwagi wykonanie zobowiązań podatkowych.**

- 1.Zgodnie z pkt 9.10.2)a. w zw. z 9.7.2) b) IDW wykonawcy zagraniczni mieli obowiązek przedstawić dokument potwierdzający brak zaległości w opłacaniu podatków, opłat etc.
- 2.TOTO przedstawiło dokument z 13 kwietnia 2018r. (tłumaczenie na j. polski sporządził TOTO): „Zaświadczenie o niezaleganiu z zobowiązaniami podatkowymi wynikającymi z informatycznego systemu ewidencji podatkowej”. Dokument ten w swej treści ma zastrzeżenie: „Niniejsze zaświadczenie nie ma zastosowania dla organów administracji publicznej ani dla prywatnych zarządców służb publicznych”. Skoro adresem tego oświadczenia jest w przypadku Postępowania GDDKiA - czyli organ administracji publicznej to dokument złożony przez TOTO nie może stanowić podstawy do jakichkolwiek wniosków i ustaleń.
- 3.W przypadku wykonawców włoskich właściwym dokumentem potwierdzającym brak zaległości podatkowych jest dokument wystawiany przez Urząd Skarbowy (Agenzia Entarte) pod nazwą „ZASWIADCZENIE O NIEZALEGANIU ZOBOWIĄZANIAM PODATKOWYMI” -ex lege dokument ten potwierdza, że konkretny przedsiębiorca nie zalega (i zalega) z uiszczaniem podatków, albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu i obejmuje wszystkie wymagane informacje.
- 4.Powyższe oznacza, iż TOTO nie złożył dokumentu potwierdzającego możliwość ubiegania się o zamówienie a zatem winien być wykluczony z postępowania ewentualnie wezwany do złożenia uzupełnienia zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 pzp.

#### **XI. Brak zasobów kadrowych.**

- 1.Oprócz wskazanych wyżej okoliczności skutkujących wykluczeniem TOTO z postępowania należy też wskazać, iż TOTO nie dysponuje zasobami kadrowymi pozwalającymi na wykonanie zamówienia.
- 2.Jak wiadomo (vide: statut GDDKiA):
  - a.centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach dróg krajowych jest Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, który wykonuje zadania zarządcy dróg krajowych oraz realizuje budżet państwa w zakresie dróg krajowych, przy pomocy Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad czyli GDDKiA.
  - b.W skład GDDKiA wchodzi 16 Oddziałów Wojewódzkich.
  - c.GDDKiA podzielona jest na oddziały w tym Oddział Białostocki i Oddział Katowicki.
- 3.Oddział Białostocki przeprowadził postępowanie na Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Ostrów Mazowiecka - Szczuczyn, odcinek: węzeł „Łomża Zachód” (z węzłem) - węzeł „Kolno”(bez węzła), na długości około 12,922 km IS61/+ DK 64 [GPJ 6,963 km - umowa została zawarta.
  - a.Realizacja zamówienia dla Oddziału Białostockiego będzie miała miejsce w tym samym czasie co realizacja zamówienia objętego Postępowaniem.
  - b.W ofercie TOTO wskazał, iż w realizacji zamówienia będzie uczestniczył L. S. i M. R. P. .
  - c.Inwestycje są od siebie oddalone o około 600 km - czas pokonania tej odległości samochodem to (optymistycznie) 7 godzin (bez uwzględnienia przerw w podróży i koniecznego odpoczynku kierowcy) i nie ma możliwości by należycie sprawować swe obowiązki na obu realizacjach.
  - d.W tych okolicznościach uznać należy, iż - co najmniej w odniesieniu do L. S. i M. R. P. - osoby wskazane do pełnienia kluczowych funkcji dla inwestycji faktycznie nie będą pełniły zadeklarowanych funkcji - tym samym jest to oświadczenie fałszywe lub pozorne a TOTO nie posiada wymaganych zasobów.
- 4.Wnoszę o uznanie, iż TOTO nie posiada realnie wymaganych zasobów i wykluczenie TOTO z postępowania zgodnie z pkt. 7.3 IDW i 22d ust. 2 pzp. Nie ma bowiem wątpliwości, iż zaangażowanie w inne postępowanie ma negatywny wpływ na wykonanie zamówienia objętego Postępowaniem.

#### **XII. Negocjacje.**

- 1.Zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 1 pzp Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnienia treści złożonej przez nich oferty. Podobna dyspozycja znajduje się w art. 26 ust. 4 pzp stanowiącym o wyjaśnieniach dotyczących dokumentów złożonych w toku postępowania o zamówienie publiczne w celu potwierdzenia braku przesłanek do wykluczenia, spełnienia warunków podmiotowych lub kryteriów selekcji oraz spełnienia wymagań przedmiotowych (odnoszących się do przedmiotu oferty).
- 2.Art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp wprost zakazuje prowadzenia negocjacji i zmian w treści oferty. Regulacja ta jest niejako

potwierdzeniem ogólnej zasady pozwalającej na złożeniu w toku postępowania o zamówienie publiczne jedynie jednej oferty (wyjątki są nieliczne i wymienione w ustawie) co wynika z art. 82 ust. 1 pzp.

3. W Postępowaniu, GDDKiA wzywała TOTO do wyjaśnień - wyjaśnienia te dotyczyły m.in. złożonego Wykazu Osób co do Kierownika Budowy, Kierownika Robót Drogowych i Kierownika Robót Mostowych - pytania te zmierzały do uzyskania potwierdzenia spełnienia wymagań".

W związku z tym odwołujący Salini wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert.
3. wykluczenia z postępowania TOTO i odrzucenia oferty TOTO.
4. ponownej oceny ofert i dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

W dniu 9 listopada 2018 r. przystąpienia zgłosili:

1. wykonawca TOTO S.p.A. Construzioni Generali, Viale Abruzzo 410, 66100 Chieti, Włochy, zgłaszający przystąpienie do postępowań odwoławczych:
  - o sygn. akt KIO 2281/18 po stronie zamawiającego,
  - o sygn. akt KIO 2286/18 po stronie zamawiającego,
  - o sygn. akt KIO 2291/18 po stronie zamawiającego,
2. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: China Railway 14th Bureau Group Co., Ltd. Tiejian Building A, 2666, Aoti West Road, 250101 Jinan, Chiny oraz Polbud-Pomorze Sp. z o.o., Łącko 18, 88-170 Pakość, zgłaszający przystąpienie do postępowań odwoławczych:
  - o sygn. akt KIO 2286/18 po stronie odwołującego,
  - o sygn. akt KIO 2291/18 po stronie odwołującego,
3. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 32-400 Zawiercie oraz Stecol Corporation, 4-2101, 2 Rongyuan Road, Huayuan Industrial Area, Tianjin, Chiny zgłaszający przystąpienie do postępowań odwoławczych:
  - o sygn. akt KIO 2281/18 po stronie zamawiającego,
  - o sygn. akt KIO 2286/18 po stronie odwołującego,
  - o sygn. akt KIO 2291/18 po stronie odwołującego,
4. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A., Kobylarnia 8, 86-061 Brzoza oraz Prywatna Spółka Akcyjna „Zrzeszenie Budowlane Interbudmontaż”, ul. T. Strokacha, budynek 1, 03148 Kijów, Ukraina, zgłaszający przystąpienie do postępowań odwoławczych:
  - o sygn. akt KIO 2281/18 po stronie zamawiającego,
  - o sygn. akt KIO 2291/18 po stronie odwołującego,
5. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Salini Impregilo S.p.A. via dei Missaglia 97, 00142 Mediolan, Włochy oraz Salini Polska Sp. z o.o., ul. Żłota 59, 00-120 Warszawa zgłaszający przystąpienie do postępowań odwoławczych:
  - o sygn. akt KIO 2281/18 po stronie zamawiającego,
  - o sygn. akt KIO 2286/18 po stronie zamawiającego,
6. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa oraz Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A., ul. Marii Skłodowskiej-Curie 76, 59-301 Lublin zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2286/18 po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła prawidłowość przystąpienia wszystkich wykonawców.

Wykonawcy złożyli pisma procesowe w następujących postępowaniach odwoławczych:

- 1) 2281/18 – przystępujący TOTO, przystępujący Mirbud, przystępujący Salini,
- 2) 2286/18 – przystępujący TOTO, odwołujący Mirbud, przystępujący Salini,
- 3) 2291/18 – przystępujący TOTO.

Pismami z dnia 19 listopada 2018 r. zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, w których w szczególności oświadczył, że uwzględni następujące zarzuty:

1) 2281/18:

- a) zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 8, art. 24 ust. 1 pkt 15 i 16 ustawy Pzp dotyczący posiadania przez TOTO zaległości podatkowych w Drugim Urzędzie Skarbowym w Warszawie,
- b) zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp dotyczący braku pełnienia funkcji od rozpoczęcia robót przez p. J. M. wskazanego w ofercie Salini na stanowisko kierownika budowy,
- c) zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp dotyczący braku pełnienia funkcji od rozpoczęcia robót do wykonania zadania przez p. K. K. wskazanego w ofercie Intercor na stanowisko kierownika budowy,

2) 2286/18:

- a) zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp dotyczący braku pełnienia funkcji od rozpoczęcia robót przez p. J. M. wskazanego w ofercie Salini na stanowisko kierownika budowy,

3) 2291/18:

- a) zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp dotyczący braku pełnienia funkcji od rozpoczęcia robót do wykonania zadania przez p. S. L. wskazanego w ofercie TOTO na stanowisko dyrektora kontraktu – przedstawiciela wykonawcy,
- b) zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy Pzp dotyczący braku pełnienia funkcji od rozpoczęcia robót przez p. M. R. P. wskazanego w ofercie TOTO na stanowisko kierownika robót drogowych,
- c) zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp dotyczący braku pełnienia funkcji od rozpoczęcia robót do wykonania zadania przez p. F. T. wskazanego w ofercie TOTO na stanowisko kierownika robót mostowych budowy tunelu,
- d) zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy Pzp dotyczący braku pełnienia funkcji do wykonania zadania przez p. A. L. wskazanego w ofercie TOTO na stanowisko kierownika robót mostowych.

W trakcie posiedzenia i rozprawy wykonawcy złożyli następujące oświadczenia w zakresie cofnięcia zarzutów:

- 1) Odwołujący Mirbud oświadczył, że cofa odwołanie KIO 2286/18 w zakresie zarzutów: nr 4 – dotyczącego dokumentów złożonych przez TOTO dla podmiotu trzeciego Zakład Usługowo Projektowy MOSTEX T. S., nr 7 – dotyczącego zaniechania wezwania Salini do wykazania, że w dalszym ciągu dysponuje osobą p. J. M. a, oraz nr 9, 10 i 11 – dotyczących zaniechania wykluczenia Salini, PORR i Metrostav na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp i zaniechania odrzucenia ofert tych wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp,
- 2) Odwołujący Salini oświadczył na posiedzeniu, że cofa odwołanie KIO 2291/18 w zakresie zarzutów nieuwzględnionych

przez zamawiającego, tj. cofa odwołanie w zakresie zarzutów nr II.1,4,5,6 i 7, które dotyczyły wykazania przez TOTO sytuacji finansowej, wykazania przez TOTO niezalegania z podatkami, zaangażowania personelu wskazanego przez TOTO w realizację innych inwestycji oraz kwestii wyjaśniania oferty TOTO. Dodatkowo na rozprawie odwołujący Salini oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego doświadczenia p. M. R. P. .

W trakcie posiedzenia wykonawcy przystępujący po stronie zamawiającego złożyli następujące oświadczenia w zakresie sprzeciwów wobec uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego:

1)2281/18:

- a)TOTO oświadczył, że wnosi sprzeciw,
- b)Intercor oświadczył, że wnosi sprzeciw,
- c)Salini oświadczył, że wnosi sprzeciw,
- d)Mirbud oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu,

2)2286/18:

- a)Salini oświadczył, że wnosi sprzeciw,
- b)TOTO oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu,
- c)PORR oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu,

3)2291/18:

- a)TOTO oświadczył, że wnosi sprzeciw.

W trakcie posiedzenia przystępujący TOTO zgłosił wniosek o odrzucenie odwołania złożonego przez Salini (2291/18) na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Przystępujący wskazał, że p. M. T. podpisał, dołączone do odwołania, pełnomocnictwo dla p. G. P. w dniu 10 maja 2018 r., mimo że został wpisany do KRS spółki Salini Polska Sp. z o.o. dopiero w dniu 5 września 2018 r. Tym samym, w ocenie przystępującego TOTO, w dniu 10 maja 2018 r. p. M. T. nie był uprawniony do udzielenia ww. pełnomocnictwa, co oznacza, że odwołanie nie zostało podpisane przez właściwie do tego umocowane osoby. Izba ustaliła, że w ofercie wykonawcy Salini znajduje się kopia protokołu Zwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Salini Polska Sp. z o.o. z dnia 28 marca 2018 r., zgodnie z którą podjęto uchwałę w sprawie powołania p. M. T. na nowego członka i prezesa zarządu. Biorąc pod uwagę, że wpis do KRS ma charakter deklaratoryjny, Izba stwierdziła, że p. M. T. był uprawniony w dniu 10 maja 2018 r. do udzielenia pełnomocnictwa p. G. P., co oznacza, że odwołanie zostało podpisane przez właściwie umocowaną do tego osobę i nie podlega odrzuceniu. W konsekwencji nie zachodzi również podstawa do niedopuszczenia Salini do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego, ponieważ także przystąpienia zgłoszone przez Salini zostały podpisane przez właściwie umocowaną do tego osobę.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest budowa drogi ekspresowej S1 (dawniej S 69) Bielsko-Biała – Żywiec - Zwadroń, odcinek Przybędza-Miłówka (obejście Węgierskiej Górki). Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 1.659.162.958,74 zł, zaś wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowana z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania – na 1.313.554.946,63 zł. Średnia arytmetyczna wszystkich ofert wyniosła: 1.512.623.440,80 zł.

W punkcie 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”) zamawiający przewidział obligatoryjne i fakultatywne przesłanki wykluczenia. Wśród przesłanek fakultatywnych zamawiający wskazał m.in., że wykluczy wykonawcę:

8.2.2)który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;

8.2.5)który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

W punkcie 7.2.2) siwz zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej:

1)wykonawca musi wykazać średni roczny przychód za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres (na podstawie „Rachunku zysków i strat” pozycja „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”) w wysokości nie mniejszej niż 430 mln PLN,

2)wykonawca musi wykazać posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 111 mln PLN.

W punkcie 7.2.3) siwz zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

a)wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu):

1)w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

- a)1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto
- b)1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu oraz

2)w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 zadania obejmującego budowę metodą górniczą lub tarczową 1 tunelu o długości co najmniej 500m lub 2 tuneli o łącznej długości co najmniej 500 m.

W przypadku tuneli dwunawowych za tunel uznana zostanie każda z naw.

Każde wykazane zadanie może jednocześnie potwierdzać spełnianie kilku z powyższych warunków.

b)potencjał kadrowy:

Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby stanowiące Personel kluczowy, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania:

**1) osoba proponowana do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu-Przedstawiciela Wykonawcy:**

Wymagana liczba osób: 1.

- A) 1. Minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę, przebudowę lub remont lub nadzór nad budową, przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z poniższą definicją) o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach:  
Dyrektora Kontraktu, lub  
Przedstawiciela Wykonawcy, lub  
Kierownika Budowy, lub  
Zastępcy Dyrektora Kontraktu, lub  
Inżyniera Kontraktu, lub  
Inżyniera Rezydenta, lub  
Zastępcy Inżyniera Kontraktu/Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania Inżyniera.  
2. Minimum 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku/ stanowiskach samodzielnych lub kierowniczych przy realizacji zadań obejmujących roboty budowlane w ramach Inwestycji polegających na budowie, przebudowie lub remoncie Obiektu Budowlanego (zgodnie z poniższą definicją).

albo

- B) 1. Minimum 60 miesięcy doświadczenia przy zarządzaniu, z ramienia Inwestora, realizacją 1 lub 2 lub 3 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub remont dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach:  
Dyrektora jednostki organizacyjnej Inwestora, lub  
Dyrektora lub Zastępcy Dyrektora pionu do spraw realizacji inwestycji, lub  
Naczelnika lub osoby kierującej Wydziałem/Zespołem do spraw realizacji inwestycji, lub Kierownika Projektu.

**2) osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy:**

Wymagana liczba osób: 1.

Doświadczenie zawodowe:

Minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach:  
Kierownika Budowy, lub  
Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 4 km lub  
Kierownika Robót Mostowych dla co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A oraz długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu lub  
Inżyniera Kontraktu.

**3) osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Robót Drogowych:**

Wymagana liczba osób: 1

Doświadczenie zawodowe:

Doświadczenia przy realizacji 1 zadania obejmującego budowę lub przebudowę dróg lub ulic od rozpoczęcia robót do zakończenia funkcji na stanowisku: Kierownika Robót Drogowych.

Jako zakończenie funkcji należy rozumieć zakończenie wszystkich zadań przypisanych danej funkcji i realizowanych w ramach danej funkcji.

**4) osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych budowy tunelu:**

Wymagana liczba osób: 1

Doświadczenie zawodowe:

Doświadczenie przy realizacji 1 zadania obejmującego budowę metodą górniczą lub tarczową tunelu drogowego o długości co najmniej 500 m od rozpoczęcia robót do wykonania zadania lub potwierdzenie min. 36-miesięcy pracy przy realizacji metodą górniczą lub tarczową jednego, dwóch lub trzech tuneli o łącznej długości ponad 1000 m na stanowisku/stanowiskach:

Kierownik Budowy lub

Kierownik Robót Mostowych budowy tunelu lub

Inspektora Nadzoru Robót Mostowych budowy tunelu.

Jako wykonanie zadania należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia wg Klauzuli 10.1 WK FIDIC (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia).

**5) osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych (dla pozostałych obiektów Inżynierskich):**

Wymagana liczba osób: 1.

Doświadczenie zawodowe:

Doświadczenie przy realizacji 1 zadania obejmującego budowę lub przebudowę obiektów mostowych od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku:

Kierownika Robót Mostowych.

Jako wykonanie zadania należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia wg Klauzuli 10.1 WK FIDIC (dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia).

**6) osoba proponowana do pełnienia funkcji Głównego Projektanta Drogowego:**

Wymagana liczba osób: 1.

Doświadczenie zawodowe:

Minimum 10 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących opracowanie dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowych o łącznej długości tych dróg lub ulic min. 4 km na stanowisku/stanowiskach:

Głównego Projektanta Drogowego lub

Projektanta Drogowego.

Jako opracowanie dokumentacji projektowej należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Protokołu odbioru dokumentacji projektowej lub równoważnego dokumentu.

**7) osoba proponowana do pełnienia funkcji Głównego Projektanta Tunelu:**

Wymagana liczba osób: 1.

Doświadczenie zawodowe:

Doświadczenie przy opracowaniu dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę co najmniej 1 tunelu drogowego o długości min. 500 m wykonywanego metodą górniczą lub tarczową na stanowisku/stanowiskach:

Głównego Projektanta lub  
Projektanta Tunelu.

Jako opracowanie dokumentacji projektowej należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Protokołu odbioru dokumentacji projektowej lub równoważnego dokumentu.

**8) osoba proponowana do pełnienia funkcji Głównego Projektanta Mostowego (dla pozostałych obiektów inżynierskich):**

Wymagana liczba osób: 1.

Doświadczenie zawodowe:

Minimum 10 miesięcy doświadczenia przy opracowaniu dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę lub przebudowę co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A oraz długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu na stanowisku/stanowiskach:

Głównego Projektanta Mostowego lub  
Projektanta Mostowego.

Jako opracowanie dokumentacji projektowej należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Protokołu odbioru dokumentacji projektowej lub równoważnego dokumentu.

Zamawiający nie dopuszcza przedstawienia jednej osoby do pełnienia więcej niż jednej funkcji wymienionych powyżej.

W punkcie 19 siwz zamawiający określił kryteria oceny ofert: cena - 60% oraz kryteria pozacenowe – 40%.

W ramach kryteriów pozacenowych zamawiający przewidział:

**1) Podkryterium jakościowe:**

- a) właściwości przeciwpoślizgowe nawierzchni – max liczba punktów – 9,
- b) równość podłużna nawierzchni – max liczba punktów – 8,

**2) Podkryterium organizacyjne:**

Personel wykonawcy – max liczba punktów – 15.

W ramach podkryterium Wykonawca wskaże osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania wyższe niż opisane w IDW:

i. Dyrektor Kontraktu - Przedstawiciel Wykonawcy - maksymalna liczba punktów - 3;

Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę, przebudowę lub remont lub nadzór nad budową, przebudową lub remontem Obiektu Budowlanego (zgodnie z definicją wskazaną w pkt 7.2.3) b) 1) IDW - Tom I SIWZ) o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach: Dyrektora Kontraktu lub Przedstawiciela Wykonawcy lub Kierownika Budowy lub Zastępcy Dyrektora Kontraktu/Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Zastępcy Inżyniera Kontraktu/Inżyniera Rezydenta, który był zgłoszony do Zamawiającego oraz posiadał odpowiednie pełnomocnictwa do reprezentowania Inżyniera.

- za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania - Wykonawca otrzyma 1 punkt,
- za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania - Wykonawca otrzyma 3 punkty,
- za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów,
- za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.

ii. Kierownik Budowy - maksymalna liczba punktów - 3;

Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 4 km lub Kierownika Robót Mostowych dla co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A oraz długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu lub Inżyniera Kontraktu.

- za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania - Wykonawca otrzyma 1 punkt,
- za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania - Wykonawca otrzyma 3 punkty,
- za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów,
- za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.

iii. Kierownik Robót Mostowych budowy Tunelu - maksymalna liczba punktów - 5;

Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę metodą górniczą lub tarczową tunelu drogowego od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Mostowych budowy tunelu lub Inspektora Nadzoru Robót Mostowych budowy tunelu.

- za każdy tunel o długości powyżej 2 000 m - wykonawca otrzyma 2,5 pkt,
- za każdy tunel o długości od 1 000 m do 2 000 m - wykonawca otrzyma 1,5 pkt,

Łącznie nie więcej niż 5 pkt.

- za niewykazanie tuneli potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów,
- za tunele, które nie potwierdzą w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.

iv. Główny Projektant Tunelu - maksymalna liczba punktów - 4;

Doświadczenie przy opracowaniu dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę tunelu drogowego wykonywanego metodą górniczą lub tarczową na stanowisku/stanowiskach: Głównego Projektanta Tunelu lub Projektanta Tunelu.

- za każdy tunel o długości powyżej 2 000 m - wykonawca otrzyma 2 pkt,
- za każdy tunel o długość od 1 000 m do 2 000 m - wykonawca otrzyma 1 pkt,

Łącznie nie więcej niż 4 pkt.

- za niewykazanie tuneli potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów,
- za tunele, które nie potwierdzą w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.

W przypadku niedotrzymania podkryterium lub jego części Zamawiający zastosuje redukcję Ceny Kontraktowej, zgodnie z Subklauzulą 13.8 [Korekty wynikające ze zmian kosztu], za każdy dzień braku pełnienia funkcji przez każdą z

zadeklarowanych osób spełniających odpowiednie wymagania, w wysokości określonej w Załączniku nr 1 do dokumentu Dane Kontraktowe.

3) Termin realizacji kontraktu – max liczba punktów – 8.

W punkcie 19.1.4. siwz zamawiający wskazał, co następuje:

„Zamawiający informuje, że Formularz „Kryteria pozacenowe” w zakresie podkryterium „Personel Wykonawcy” nie stanowi dokumentu składanego w celu potwierdzenia spełniania warunków, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp może mieć zastosowanie jedynie w zakresie wyjaśnienia treści złożonych ofert. W następstwie czynności złożenia wyjaśnień Wykonawca nie może uzupełniać Formularza „Kryteria pozacenowe” w zakresie podkryterium „Personel Wykonawcy” o dodatkowe zadania nieujęte w Formularzu lub dokonywać ich zmiany.

Jeśli w wyniku zastosowania procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie okoliczności, o których mowa w 25 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawca dokona zmiany osoby wskazanej na stanowisko, które podlega ocenie i punktacji w ramach kryterium „Personel Wykonawcy” - podkryterium opisane w pkt 19.1.2.2 ppkt 2) a) - wówczas Zamawiający w ramach tego podkryterium nie przyzna punktów.

Wykonawca w ramach kryterium „Personel Wykonawcy” może wskazać tylko jedną osobę na stanowiska wskazane w podkryterium opisane w pkt 19.1.2.2 ppkt 2) a). W przypadku, gdy Wykonawca wskaże więcej niż 1 osobę do pełnienia danej funkcji, Zamawiający oceniać będzie jedynie tę osobę, która została wskazana jako pierwsza w kolejności.”

Pismem z dnia 24 sierpnia 2018 r. zamawiający wezwał wykonawcę TOTO do złożenia m.in. dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca w odpowiedzi na ww. pismo przedłożył m.in.:

- wydane przez Agencja Entrate (Urząd Skarbowy) „Zaświadczenie o niezaleganiu z zobowiązaniami podatkowymi wynikającymi z informatycznego systemu ewidencji podatkowej”, w którym stwierdzono, że „nie istnieją zaległe zobowiązania w zakresie dotyczącym podatków bezpośrednich, podatków od towarów i usług, podatków pośrednich od działalności oraz innych podatków pośrednich” oraz że: „Niniejsze zaświadczenie nie ma zastosowania dla organów administracji publicznej ani dla prywatnych zarządców służb publicznych”;
- informację banku, w której stwierdzono, że „Klient ma możliwość otrzymać kredyt w wysokości 25 922 466,14 euro”;
- wykaz robót budowlanych, w którym wskazano dwie inwestycje:
  - „Realizacja sieci dróg miejskich przynależnych do autostrady A24 na odcinku od ulicy via Palmiro Togliatti do Stacji Rzym Wschód i przebudowa barier ochronnych i znaków drogowych od Casal Bertone do Stacji Rzym Wschód”;
  - „Budowa Autostrady A1 Mediolan – Neapol – dostosowanie odcinka przecinającego Apeniny pomiędzy Sasso Marconi a Barberino di Mugello – Trasa La Quercia – Badia Nuova – Odcinek Val di Sambro – Badia Nuova Lot 6 7”.

Pismem z dnia 24 października 2018 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TOTO. Poszczególne oferty zostały ocenione następująco:

1) oferta wykonawcy TOTO – 98 pkt, w tym:

- za dyrektora kontraktu – 3 pkt,
- za kierownika budowy – 1 pkt,
- za kierownika robót mostowych budowy tunelu – 5 pkt,
- głównego projektanta tunelu – 4 pkt,

2) oferta konsorcjum Salini – 89,22 pkt, w tym:

- za dyrektora kontraktu – 3 pkt,
- za kierownika budowy – 3 pkt,
- za kierownika robót mostowych budowy tunelu – 5 pkt,
- głównego projektanta tunelu – 4 pkt,

3) oferta konsorcjum MIRBUD – 88,92 pkt, w tym:

- za dyrektora kontraktu – 3 pkt,
- za kierownika budowy – 3 pkt,
- za kierownika robót mostowych budowy tunelu – 2,5 pkt,
- głównego projektanta tunelu – 4 pkt,

4) oferta konsorcjum Intercor – 83,99 pkt, w tym:

- za dyrektora kontraktu – 3 pkt,
- za kierownika budowy – 3 pkt,
- za kierownika robót mostowych budowy tunelu – 1,5 pkt,
- głównego projektanta tunelu – 4 pkt,

5) oferta konsorcjum China Railway – 80,80 pkt, w tym:

- za dyrektora kontraktu – 3 pkt,
- za kierownika budowy – 3 pkt,
- za kierownika robót mostowych budowy tunelu – 5 pkt,
- głównego projektanta tunelu – 0 pkt,

6) oferta konsorcjum Metrostav – 73,50 pkt, w tym:

- za dyrektora kontraktu – 3 pkt,
- za kierownika budowy – 3 pkt,
- za kierownika robót mostowych budowy tunelu – 5 pkt,
- głównego projektanta tunelu – 4 pkt,

7) oferta konsorcjum PORR – 73,31 pkt, w tym:

- za dyrektora kontraktu – 3 pkt,
- za kierownika budowy – 3 pkt,
- za kierownika robót mostowych budowy tunelu – 5 pkt,
- głównego projektanta tunelu – 4 pkt.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołania i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179

ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez nich szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania zamawiającego.

#### **ODWOŁANIE KIO 2281/18**

Odwołanie to zostało w części uwzględnione przez zamawiającego, jednakże trzech przystępujących wniosło sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów, zaś odwołujący China Railway nie wycofał żadnego zarzutu. W związku z tym wszystkie zarzuty odwołania podlegają rozpoznaniu.

#### **Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy TOTO z powodu dopuszczenia się przez niego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych.**

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Przepis ten stanowi implementację do polskiego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. c) dyrektywy klasycznej 2014/24/UE, zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji: jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które poddaje w wątpliwość jego uczciwość.

Na uwagę zasługuje także treść motywu 101 preambuły dyrektywy 2014/24/UE dotycząca ww. przepisu, zgodnie z którą: „instytucje zamawiające powinny mieć możliwość wykluczenia wykonawców, którzy okazali się nierzetelni, na przykład z powodu naruszeń obowiązków środowiskowych lub społecznych, w tym przepisów dotyczących dostępności dla osób niepełnosprawnych, lub innych form poważnych wykroczeń zawodowych, takich jak naruszenie reguł konkurencji lub praw własności intelektualnej. Należy sprecyzować, że poważne wykroczenie zawodowe może poddać w wątpliwość uczciwość wykonawcy, a tym samym sprawić, że nie będzie on odpowiedni, by uzyskać zamówienie publiczne, niezależnie od tego, czy dany wykonawca posiadałby poza tym techniczną i ekonomiczną zdolność do realizacji zamówienia. Mając na uwadze fakt, że instytucja zamawiająca będzie odpowiadać za skutki swojej ewentualnie błędnej decyzji, instytucje zamawiające powinny również zachować możliwość uznania, że doszło do poważnego wykroczenia zawodowego, gdy – przed wydaniem ostatecznej i wiążącej decyzji o istnieniu obowiązkowych podstaw wykluczenia – mogą one wykazać za pomocą dowolnych środków, że dany wykonawca naruszył swoje obowiązki, w tym obowiązki dotyczące płacenia podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, chyba że przepisy krajowe stanowią inaczej. Instytucje te powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy. Przepisy krajowe powinny określać maksymalny czas trwania takich wykluczeń. Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie”.

Na temat ww. podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania wypowiedział się także Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w orzeczeniu z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta i ABC Direct Contact. W ww. wyroku Trybunał stwierdził m.in.:

„27. W tym względzie należy stwierdzić, że jak słusznie podnosi rząd polski, pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” obejmuje wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązków zawodowych wykonywanych przez wykonawcę, które stwierdzane są przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu sądowym. (...)

29. W związku z tym niewykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę można co do zasady uznać za wykroczenie zawodowe.

30. Jednak pojęcie „poważnego wykroczenia” należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem.

31. Ponadto stwierdzenie istnienia „poważnego wykroczenia” wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy”.

Z wyżej przedstawionych aktów prawnych i orzeczenia wynika, co następuje.

Art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp przewiduje przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, które muszą zostać spełnione kumulatywnie:

- zawinione naruszenie,
- poważne naruszenie obowiązków zawodowych,
- podważenie uczciwości wykonawcy,
- w szczególności zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo,
- w szczególności niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia,
- możliwość wykazania przez zamawiającego za pomocą stosownych środków dowodowych.

Z motywu 101 preambuły dyrektywy wynika, że poważne wykroczenie zawodowe zachodzi m.in. wtedy, kiedy wykonawca dopuścił się poważnych braków w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów, przy czym Ustawodawca unijny przykładowo podaje sytuacje polegające na niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zamówienia, ale też inne „niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy”. Jednocześnie Ustawodawca unijny podkreśla obowiązek zachowania przez instytucję zamawiającą zasady proporcjonalności przy ocenie konkretnych okoliczności faktycznych. Zgodnie z ww. zasadą zamawiający nie powinien podejmować czynności, które nie są absolutnie niezbędne do osiągnięcia celu, co w tym przypadku oznacza, że nie powinien wykluczać wykonawcy z postępowania, jeżeli istnieją jakiegokolwiek wątpliwości co do dopuszczenia się przez niego poważnego wykroczenia zawodowego i możliwości należytego wykonania udzielanego zamówienia. Jednocześnie TSUE w ww. wyroku precyzuje, że winę wykonawcy w dopuszczeniu się poważnego wykroczenia zawodowego należy rozumieć jako „zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo” oraz że nie każde nieprawidłowe wykonanie umowy jest

poważnym wykroczeniem zawodowym, ale każdorazowo zamawiający zobowiązany jest do „przeprowadzenia konkretnej iindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy”.

Opierając się na wyżej opisanych podstawach prawnych i oceniając konkretne zachowanie wykonawcy TOTO w trakcie realizacji zadania pn. „Budowa drogi ekspresowej S-5 Poznań - Wrocław odcinek Poznań (A2, w. Głuchowo) - Wronczyn (kontrakt S-5)”, Izba stwierdziła, co następuje.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że w ocenie Izby, niepłacenie podwykonawcom należnego im wynagrodzenia stanowi jeden z możliwych przykładów wykroczenia zawodowego. Sytuacja taka świadczy bowiem nie tylko o nienależnym wykonywaniu zawartych umów, ale także o naruszeniu wynikającego z kodeksu cywilnego obowiązku wykonywania zobowiązań. Aby jednak wykroczenie to miało charakter poważny, jak tego wymagają przytoczone powyżej przepisy, niepłacenie podwykonawcom wynagrodzeń musi mieć miejsce w sytuacji, kiedy dotyczy wielu spośród pracujących na rzecz danego wykonawcy podwykonawców lub dotyczy dużych wartościowo kwot zaległości. Innymi słowy, wykroczenie zawodowe jest poważne zarówno w sytuacji, gdy jest wielu podwykonawców, którym wykonawca zalega z wynagrodzeniem, nawet jeżeli wysokość niewypłaconych wynagrodzeń nie jest wysoka, jak też w sytuacji, gdy oczekujących na wynagrodzenie wykonawców jest niewielu, ale wartości zaległych kwot są wysokie w skali danej inwestycji. Każda z tych sytuacji jest bowiem niedopuszczalna z prawnego i gospodarczego punktu widzenia, a zatem stanowi „niewłaściwe zachowanie”, o którym mowa w motywie 101 preambuły dyrektywy klasycznej lub „nieprawidłowe wykonanie umowy”, o którym mowa w ww. orzeczeniu TSUE.

Odnosząc powyższe do przypadku wykonawcy TOTO, Izba uznała, że zachodzą obydwie wyżej wymienione sytuacje. Przede wszystkim, w ocenie Izby, odwołujący udowodnił fakt niewypłacania przez wykonawcę TOTO wynagrodzeń podwykonawcom szczególnie poprzez przedstawienie na rozprawie dowodów w postaci kopii: korespondencji pomiędzy tymi podwykonawcami a GDDKiA Oddział w Poznaniu, wystawionych faktur wezwań do zapłaty dotyczących konkretnych podwykonawców. Z przedstawionych przez odwołującego dowodów wynika zarówno wielość oczekujących na wynagrodzenie podwykonawców (kilkudziesięciu), jak i duża wartościowo wysokość zaległych kwot, np. ok. 926 tys. zł, ok. 2,7 mln zł, ok. 4,7 mln zł. Jednocześnie należy zauważyć, że przystępujący TOTO nie zakwestionował tych dowodów, jak też przyznał, że zaległości TOTO wobec podwykonawców na ww. inwestycji miały miejsce. Tym samym należy uznać, że wykonawca TOTO w trakcie realizacji ww. inwestycji dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych.

Jednakże należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp samo zaistnienie poważnego wykroczenia zawodowego nie jest wystarczające do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Analizując pozostałe przesłanki wynikające z ww. przepisu Izba stwierdziła, że po pierwsze, odwołujący nie udowodnił, że wykonawca TOTO dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego w sposób zawiniony. Odwołujący w ogóle nie przytoczył faktów lub argumentów, jak też nie przedstawił dowodów, świadczących o winie wykonawcy TOTO, w tym o zamierzonym działaniu lub poważnym niedbalstwie, na które wskazuje TSUE w ww. orzeczeniu i które wskazuje art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp jako szczególnie przypadek zawinienia. W związku z tym Izba nie znalazła podstaw, by stwierdzić, że TOTO działał w sposób zawiniony.

Po drugie, należy zauważyć, że zarówno Ustawodawca polski w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, jak i Ustawodawca unijny w art. 57 ust. 4 lit. c) i w motywie 101 dyrektywy klasycznej, przewidzieli konieczność stwierdzenia, że podważona zostaje uczciwość wykonawcy. W świetle tej przesłanki należy, w ocenie Izby, przede wszystkim ocenić reakcję wykonawcy na dopuszczenie się przez niego poważnego wykroczenia zawodowego. Odnosząc powyższe do przypadku wykonawcy TOTO należy zatem zwrócić uwagę na przedłożone przez niego na rozprawie dowody w postaci kopii porozumień zawartych z GDDKiA Oddział w Poznaniu. W porozumieniach tych zawarto m.in. następujące postanowienia:

„1. Strony zgodnie postanawiają, że na mocy Porozumienia, Wykonawca wraz z wystawieniem faktur VAT, o których mowa w § 2 ust. 2 Porozumienia, na podstawie art. 921<sup>1</sup> k.c., przekazuje Wierzytelność Wykonawcy, o której mowa w § 2 ust. 2 Porozumienia, Wskazanym Podwykonawcom oraz upoważnia Wskazanych Podwykonawców do przyjęcia przekazu, a Zamawiającego do spełnienia świadczenia na rzecz Podwykonawców w kwotach odpowiadających poszczególnym Wierzytelnościom Wskazanych Podwykonawców, opisanego w Załączniku nr 1 do Porozumienia.

2. Zamawiający oświadcza, że przekaz przyjmuje i zgodnie z art. 921<sup>1</sup> k.c. jest zobowiązany do spełnienia świadczenia na rzecz Wskazanych Podwykonawców. Zapłata nastąpi na rachunki bankowe Wskazanych Podwykonawców, wymienione w Załączniku nr 1, z zastrzeżeniem ust. 4 poniżej”.

Z ww. zawartych porozumień wynika, że wykonawca TOTO zgodził się na wypłacenie przez GDDKiA z należnego mu wynagrodzenia, wynagrodzeń przysługujących podwykonawcom. Wykonawca nie „uciekł” zatem od powstałych na budowie problemów, w szczególności nie uchylił się od odpowiedzialności za zaległości wobec podwykonawców, jak też nie odstąpił od realizacji inwestycji, ale podjął działania w celu naprawy sytuacji, skutkiem czego należności podwykonawców zostały ostatecznie uregulowane. Tym samym, biorąc pod uwagę zachowanie wykonawcy wobec zaistniałej sytuacji, nie można stwierdzić, że podważona została jego uczciwość. W konsekwencji nie została spełniona kolejna przesłanka, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

W przypadku realizacji przez wykonawcę TOTO ww. odcinka drogi S-5, nie zachodzi także przesłanka, którą Ustawodawca polski podaje w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp jako przykładową, tj. niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia. Inwestycja jest nadal przez TOTO realizowana i na obecnym etapie brak jest informacji, jak też odwołujący nie przedstawił na to dowodów, aby inwestycja miała być niewykonana lub nienależycie wykonana.

Wreszcie, biorąc pod uwagę przedstawione powyżej okoliczności, nie ma możliwości wykazania przez zamawiającego za pomocą stosownych środków dowodowych, że zachodzą wszystkie przesłanki wymienione w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, co zamawiający przyznał także na rozprawie.

Tym samym, biorąc pod uwagę wyżej przytoczone regulacje prawne oraz okoliczności sprawy, nie można uznać, że wykonawca TOTO podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

#### **Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy TOTO z powodu zaległości podatkowych.**

W odwołaniu odwołujący postawił zarzut, zgodnie z którym przystępujący TOTO posiada w Drugim Mazowieckim Urzędzie Skarbowym w Warszawie zaległości z tytułu niepłacenia podatków na kwotę ponad 1,7 mln zł. Z przedstawionych na rozprawie okoliczności i dowodów wynika m.in., że:

1. 13.06.2018 r. to dzień składania ofert w niniejszym postępowaniu.

2. Zgodnie z argumentacją wykonawcy TOTO od grudnia 2017 r. do końca lipca 2018 r. nie składał on do GDDKiA żadnych faktur, w związku z czym nie istniał obowiązek podatkowy. Tym samym w dniu składania ofert, tj. w dniu 13.06.2018 r., nie istniały zaległości podatkowe.

3. Zgodnie z zaświadczeniem Drugiego Mazowieckiego Urzędu Skarbowego z dnia 30.11.2018 r. wykonawca TOTO nie miał zaległości podatkowych na dzień 13.06.2018 r.
4. W dniu 12.09.2018 r. wykonawca TOTO otrzymał od Drugiego Mazowieckiego Urzędu Skarbowego w Warszawie upomnienia datowane na dzień 09.08.2018 r., 16.08.2018 r. i 29.08.2018 r., wzywające do uregulowania należności za okres: styczeń 2018 r., dwukrotnie za kwiecień 2018 r., maj 2018 r., dwukrotnie za marzec 2018 r., lipiec 2018 r.
5. W dniu 11.10.2018 r. do GDDKiA Oddział w Poznaniu wpłynęło zawiadomienie o zajęciu wierzytelności przysługujących wykonawcy TOTO (jako liderowi konsorcjum) dokonane przez Drugi Mazowiecki Urząd Skarbowy w Warszawie dotyczące okresów: styczeń 2018 r., marzec 2018 r., kwiecień 2018 r., maj 2018 r. i lipiec 2018 r. Jak dalej wskazuje GDDKiA: „Zajęcie to zostało przez GDDKiA zrealizowane z wynagrodzenia należnego Wykonawcy na podstawie porozumienia z dnia 17.10.2018 r.”

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że przystępujący TOTO przedstawił dowód w postaci zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach z dnia 30.11.2018 r., w którym Drugi Mazowiecki Urząd Skarbowy wprost zaświadczył, że „nie ujawniono zaległości podatkowych wnioskodawcy wymienionego w części A, wg stanu na dzień 13.06.2018 r.” Niniejszy dowód powoduje, że tracą na znaczeniu wątpliwości dotyczące tego, że przystępujący musiał składać w Urzędzie Skarbowym deklaracje podatkowe, a zatem musiał także posiadać wiedzę o należnościach podatkowych, które na nim ciążyą. Za wiarygodne należy zatem uznać argumenty wykonawcy TOTO o tym, że nie istniały po jego stronie zaległości podatkowe do czasu wystawiania faktur na rzecz GDDKiA. Oznacza to, że zaległości płatności podatków musiały powstać po 13.06.2018 r. Innymi słowy: wykonawca TOTO miał zobowiązania podatkowe za okres m.in.: styczeń 2018 r., marzec 2018 r., kwiecień 2018 r. i maj 2018 r., jak wynika z upomnień i zajęcia wierzytelności, ale obowiązek zapłacenia podatku za ww. okresy nie powstał przed dniem 13.06.2018., skoro Urząd Skarbowy wystawił w dniu 30.11.2018 r. zaświadczenie stwierdzające w nim, że na dzień 13.06.2018 r. nie istniały zaległości podatkowe TOTO.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, wykonawca mimo naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków nie podlega wykluczeniu, jeżeli m.in. dokonał płatności należnych podatków. W tym miejscu należy przypomnieć, że na mocy porozumienia z dnia 17.10.2018 r. GDDKiA Oddział w Poznaniu dokonała zapłaty na rzecz Urzędu Skarbowego. Tym samym podatek należny od TOTO został ostatecznie zapłacony, ale nie przez wykonawcę, tylko przez GDDKiA. Powstaje zatem pytanie, czy w opisaną sytuację można uznać, że w istocie to wykonawca TOTO zapłacił podatek, skoro jego wartość została zapłacona z jego wynagrodzenia. Izba stanęła na stanowisku, że oceniając ww. sytuację, należy mieć na względzie nie to, który podmiot technicznie dokonał przelewu na konto Urzędu Skarbowego, ale to z czyich środków faktycznie należność ta została pokryta. W tym wypadku – należność została faktycznie pokryta ze środków należnych wykonawcy TOTO. W konsekwencji Izba uznała, że w przedmiotowej sprawie zachodzi wyjątek, o którym mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, tj. wykonawca TOTO wprawdzie naruszył po dniu 13.06.2018 r. obowiązki dotyczące płatności podatków, ale następnie dokonał płatności tychże podatków, przez co nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie ww. przepisu.

Wykonawca TOTO nie podlega także wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, ponieważ nie zachodzi wobec niego przesłanka wydania prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków. Fakt taki nie został w każdym razie podniesiony i udowodniony ani w odwołaniu, ani na rozprawie, zatem nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu. Ponadto w tym przypadku również zachodzi wyjątek, o którym mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, tj. fakt uiszczenia w ostateczności należności podatkowej.

Nie można także zgodzić się z odwołującym, że wykonawca TOTO podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp z powodu poważnego naruszenia obowiązków zawodowych polegającego na niezapłaceniu podatku. Przede wszystkim w trakcie postępowania odwoławczego nie zostało wykazane, że zaległości podatkowe powstały w sposób zawiniony. Ponadto nie można uznać, że podważona została uczciwość wykonawcy TOTO, skoro zawarł on z GDDKiA Oddział w Poznaniu porozumienie z dnia 17.10.2018 r., na mocy którego ustalono, że nastąpi zajęcie należności wykonawcy i zapłacenie podatku. Tym samym zaległość podatkowa została ostatecznie uregulowana, co nie może świadczyć o podważeniu uczciwości wykonawcy.

Odnosząc się natomiast do kwestii wykluczenia wykonawcy TOTO na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, należy zauważyć, że zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu 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. Jak już ustalono powyżej, w dniu składania ofert, tj. w dniu 13.06.2018 r. nie istniały zaległości podatkowe po stronie wykonawcy TOTO. Oznacza to, że wykonawca nie wprowadził zamawiającego w błąd wpisując w JEDZ, że nie zalega z podatkami. Jak wynika z przedstawionych na rozprawie dokumentów, zaległości podatkowe, których dotyczyły upomnienia i postępowanie egzekucyjne, musiały powstać później, tj. po dniu 13.06.2018 r. Należy jednak zauważyć, że obowiązujące przepisy nie przewidują obowiązku informowania zamawiającego bez wezwania z jego strony o zaległościach powstałych pod dniem składania ofert. W niniejszej sprawie na wezwanie zamawiającego z dnia 24.08.2018 r. w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przystępujący TOTO przedstawił żądane dokumenty, w tym zaświadczenie włoskiego Urzędu Skarbowego (Agencja Entrate) o tym, „że nie istnieją zaległe zobowiązania w zakresie dotyczącym podatków pośrednich, podatków od towarów i usług, podatków pośrednich od działalności oraz innych podatków pośrednich”. Zaświadczenie to wykonawca przedłożył zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 2 lit. b) Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126). Tym samym wykonawca zadośćuczynił żądaniu zamawiającego i nie można zarzucić mu, że nie wypełnił ciężących na nim obowiązków.

Należy raz jeszcze podkreślić, że nie istnieje przepis, który zobowiązywałby wykonawcę do informowania zamawiającego z własnej inicjatywy o powstaniu zaległości podatkowej po dniu składania ofert. Wykonawca ma obowiązek jedynie na wezwanie zamawiającego przedłożyć wymagane w ogłoszeniu lub siwz oświadczenia i dokumenty i w niniejszej sprawie wykonawca TOTO temu obowiązkowi sprostał. W świetle celu, jakim jest wybór wykonawcy m.in.

niepodlegającego wykluczeniu i spełniającego warunki udziału w postępowaniu, istniejące regulacje prawne wydają się być zatem niewystarczające, niemniej jednak konsekwencjami takich luk prawnych nie można obarczać wykonawcy. Tym samym Izba uznała, że wykonawca TOTO nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Na marginesie jedynie należy dodać, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczy postępowań dwuetapowych (np. przetarg ograniczony), natomiast niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

**Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy Salini z powodu brania udziału w przygotowaniu postępowania.**

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 19, przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji; zamawiający wskazuje w protokole sposób zapewnienia konkurencji.

Ww. przepisy stanowią implementację do polskiego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. f) dyrektywy klasycznej 2014/24/UE, zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji: jeżeli zakłócenie konkurencji wynikające z wcześniejszego udziału wykonawców w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 41, nie może zostać wyeliminowane za pomocą mniej inwazyjnych środków. Zgodnie z art. 41 ww. dyrektywy: jeżeli kandydat, oferent lub przedsiębiorstwo powiązane z kandydatem lub oferentem doradzają instytucji zamawiającej – niezależnie od tego, czy odbywa się to w kontekście art. 40, czy nie – lub w inny sposób są zaangażowane w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, instytucja zamawiająca podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział danego kandydata lub oferenta nie zakłóca konkurencji. Wspomniane środki obejmują przekazywanie pozostałym kandydatom lub oferentom istotnych informacji wymienianych w ramach lub w wyniku zaangażowania kandydata lub oferenta w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia oraz wyznaczanie odpowiednich terminów składania ofert. Danego kandydata lub oferenta wyklucza się z udziału w postępowaniu wyłącznie w przypadku, gdy nie ma innego sposobu zapewnienia zgodności z obowiązkiem przestrzegania zasady równego traktowania. Przed każdym takim wykluczeniem kandydaci lub oferenci muszą mieć możliwość udowodnienia, że ich zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie jest w stanie zakłócić konkurencji. Podjęte środki dokumentuje się w indywidualnym sprawozdaniu wymaganym zgodnie z art. 84.

Z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp wynika, że podstawa wykluczenia zachodzi, gdy udział w przygotowaniu postępowania brał:

- sam wykonawca lub
- pracownik wykonawcy lub
- osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług.

Jednocześnie zarówno Ustawodawca polski, jak i Ustawodawca unijny przewidują wykluczenie wykonawcy wyłącznie w sytuacji, gdy nie można w inny sposób zapewnić konkurencji w postępowaniu. Przy czym w art. 41 dyrektywy Ustawodawca unijny wskazał, w jaki sposób może zostać zapewniona konkurencja: „wspomniane środki obejmują przekazywanie pozostałym kandydatom lub oferentom istotnych informacji wymienianych w ramach lub w wyniku zaangażowania kandydata lub oferenta w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia oraz wyznaczanie odpowiednich terminów składania ofert”.

Odnosząc powyższe do przypadku wykonawcy Salini, należy w pierwszej kolejności przypomnieć, że wykonawca ten korzysta z zasobów podmiotu trzeciego Mosty Katowice Sp. z o.o., który udostępnia wykonawcy Salini określone osoby, które przygotowały dokumentację projektową inwestycji będącą przedmiotem niniejszego postępowania.

W związku z tym w pierwszej kolejności należy zauważyć, że art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp jest jednoznaczny w zakresie wymienienia podmiotów biorących udział w przygotowaniu postępowania, zaś przesłanek wykluczenia nie wolno interpretować rozszerzająco. W świetle powyższego, po pierwsze należy podkreślić, że osoby udostępnione przez spółkę Mosty Katowice nie należą do żadnej z kategorii podmiotów wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Osoby te nie są z pewnością samym wykonawcą Salini, ani jego pracownikami, jak też w szczególności osób tych nie łączy z wykonawcą Salini umowa zlecenia, umowa o dzieło lub inna umowa o świadczenie usług. W szczególności odwołujący w żaden sposób nie udowodnił istnienia takiej umowy, jak też dowodem jej zawarcia nie jest zobowiązanie o udostępnieniu zasobów złożone przez spółkę Mosty Katowice. Ponadto wykonawca Salini zaprzeczył istnieniu takiej umowy, składając jako dowód na rozprawie: oświadczenie spółki Mosty Katowice o braku takiej umowy pomiędzy udostępnionymi osobami a wykonawcą Salini, oświadczenie p. P. O. – koordynatora projektantów zatrudnionych przez Salini o korzystaniu z własnej wiedzy i doświadczenia oraz z wiedzy i doświadczenia konsorcjum projektantów włoskich oraz umowę zawartą pomiędzy Salini Impregilo S.p.A. a SWS Engineering S.p.A. w zakresie doradztwa specjalistycznego dotyczącego przedmiotowej inwestycji polegającego na analizie dokumentacji projektowej oraz przedstawieniu dotyczących jej wniosków. W świetle powyższego, skoro osób udostępnionych przez Mosty Katowice Sp. z o.o. nie wiązała z wykonawcą Salini żadna umowa, to nie można uznać, że w niniejszej sprawie zachodzi przesłanka, w myśl której udział w przygotowaniu postępowania musi brać wykonawca, jego pracownik lub osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług.

Po drugie, art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp przewiduje wykluczenie wykonawcy z postępowania, jeżeli jego udział w tym postępowaniu zakłócałby konkurencję. W tym miejscu należy stwierdzić, że zakłócenie konkurencji na etapie ubiegania się o zamówienie może mieć miejsce jedynie w sytuacji, gdy osoby biorące udział w przygotowaniu postępowania i pracujące na rzecz wykonawcy (na podstawie jakiegokolwiek umowy) biorą udział w przygotowaniu jego oferty. Tylko uczestnictwo w przygotowaniu oferty może mieć bowiem jakikolwiek wpływ na konkurencję na takim etapie postępowania, jakim jest złożenie ofert i ich ocena przez zamawiającego. Tym samym wpływ na konkurencję na etapie

ubiegania się wykonawców o zamówienie nie może mieć zamiar danego wykonawcy do wykorzystania określonych osób dopiero na etapie realizacji tego zamówienia. Z takim właśnie zamiarem mamy do czynienia w przypadku wykonawcy Salini. Zarówno z JEDZ złożonego przez spółkę Mosty Katowice i dołączonego do oferty Salini, jak i z oświadczenia spółki Mosty Katowice złożonego na rozprawie przez wykonawcę Salini wynika, że udostępnione przez Mosty Katowice osoby będą pracowały na rzecz Salini dopiero na etapie realizacji zamówienia. Tym samym na obecnym etapie postępowania nie można uznać, że korzystanie przez Salini z osób udostępnionych przez spółkę Mosty Katowice, w jakikolwiek sposób zakłóca uczciwą konkurencję.

Po trzecie, w art. 41 dyrektywy klasycznej Ustawodawca unijny przewidział środki zapobiegające ograniczeniu konkurencji w omawianych okolicznościach, tj. przekazywanie wykonawcom istotnych informacji znanych wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu postępowania oraz wyznaczenie odpowiedniego terminu składania ofert. W niniejszym postępowaniu zamawiający udostępnił dokumentację projektową wszystkim wykonawcom na jednakowych zasadach i wykonawcy nie kwestionowali jej treści i zakresu. Ponadto termin składania ofert został wyznaczony zgodnie z obowiązującymi przepisami, zatem wykonawcy dysponowali odpowiednim czasem na zapoznanie z ww. dokumentacją. W świetle powyższego nie można uznać, że w postępowaniu nastąpiło zakłócenie konkurencji, a zwłaszcza, że nastąpiło takie zakłócenie konkurencji, którego nie da się usunąć w inny sposób niż poprzez wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Tym samym, biorąc pod uwagę wyżej przytoczone regulacje prawne oraz okoliczności sprawy, nie można uznać, że wykonawca Salini podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. W konsekwencji wykonawca Salini nie podlega także wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, ponieważ z uwagi na wyżej opisane okoliczności nie można uznać, że wprowadził zamawiającego w błąd co do swojego udziału w przygotowaniu postępowania. Nie można także uznać, aby w świetle wyżej opisanych okoliczności wykonawca Salini miał obowiązek korzystać z procedury samooczyszczczenia na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, należy zauważyć, że przepis ten ma zastosowanie przed wykluczeniem wykonawcy z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Jak wskazano już wyżej, w niniejszej sprawie nie zachodzi przesłanka do wykluczenia wykonawcy Salini na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, zatem należy uznać, że nie zachodzi także podstawa do zastosowania art. 24 ust. 10 ustawy Pzp. Tym samym zarzut podlega oddaleniu.

Również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 96 ust. 1 pkt 7 lit. a) ustawy Pzp nie potwierdził się, ponieważ zgodnie z ww. przepisem zamawiający wskazał w protokole postępowania, że nie wykluczono żadnych wykonawców, jak też podał nazwy wykonawców. Zgodnie z postawionym w odwołaniu zarzutem zamawiający rzeczywiście nie wypełnił natomiast w pkt 3.2. protokołu postępowania miejsca przewidzianego na opisanie sytuacji, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, ale podkreślić należy, że takie zaniechanie zamawiającego nie ma wpływu na wynik postępowania, zatem odwołanie w tym zakresie podlega oddaleniu.

**Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy Salini i przyznania mu zawyżonej liczby punktów z powodu doświadczenia p. M. i p. M. .**

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kwestionowanego przez odwołującego doświadczenia p. M. M., należy przypomnieć, że w odwołaniu wskazano, że osoba ta nie pełniła funkcji Kierownika Budowy ani żadnej innej funkcji na wymienionych w ofercie inwestycjach, jak też nie pełniła jej od rozpoczęcia robót do zakończenia zadania. Jednocześnie w odwołaniu nie zostały wskazane żadne okoliczności precyzujące i uzasadniające ww. tezę, jak też w trakcie rozprawy odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji i dowodów popierających ww. stanowisko. Wobec braku ze strony odwołującego, zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie, argumentów i dowodów na poparcie zarzutu dotyczącego p. M., Izba stwierdziła, że nie ma podstaw, aby uznać, że zamawiający przyznając przystępującemu Salini punkty za jego doświadczenie, naruszył art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kwestionowanego przez odwołującego doświadczenia p. J. M., należy przypomnieć, że w odwołaniu wskazano, że osoba ta nie pełniła funkcji Kierownika Robót Drogowych dla odcinka powyżej 4 km i Kierownika Budowy od rozpoczęcia robót na inwestycji „Przebudowa drogi krajowej nr 7 do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Grójec – Białobrzegi”. W ofercie Salini wskazano, że p. M. pełnił funkcję Kierownika Robót Drogowych dla odcinka powyżej 4 km (w tym przypadku dla całej przebudowywanej trasy) od 07.01.2008 r., a następnie funkcję Kierownika Budowy od 03.09.2009 r. Z kolei zdaniem odwołującego roboty rozpoczęły się w dniu 14.11.2007 r., a p. M. zaczął pełnić funkcję Kierownika Robót Drogowych od 14.07.2008 r., a następnie funkcję Kierownika Budowy – od 03.09.2009 r.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że w zakresie rozumienia pojęcia „rozpoczęcie robót” Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 3 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1202/18, w którym wskazano: „Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że w opisie ww. podkryterium zamawiający posługuje się pojęciami „roboty” oraz „zadania”, przy czym wymóg rozpoczęcia dotyczy „roboty”, nie zaś „zadania” („rozpoczęcie robót”). Tym samym należy stwierdzić, że zamawiający nie żądał, aby osoba wyznaczona na stanowisko kierownika budowy pełniła wymagane funkcje np. kierownika robót drogowych od rozpoczęcia całego zadania, ale od rozpoczęcia robót, którymi kierowała. Innymi słowy: w podkryterium wymagano, aby wyznaczona osoba posiadająca doświadczenie w pełnieniu funkcji na stanowisku kierownika robót drogowych pełniła te funkcje od rozpoczęcia robót na odcinku o długości min. 4 km, nie zaś od rozpoczęcia całego zadania inwestycyjnego, w ramach którego ww. odcinek był wykonywany”.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący Salini przedstawili następujące dowody, które Izba oceniła w celu rozpoznania sprawy:

1) odwołujący przedstawił:

a. wniosek o udostępnienie informacji publicznej z dnia 03.09.2018 r. skierowany do GDDKiA Oddział w Warszawie,

b. odpowiedź GDDKiA Oddział w Warszawie z dnia 17.09.2018 r., zgodnie z którą:

▪ datą rozpoczęcia robót na ww. inwestycji jest 14.11.2007 r.,

▪ od 14.07.2008 r. p. M. pełnił funkcję Kierownika Robót Drogowych,

▪ w dniu 01.09.2009 r. p. M. został zatwierdzony przez GDDKiA jako Kierownik Budowy, zaś w dniu 03.09.2009 r. został formalnie zgłoszony jako Kierownik Budowy do Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego,

2) zamawiający przedstawił pismo GDDKiA Oddział w Warszawie z 14.11.2018 r., zgodnie z którym:

▪ protokół przekazania placu budowy podpisano w dniu 13.11.2007 r.,

▪ datą rozpoczęcia robót wskazaną przez Inżyniera Kontraktu był 14.11.2007 r.,

▪ zgodnie z Dziennikiem Budowy nr 64/2007 roboty przygotowawcze rozpoczęto w dniu 03.12.2007 r.

- p. M. pełnił funkcję Kierownika Robót Drogowych od 14.07.2008 r.,
- w dniu 01.09.2009 r. p. M. został zatwierdzony przez GDDKiA jako Kierownik budowy, zaś w dniu 03.09.2009 r. został formalnie zgłoszony jako Kierownik Budowy do Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego.

W ww. piśmie GDDKiA Oddział w Warszawie wymieniono szereg załączników, m.in. fragmenty dzienników budowy, jednakże faktycznie zamawiający przedstawił na rozprawie tylko jeden z ww. załączników, tj. pismo wykonawcy ww. inwestycji z dnia 24.08.2009 r. skierowane do Inżyniera Kontraktu zawierające wniosek o zatwierdzenie p. M. jako nowego Kierownika Budowy od dnia 01.09.2009 r.

3) przystępujący przedstawił:

- a. oświadczenie z dnia 16.11.2018 r. p. A. Z., odpowiedzialnego za przygotowanie wycen i pozyskiwanie podwykonawców na ww. inwestycji, o tym, że „Pan J. M. pełnił funkcję Kierownika Robót Drogowych w ramach ww. inwestycji dla sekcji 2 od rozpoczęcia wykonywania robót drogowych w tej sekcji”,
- b. pismo GDDKiA z dnia 19.11.2018 r. stanowiące odpowiedź na wniosek o udostępnienie informacji publicznej i przekazujące fragment Dziennika Budowy nr 64/2007. Z powyższego dziennika budowy wynika m.in., że:
  - w dniu 03.12.2007 r. rozpoczęto roboty przygotowawcze w zakresie opracowania geodezyjnego związanego z wyznaczaniem osi trasy oraz wyznaczaniem punktów osnowy geodezyjnej, a także w zakresie usunięcia drzew i krzewów w pasie drogowym,
  - w dniu 19.12.2007 r. przystąpiono do odhumusowania terenu w km 422 + 600 do 422 + 780 z jednoczesnym profilowaniem koryta po odhumusowaniu w celu zabezpieczenia podłoża przed opadami atmosferycznymi,
  - w dniu 28.01.2008 r. wpisano: „W związku z wystąpieniem intensywnych opadów atmosferycznych w dniach 22-25.01.2008 r. likwidację ubytków w jezdni drogi krajowej nr 7 wykonano w dniu dzisiejszym. (...)”,
  - w dniu 28.01.2008 r. przystąpiono do odhumusowania na odcinku 429 + 300 do 430 + 700 oraz 433 + 900 do 433 + 700,
  - w dniu 29.01.2008 r. kierownik budowy zgłosił do odbioru poprawność odhumusowania na odcinku 432 + 980 do 433 + 400 i poprosił o zgodę na wykonanie wykopów na ww. odcinku i nasypu warstwą 5.
  - w dniu 04.02.2008 r. kierownik budowy zgłosił do odbioru warstwę 5 nasypu na odcinku 432 + 900 do 433 + 040 i poprosił o zgodę na wykonanie 4 warstwy nasypu,
  - w dniu 06.02.2008 r. kierownik budowy zgłosił do odbioru poprawność odhumusowania na odcinku 429 + 600 do 430 + 750 strona zachodnia i poprosił o zgodę na wykonanie wykopów pod trasę główną DK-7 oraz wykonanie wymiany gruntu w oznaczonych kilometrach,
  - w dniu 08.02.2008 r. kierownik budowy zgłosił do odbioru wykonanie warstwy 4 nasypu i poprosił o zgodę na wykonanie kolejnej warstwy,
  - w dniu 12.02.2008 r. kierownik budowy zgłosił do odbioru wykonanie warstwy 3 nasypu na jezdni głównej strona zachodnia i poprosił o zgodę na wykonanie 2 warstwy,
  - w dniu 13.02.2008 r. m.in. przystąpiono do wykonywania 2 warstwy nasypu,
  - w dniu 14.02.2008 r. pojawia się po raz pierwszy wpis p. J. M., który zgłosił do odbioru poprawność odhumusowania na trasie głównej w km 428 + 900 do 429 + 250 oraz na drodze gminnej D8 w km 1+ 100 do 2 + 300 strona zachodnia.

Analizując informacje wynikające z ww. dowodów Izba stwierdziła, że nawet przyjmując wskazany wyżej w wyroku KIO 1202/18 sposób rozumienia pojęcia „rozpoczęcia robót” jako rozpoczęcia robót branżowych (nie zaś całego zadania), nie można uznać, że p. J. M. pełnił funkcję Kierownika Robót Drogowych od rozpoczęcia robót drogowych. Po pierwsze, w świetle ww. dowodów nie może być uznana za prawdziwą informacja podana w ofercie Salini, że p. M. pełnił funkcję od 07.01.2008 r. Z pism GDDKiA wynika bowiem, że zaczął pełnić tę funkcję od 14.07.2008 r., zaś z przedstawionego przez przystępującego Salini dziennika budowy – że najwcześniej od 14.02.2008 r., tj. wraz z dokonaniem przez siebie pierwszego wpisu. Po drugie, na podstawie ww. pierwszego wpisu p. M. do dziennika budowy nie można przyjąć, że GDDKiA w swoich pismach podaje błędną informację co do rozpoczęcia pełnienia funkcji w dniu 14.07.2008 r., ponieważ dokonując w dniu 14.02.2008 r. pierwszego wpisu (jak też kolejnych – w dniu 20 i 22.02.2008 r.) p. M. podpisał się jako kierownik robót, ale nie wskazał – jakich. W związku z tym nie jest wykluczone, że p. M. w dniu 14.02.2008 r. pełnił funkcję kierownika innych robót niż drogowych, zaś GDDKiA słusznie wskazuje na datę 14.07.2008 r. jako datę rozpoczęcia pełnienia przez niego funkcji Kierownika Robót Drogowych. Po trzecie, nawet gdyby przyjąć korzystnie dla przystępującego Salini, że p. M. zaczął pełnić funkcję Kierownika Robót Drogowych w dniu 07.01.2008 r. lub w dniu 14.02.2008 r., to nie sposób nie zauważyć, że zgodnie z wpisami do Dziennika Budowy nr 64/2007 roboty drogowe w postaci odhumusowania rozpoczęły się w dniu 19.12.2007 r. i do 14.02.2008 r. część tych robót była już wykonana. Tym samym, przyjmując nawet najkorzystniejszą dla przystępującego wersję wydarzeń (choć przeczą jej dowody w postaci pism GDDKiA), nie można uznać, że p. M. rozpoczął pełnienie funkcji Kierownika Robót Drogowych od rozpoczęcia robót drogowych.

Ponadto, Izba nie podziela stanowiska zamawiającego zaprezentowanego na rozprawie, z którego wynika, iż przepis art. 41 ustawy Prawo budowlane, regulujący obowiązki inwestora, przesądza w przedmiotowej sprawie o sposobie rozumienia rozpoczęcia robót branżowych dla kierownika tych robót w sposób analogiczny jak dla kierownika budowy. Przepis ten reguluje bowiem kwestie prac przygotowawczych i określa obowiązki inwestorów w odniesieniu do rozpoczęcia budowy, a nie poszczególnych specjalistycznych robót wymaganych do wykonania w jej trakcie, stanowiąc m.in. iż rozpoczęcie budowy następuje z chwilą podjęcia prac przygotowawczych na terenie budowy. Inwestor jest obowiązany zawiadomić o zamierzonym terminie rozpoczęcia robót budowlanych, dla których wymagane jest pozwolenie na budowę, zgłoszenie budowy, o której mowa w art. 29 ust. 1 pkt 1a, 2b i 19a, lub zgłoszenie przebudowy, o której mowa w art. 29 ust. 2 pkt 1b, organ nadzoru budowlanego oraz projektanta sprawującego nadzór nad zgodnością realizacji budowy z projektem, dołączając na piśmie m.in.: oświadczenie kierownika budowy (robót), stwierdzające sporządzenie planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia oraz przyjęcie obowiązku kierowania budową (robotami budowlanymi). Analiza ww. przepisów wskazuje, iż z uwagi na użycie w art. 41 ustawy Prawo budowlane liczby pojedynczej „oświadczenie kierownika”, dla wypełnienia obowiązku informacyjnego dotyczącego rozpoczęcia budowy, o którym mowa w art. 41 ustawy Prawo budowlane, w sytuacji gdy na budowie występuje kierownik budowy, wystarczające jest złożenie do organu nadzoru budowlanego oświadczenia kierownika budowy. W związku z tym, w ocenie Izby, skoro zamawiający dopuścił, aby dane osoby legitymowały się doświadczeniem kierownika robót danej branży od rozpoczęcia robót do zakończenia zadania, a jednocześnie nie zapisał w siwz, iż przez rozpoczęcie robót branżowych rozumie rozpoczęcie budowy, jak obecnie próbuje wywodzić wskazując na ww. przepis art. 41 oraz art. 3

ust. 6 i 7 ustawy Prawo budowlane, to zważywszy na specyfikę procesów budowlanych, gdzie roboty niektórych branż rozpoczynają się później, niż sama budowa, powinien to w siwz jednoznacznie zapisać. Wymagania zawarte w siwz powinny być bowiem jednoznacznie określone. Ewentualne niejasności w tym zakresie nie powinny mieć negatywnego skutku dla wykonawców. Interpretacja postawionych w siwz wymogów nie może następować z udziałem nieujawnionych wykonawcom w siwz, na równych zasadach, intencji zamawiającego, nadto w sposób odbiegający od celu ich wprowadzenia i literalnego brzmienia siwz. Naruszałoby to bowiem zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, 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. Zgodnie natomiast z art. 91 ust 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaś kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

W związku z powyższymi ustaleniami, że p. M. nie pełnił funkcji Kierownika Robót Drogowych od rozpoczęcia robót drogowych, należy stwierdzić, że zamawiający niezasadnie przyznał przystępującemu Salini 3 pkt w kryterium oceny ofert za doświadczenie ww. osoby. Przede wszystkim jednak należy stwierdzić, że przystępujący Salini wprowadził zamawiającego w błąd co do tego, że p. M. pełnił funkcję Kierownika Robót Drogowych od rozpoczęcia robót, co biorąc pod uwagę ustalone okoliczności, musiało nastąpić co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. Ponadto ww. nieprawdziwe informacje co do rozpoczęcia pełnienia przez p. M. funkcji Kierownika Robót Drogowych, jako podawane przez wykonawcę dla spełnienia kryteriów oceny ofert i punktowane w ramach tych kryteriów, miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, co oznacza, że przystępujący Salini podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie ww. przepisu. Potwierdził się zatem zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 91 ust 1 i ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ w postępowaniu o sygn. akt KIO 2291/18 uwzględniony został zarzut dotyczący oferty uznanej za najkorzystniejszą, tj. oferty wykonawcy TOTO i Izba nakazała wykluczenie wykonawcy TOTO z postępowania, zaś oferta Salini jest druga w kolejności.

Na marginesie jedynie należy dodać, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczy postępowań dwuetapowych (np. przetarg ograniczony), natomiast niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

#### **Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy Mirbud i przyznania mu zawyżonej liczby punktów z powodu doświadczenia p. A. B. .**

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kwestionowanego przez odwołującego doświadczenia p. A. B., należy przypomnieć, że w odwołaniu wskazano, że osoba ta nie pełniła funkcji Inspektora Robót Mostowych budowy tunelu na inwestycjach:

- „Beskidzki tunel kolejowy” na Ukrainie,
- „Autostrada A9 Pyhrn – Borsrucktunnel” w Austrii.

W trakcie rozprawy odwołujący China Railway i przystępujący Mirbud przedstawili następujące dowody, które Izba oceniła w celu rozpoznania sprawy:

##### **1)W odniesieniu do inwestycji na Ukrainie:**

###### **1. odwołujący przedstawił m.in.:**

- a. zapytanie o informację z dnia 21.09.2018 r. skierowane do przewodniczącego zarządu Publicznej Spółki Akcyjnej „Ukrzaliznycia”, w którym m.in. zadano pytanie nr 7: „Czy w realizacji Projektu inwestycyjnego brał udział A. B.? Jeśli tak, proszę o podanie w jakim charakterze (funkcja / stanowisko) i w jakim okresie. W szczególności, czy pełnił on funkcję (zajmował stanowisko) kierownika budowy, kierownika budowy mostów dla prac tunelowych lub inspektora ds. kontroli budowy mostów do budowy tuneli?”,
- b. odpowiedź z dnia 12.10.2018 r. Publicznej Spółki Akcyjnej „Ukrzaliznycia”, zgodnie z którą: „A. B. brał udział w przygotowaniu dokumentacji przetargowej, przeprowadzeniu przetargu i ocenie ofert przetargowych, uzgodnieniu i zatwierdzeniu projektu Wykonawcy. Przy bezpośrednim wykonaniu prac budowlanych A. B. zgodnie z warunkami Kontraktu pełnił funkcję eksperta ds. umów” oraz „A. B. osobiście nie wykonywał żadnych funkcji (nie zajmował stanowiska) określonego w pkt 7 zapytania o informację”,
- c. szczegółowy harmonogram wykonania czynności, w którym nazwisko p. B. jest wymienione przy takich czynnościach, jak: rozpatrzenie istniejącej informacji oraz danych o działce, przygotowanie dokumentacji przedkwalifikacyjnej i przetargowej, przeprowadzenie przetargu i ocena ofert przetargowych, zatwierdzenie projektu wykonawcy,

###### **2. przystępujący przedstawił m.in.:**

- a. oświadczenie firmy D2Consult z dnia 21.11.2018 r. o tym, że pełniła rolę Inżyniera Nadzoru na ww. inwestycji na Ukrainie i że „Inżynier Dyplomowany, dyrektor zarządzający i współwłaściciel Firmy D2Consult pan A. B. pracował w imieniu naszej firmy w czasie całego procesu przygotowania przetargu i budowy tunelu. Pan A. B. był osobiście odpowiedzialny między innymi za całościowy nadzór nad robotami tunelowymi”,
- b. oświadczenie z dnia 19.11.2018 r. firmy D2Consult, zgodnie z którym: „Grupa robocza D2Consult niniejszym potwierdza, że Pan inżynier dyplomowany A. B. pełnił funkcję/zadanie inżyniera według FIDIC przy budowie tunelu kolejowego na Ukrainie od 30 listopada 2007 r. do 23 maja 2018 r. Funkcja „Inżyniera” obejmuje całościową odpowiedzialność za nadzór budowy tunelu”,
- c. list referencyjny Publicznej Spółki Akcyjnej Koleje Ukraińskie, zgodnie z którym: „30 listopada 2007 r. między Zamawiającym a Firmą D2Consult Dr. W. Dr. S. ZT-GmbH (...) został podpisany kontrakt na usługi doradcze w przygotowaniu projektu oraz nadzór techniczny projektowania i budowy Tunelu Beskyd. Na etapie przygotowawczym pan A. B. brał udział w przygotowaniu dokumentacji przetargowej, przeprowadzeniu przetargu oraz oceny ofert, negocjowaniu i zatwierdzaniu wykonawcy projektu. Etap przygotowawczy trwał od 30 listopada 2007 r. do 28 października 2013 r. Na etapie budowy zespół inżynierów z firmy D2 Consult pod wodzą pana A. B. wykonywał między innymi funkcję Inspektora Nadzoru Budowlanego Beskidzkiego Dwutorowego Tunelu Kolejowego”.

##### **2)W odniesieniu do inwestycji w Austrii:**

###### **1.odwołujący przedstawił m.in.**

a. odpowiedź z dnia 15.11.2018 r. udzieloną przez Asfinag Bau Management GmbH, w której na pytania odwołującego udzielono m.in. następujących odpowiedzi:

- „Czy Pan A. B. uczestniczył w realizacji projektu, jeżeli tak, to jaką funkcję pełnił i w jakim okresie?” Odp.: „Pan B. działał jako usługodawca „Kontroli Towarzyszącej (BK) w fazie planowania i budowy” dla projektu A9, budowy w pełnym zakresie tunelu Bosrucktunnel 2 nitka i renowacji 1 nitki w okresie od marca 2007 r. do czerwca 2017 r.”
- „Czy Panu B. powierzono w szczególności całościowe kierownictwo budowy, kierowanie pracami budowlanymi przy tunelu lub nadzór nad konstrukcją tunelu lub inne czynności kierownicze i/lub nadzorcze?” Odp.: „Nie. Pan B. działał jako kierownik projektu Kontroli Towarzyszącej. Funkcja ta obejmuje kontrolę realizacji projektu zgodnie z zasadą 4 par. 1 dla zapewnienia takich celów projektu, jak dotrzymanie terminów, kosztów i jakości (na ten temat patrz opis zadań i projektu w załączniku)”
- „Czy Pan A. B. działał w całym okresie trwania projektu aż do odbioru, jeżeli tak, to w jakiej funkcji, a w razie zmiany funkcji każdorazowo w jakim okresie?” Odp.: „Tak, Pan B. działał przy projekcie w całym okresie jego trwania od marca 2007 r. do czerwca 2017 r. jako kierownik projektu Kontroli Towarzyszącej”.

b. wiadomość mailową z 03.12.2018 r. od Asfinag Bau Management GmbH, w której stwierdzono, że „Panu B. zostało powierzone wykonywanie czynności Kontroli Towarzyszącej (BK). Wykonujący Kontrolę Towarzyszącą nie dokonuje wpisów w Dzienniku Budowy (Baubuch)”.

2. przystępujący przedstawił m.in.:

- a. oświadczenie firmy D2Consult z dnia 21.11.2018 r. o tym, że pełniła rolę Inżyniera Nadzoru na ww. inwestycji w Austrii i że „Inżynier Dyplomowany, dyrektor zarządzający i współwłaściciel Firmy D2Consult pan A. B. pracował w imieniu naszej firmy w czasie całego procesu przygotowania do przetargu, planowania prac i budowy tunelu. Pan A. B. był osobiście odpowiedzialny między innymi za całościowy nadzór nad robotami tunelowymi”;
- b. oświadczenie z dnia 15.11.2018 r. firmy D2Consult, zgodnie z którym: „Grupa robocza D2Consult – Obermeyer Planen + Beraten niniejszym potwierdza, że Pan A. B. zajmował stanowisko inspektora Nadzoru Robót Mostowych przy budowie drugiego dodatkowego tunelu autostradowego pod Bosruck (Bosrucktunnel) na autostradzie A9 Pyhrn w Austrii od rozpoczęcia robót do wykonania zadania (marzec 2007 r. – 31 czerwiec 2017 r.)”.

Odnosząc się do doświadczenia p. A. B. przy realizacji inwestycji na Ukrainie, należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę na sprzeczność treści dokumentów pochodzących od inwestora ukraińskiego, tj. Publicznej Spółki Akcyjnej Koleje Ukrainie. Zarówno odpowiedź z dnia 12.10.2018 r., jak i list referencyjny ze strony ww. spółki podpisała ta sama osoba o nazwisku D., jednakże w piśmie z dnia 12.10.2018 r. stwierdzono, że p. B. przy bezpośrednim wykonywaniu robót budowlanych pełnił tylko funkcję eksperta ds. umów, natomiast w liście referencyjnym stwierdzono, że p. B. kierował inżynierami pełniącymi funkcję Inspektorów Nadzoru Budowlanego Beskidzkiego Dwutorowego Tunelu Kolejowego. Spośród wszystkich przedłożonych na rozprawie dowodów Izba uznała za bardziej przekonujące dowody złożone przez przystępującego Mirbud. Po pierwsze, zwrócono uwagę, że przedłożony przez odwołującego harmonogram jest załącznikiem do umowy zawartej między Państwową Administracją Transportu Kolejowego Ukrainy „Ukrzaliznytsia” a firmą D2Consult Dr. W. Dr. S.ZT-GmbH w dniu 30.11.2007 r., co oznacza, że jest to harmonogram wstępny realizacji budowy, która rozpoczęła się dopiero 29 października 2013 r., czyli 6 lat później. Doświadczenie życiowe uczy, że w 6-letnim okresie pomiędzy zawarciem ww. umowy a rozpoczęciem budowy mogły zajść zmiany czyniące ww. harmonogram nieaktualnym, zatem nie jest on dowodem przesądzającym o zakresie czynności p. B. Po drugie, jak zauważono już wyżej, informacjom zawartym w odpowiedzi inwestora ukraińskiego z dnia 12.10.2018 r. przeczą informacje zawarte w liście referencyjnym tego samego inwestora, zgodnie z którym zespół inżynierów pod wodzą p. B. wykonywał funkcję Inspektorów Nadzoru Budowlanego Beskidzkiego Dwutorowego Tunelu Kolejowego, co odpowiadałoby stanowisku wymaganemu przez zamawiającego w siwz. Po trzecie, informacjom zawartym w odpowiedzi inwestora z dnia 12.10.2018 r. przeczą również informacje zawarte w oświadczeniu firmy D2Consult, która zatrudniała p. B. w trakcie realizacji ww. inwestycji i wg której p. B. pełnił funkcję inżyniera odpowiedzialnego za nadzór nad budową tunelu. W tym miejscu należy wskazać, że o ile inwestor nie zawsze posiada pełną wiedzę o osobach pełniących funkcję na danej inwestycji (choć w liście referencyjnym inwestor ukraiński potwierdza rolę p. B. przy nadzorze nad budową tunelu), o tyle wiedzę taką posiada podmiot, który te osoby zatrudnia i kieruje do pełnienia określonych funkcji. Powyższe, tj. brak w danym czasie konkretnej wiedzy po stronie inwestora, może tłumaczyć zmienność Publicznej Spółki Akcyjnej Koleje Ukrainie w zakresie treści składanych przez nią oświadczeń, ale podkreślić raz jeszcze należy, że informacjom z dnia 12.10.2018 r. przeczą dwa inne dowody, tj. list referencyjny tej samej spółki oraz oświadczenie spółki D2Consult zatrudniającej p. B. i posiadającej w związku z tym informacje o zakresie jego obowiązków. Tym samym Izba uznała, że nie ma podstaw do stwierdzenia, że p. A. B. nie pełnił w trakcie realizacji inwestycji na Ukrainie funkcji Inspektora Nadzoru Robót Mostowych budowy tunelu.

Odnosząc się do doświadczenia p. A. B. przy realizacji inwestycji w Austrii, należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę, że pojęcie kierownika projektu Kontroli Towarzyszącej, którym posługuje się podmiot austriacki w piśmie z dnia 15.11.2018 r. i wiadomości e-mail z 03.12.2018 r. nie jest znane w polskim systemie prawnym, jak też nie zostało jednoznacznie wyjaśnione w ww. piśmie. W szczególności trudno wskazać, co kryje się pod tym pojęciem w świetle treści: „Funkcja ta obejmuje kontrolę realizacji projektu zgodnie z zasadą 4 par. 1 dla zapewnienia takich celów projektu, jak dotrzymanie terminów, kosztów i jakości (na ten temat patrz opis zadań i projektu w załączniku)”. Wymienienie w powyższej informacji „dotrzymania jakości” może oznaczać różnego rodzaju czynności, w tym także np. nadzór nad budową tunelu. Jednocześnie załączony do ww. pisma opis zadań i projektu zawiera tak wiele różnych informacji, w tym także o nowej nitce tunelu, że ani nie potwierdza, ani nie wyklucza możliwości pełnienia przez p. B. funkcji nadzorczej nad budową tunelu. Reasumując, przedstawione przez odwołującego pismo podmiotu austriackiego z 15.11.2018 r. zawierające nieznane pojęcie kierownika projektu Kontroli Towarzyszącej, nie stanowi dowodu, jaką w istocie funkcję pełnił p. B. na ww. inwestycji. Jednocześnie odwołujący nie przedłożył żadnego innego dowodu potwierdzającego, że pełnienie funkcji kierownika projektu Kontroli Towarzyszącej wyklucza możliwość pełnienia funkcji inspektora nadzoru nad budową tunelu. Również wiadomość e-mail z 03.12.2018 r. o tym, że wykonujący Kontrolę Towarzyszącą nie dokonuje wpisów do dziennika budowy, wobec braku przedstawienia przepisów prawa austriackiego regulującego zasady dokonywania wpisów do dziennika budowy, nie przesądza tego, że p. B. nie mógł nadzorować budowy tunelu. Wobec powyższych wątpliwości, jakie budzi treść dowodów złożonych przez odwołującego China Railway, Izba uznała za bardziej przekonujące dowody złożone przez przystępującego Mirbud. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na jednoznaczne oświadczenia firmy D2Consult, zatrudniającej p. B., o tym, że był on odpowiedzialny za całościowy nadzór nad robotami tunelowymi i zajmował stanowisko Inspektora Nadzoru Robót Mostowych przy budowie tunelu. W świetle treści ww. oświadczeń firmy D2Consult i niejednoznaczności informacji pochodzących od podmiotu austriackiego, Izba uznała, że nie ma podstaw do stwierdzenia, że p. A. B. nie pełnił w trakcie realizacji inwestycji w

Austrii funkcji Inspektora Nadzoru Robót Mostowych budowy tunelu.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, 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. Zgodnie natomiast z art. 91 ust 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaś kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

W związku z powyższymi ustaleniami, że p. B. pełnił funkcję Inspektora Nadzoru Robót Mostowych budowy tunelu, należy stwierdzić, że zamawiający zasadnie przyznał przystępującemu Mirbud 2,5 pkt w kryterium oceny ofert za doświadczenie ww. osoby zdobyte w Austrii (za doświadczenie na Ukrainie zamawiający nie przyznał punktów, ponieważ wykonany tunel był tunelem kolejowym). W konsekwencji należy także stwierdzić, że przystępujący Mirbud nie wprowadził zamawiającego w błąd co do rodzaju funkcji pełnionych przez p. B. . Tym samym przystępujący Mirbud nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Nie potwierdził się zatem zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 91 ust 1 i ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Na marginesie jedynie należy dodać, że nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczy postępowań dwuetapowych (np. przetarg ograniczony), natomiast niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

**Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy Intercor i przyznania mu zawyżonej liczby punktów z powodu doświadczenia p. K. K. .**

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kwestionowanego przez odwołującego doświadczenia p. K. K., należy przypomnieć, że w odwołaniu wskazano, że osoba ta nie pełniła funkcji Kierownika Robót Drogowych od rozpoczęcia robót na inwestycjach:

- „Budowa drogi ekspresowej S17, odcinek Kurów – Lublin – Piaski. Zadanie nr 5 (...). Zadanie nr 5a (...)”
- „zaprojektowanie i wykonanie Obwodnicy Augustowa w ciągu drogi krajowej nr 8 (...) i drogi ekspresowej S-61 (...)”.

Przystępujący Intercor wskazał w ofercie, że p. K. pełnił funkcję Kierownika Robót Drogowych od 14.03.2011 r. na drodze ekspresowej S17 oraz od 01.02.2013 r. do 20.06.2015 r. na obwodnicy Augustowa. Z kolei zdaniem odwołującego China Railway rozpoczęcie robót na drodze S17 przy zadaniu nr 5 (przy tym zadaniu p. K. pełnił funkcję Kierownika Robót Drogowych) miało miejsce w dniu 14.01.2011 r., natomiast rozpoczęcie robót na obwodnicy Augustowa miało miejsce w dniu 20.12.2012 r. a wystawienie Świadectwa Przejęcia - w dniu 21.11.2014 r., zaś p. K. pełnił funkcję do 25.10.2014 r.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że w zakresie rozumienia pojęcia „rozpoczęcie robót” Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 3 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1202/18, w którym wskazano: „Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że w opisie ww. podkryterium zamawiający posługuje się pojęciami „robót” oraz „zadania”, przy czym wymóg rozpoczęcia dotyczy „robót”, nie zaś „zadania” („rozpoczęcie robót”). Tym samym należy stwierdzić, że zamawiający nie żądał, aby osoba wyznaczona na stanowisko kierownika budowy pełniła wymagane funkcje np. kierownika robót drogowych od rozpoczęcia całego zadania, ale od rozpoczęcia robót, którymi kierowała. Innymi słowy: w podkryterium wymagano, aby wyznaczona osoba posiadająca doświadczenie w pełnieniu funkcji na stanowisku kierownika robót drogowych pełniła te funkcje od rozpoczęcia robót na odcinku o długości min. 4 km, nie zaś od rozpoczęcia całego zadania inwestycyjnego, w ramach którego ww. odcinek był wykonywany”.

W trakcie rozprawy odwołujący China Railway, zamawiający i przystępujący Intercor przedstawili następujące dowody, które Izba oceniła w celu rozpoznania sprawy:

**1)W odniesieniu do inwestycji na S17:**

**a. odwołujący przedstawił:**

- a. wniosek o udostępnienie informacji publicznej skierowany do GDDKiA Oddział w Lublinie,
- b. odpowiedź GDDKiA z dnia 10.08.2018 r., zgodnie z którą:
  - datą rozpoczęcia robót jest 14.01.2011 r. na zadaniu nr 5 i 21.11.2011 r. na zadaniu nr 5a,
  - p. K. K. pełnił funkcję Kierownika Robót Drogowych na zadaniu nr 5,
  - oświadczenie o przejęciu obowiązków kierownika robót drogowych przez p. K. datowane jest 14.03.2011 r.,

**2. zamawiający przedstawił pismo GDDKiA Oddział w Lublinie z dnia 13.11.2018 r., zgodnie z którym:**

- p. K. K. pełnił funkcję Kierownika Robót Drogowych na zadaniu nr 5,
- oświadczenie o przejęciu obowiązków kierownika robót drogowych przez p. K. datowane jest na 14.03.2011 r.,
- polecenie rozpoczęcia robót zgodnie z subklauzulą 8.1. miało miejsce w dniu 07.12.2010 r.,
- rozpoczęcie robót zgodnie z dziennikiem budowy (wycinka drzew) miało miejsce w dniu 14.01.2011 r.,
- pierwsze prace związane z odhumusowaniem miały miejsce w dniu 09.03.2011 r.

**3. przystępujący Intercor przedstawił m.in.:**

- a. oświadczenie z dnia 15.11.2018 r. p. A. T., będącego dyrektorem kontraktu na inwestycji na drodze S17, zgodnie z którym p. K. został z dniem 01.03.2011 r. zatrudniony w Budimex S.A. specjalnie w celu pełnienia funkcji Kierownika Robót Drogowych i faktycznie kierował robotami drogowymi począwszy od pierwszego dnia pracy, tj. od 01.03.2011 r., w tym robotami polegającymi na odhumusowaniu, które rozpoczęły się w dniu 09.03.2011 r.
- b. świadectwo pracy p. K. wydane przez Budimex S.A. potwierdzające zatrudnienie od 01.03.2011 r. do 31.03.2016 r.,
- c. zaświadczenie Budimex S.A. o tym, że p. K. na ww. inwestycji pełnił funkcję Kierownika Robót (nie wskazano jakich) od 01.03.2011 r.,
- d. pismo Kierownika Projektu Unijnego z dnia 14.10.2015 r., zgodnie z którym p. K. objął obowiązki kierownika robót drogowych z dniem 14.03.2011 r.,
- e. oświadczenie p. K. z dnia 15.11.2018 r. o tym, że został z dniem 01.03.2011 r. zatrudniony w Budimex S.A. i faktycznie kierował robotami drogowymi począwszy od pierwszego dnia pracy, tj. od 01.03.2011 r., w tym robotami polegającymi na odhumusowaniu, które rozpoczęły się w dniu 09.03.2011 r.,
- f. dziennik budowy nr 19/10, zgodnie z którym w dniu 09.03.2011 r. przystąpiono do odhumusowania istniejącej skarpy, dna rowu i przeciwskarpy wzdłuż trasy głównej - strona prawa, w km 617 +300 do 619 +000,
- g. zgłoszenie z dnia 15.03.2011 r. przez Budimex S.A. kierowników robót, w tym p. K., do którego załącznik stanowi

m.in. oświadczenie p. K. o przejęciu z dnia 14.03.2011 r. obowiązków kierownika robót drogowych,

**2)W odniesieniu do inwestycji na obwodnicy Augustowa:**

**1.odwołujący przedstawił:**

- a. wniosek o udostępnienie informacji publicznej skierowany do GDDKiA Oddział w Białymstoku,
- b. odpowiedź GDDKiA Oddział w Białymstoku, zgodnie z którą:
  - roboty rozpoczęły się w dniu 20.12.2012 r.,
  - Świadectwo Przejęcia zostało wystawione z dniem 21.11.2014 r.,
  - p. K. pełnił funkcję kierownika robót drogowych od 01.02.2013 r. do zakończenia robót w dniu 25.10.2014 r.,
  - GDDKiA nie posiada informacji, czy p. K. pełnił funkcję kierownika robót drogowych w dniu wystawienia Świadectwa Przejęcia,

**2.zamawiający przedstawił pismo GDDKiA Oddział w Białymstoku z dnia 09.11.2018 r., zgodnie z którym:**

- p. K. pełnił funkcję kierownika robót drogowych od 01.02.2013 r. do zakończenia robót w dniu 25.10.2014 r.,
- datą rozpoczęcia robót wg FIDIC jest 11.03.2011 r.,
- data wpisu zgodnie z dziennikiem budowy to 20.12.2012 r.,
- Świadectwo Przejęcia wystawiono w dniu 21.11.2014 r.

**3.przystępujący Intercor przedstawił m.in.:**

- a. oświadczenie p. K. o tym, że został z dnia 01.02.2013 r. został skierowany do pracy na obwodnicy Augustowa na stanowisku kierownika robót drogowych i pełnił tę funkcję od rozpoczęcia pierwszych robót drogowych do zakończenia zadania,
- b. zgłoszenie z dnia 13.02.2013 r. przez Budimex S.A. kierowników robót, w tym p. K., do którego załącznik stanowi m.in. oświadczenie p. K. o przejęciu z dnia 22.02.2013 r. obowiązków kierownika robót drogowych,
- c. dziennik budowy nr 19/2012, zgodnie z którym w dniu 18.02.2013 r. rozpoczęto usunięcie warstwy ziemi urodzajnej (humusu) na DW 30 w km 0 + 000 do 0 + 031,53 i DW 28 w km 0 + 000 do 1 + 415,87.

Odnosząc się do doświadczenia p. K. K. na drodze S17 należy ponownie stwierdzić, że zgodnie z wyrokiem KIO 1202/18 za rozpoczęcie robót należy uznać rozpoczęcie robót branżowych, co w tym wypadku oznacza datę 09.03.2011 r., tj. przystąpienie do odhumusowania. Następnie należy zwrócić uwagę na sprzeczność oświadczeń samego p. K., który w oświadczeniu z dnia 15.11.2018 r. stwierdza, że został z dniem 01.03.2011 r. zatrudniony w Budimex S.A. i faktycznie kierował robotami drogowymi począwszy od pierwszego dnia pracy, tj. od 01.03.2011 r., w tym robotami polegającymi na odhumusowaniu, które rozpoczęły się w dniu 09.03.2011 r., natomiast w oświadczeniu załączonym do zgłoszenia kierowników robót stwierdza, że z dniem 14.03.2011 r. przejmując obowiązki kierownika robót drogowych. Datę 01.03.2011 r. jako rozpoczęcie pełnienia przez p. K. funkcji potwierdza także oświadczenie p. A. T. – dyrektora kontraktu oraz oświadczenie spółki Budimex zatrudniającej w owym czasie p. K., choć to ostatnie nie może zostać uznane za wiarygodne, ponieważ nie skonkretyzowano rodzaju robót, którymi kierował p. K. . Data 01.03.2011 r. pojawia się także w świadectwie pracy p. K., jednak zauważyć należy, że samo zatrudnienie w przedsiębiorstwie wykonawcy nie oznacza automatycznie rozpoczęcia pełnienia funkcji kierownika robót na danej budowie. Natomiast data 14.03.2011 r. jako data rozpoczęcia pełnienia funkcji wynika z samej oferty wykonawcy Intercor, z oświadczenia p. K. o przejęciu robót oraz z pism podmiotów, które się na to oświadczenie powołują, tj. Kierownika Projektu Unijnego i GDDKiA. W ocenie Izby w niniejszej sprawie należy wziąć pod uwagę doświadczenie życiowe, które uczy, że w trakcie realizacji inwestycji budowlanych szereg czynności podejmowanych faktycznie, jest formalnie dokumentowanych dopiero później. W szczególności zgłaszanie kierowników robót niejednokrotnie jest dokonywane nie z chwilą faktycznego objęcia przez nich funkcji, ale dopiero po pewnym czasie. Dlatego też Izba uznała za wiarygodne oświadczenie p. A. T. – dyrektora kontraktu o tym, że p. K. został z dniem 01.03.2011 r. zatrudniony w Budimex S.A. specjalnie w celu pełnienia funkcji kierownika robót drogowych i faktycznie kierował robotami drogowymi począwszy od pierwszego dnia pracy, tj. od 01.03.2011 r., w tym robotami polegającymi na odhumusowaniu, które rozpoczęły się w dniu 09.03.2011 r. Tym samym Izba uznała, że oświadczenie o przejęciu przez p. K. obowiązków kierownika robót drogowych z dniem 14.03.2011 r. stanowiło formalność, która została dokonana po faktycznym rozpoczęciu pełnienia przez niego tej funkcji. Oznacza to, że w ocenie Izby w świetle złożonych dowodów należy przyjąć, że p. K. pełnił funkcję kierownika robót drogowych od 01.03.2011 r.

Odnosząc się do doświadczenia p. K. K. na obwodnicy Augustowa należy ponownie stwierdzić, że zgodnie z wyrokiem KIO 1202/18 za rozpoczęcie robót należy uznać rozpoczęcie robót branżowych, co w tym wypadku oznacza datę 18.02.2013 r., tj. przystąpienie do odhumusowania. Następnie należy zwrócić uwagę na sprzeczność oświadczeń samego p. K., który w oświadczeniu z dnia 15.11.2018 r. stwierdza, że został z dniem 01.02.2013 r. skierowany do pracy na stanowisku kierownika robót drogowych, natomiast w oświadczeniu załączonym do zgłoszenia kierowników robót stwierdza, że z dniem 22.02.2013 r. przejmując obowiązki kierownika robót drogowych. Datę 01.02.2013 r. potwierdza także w dwóch pismach inwestor, tj. GDDKiA i została ona wskazana w ofercie wykonawcy Intercor. Zatem oświadczenia inwestora i treść oferty wykonawcy Intercor wskazując na datę 01.02.2013 r. przeczą oświadczeniu p. K. o objęciu funkcji z dniem 22.02.2013 r. Tym samym łączna waga dowodów w tym przypadku przesądza o uznaniu za bardziej wiarygodną datę 01.02.2013 r. jako datę rozpoczęcia pełnienia funkcji przez p. K. . Oznacza to, że p. K. pełnił funkcję kierownika robót drogowych od rozpoczęcia tych robót, bowiem, jak wskazano już wyżej, za moment rozpoczęcia robót drogowych należy uznać datę 18.02.2013 r.

Odnosząc się z kolei do kwestii pełnienia przez p. K. funkcji do zakończenia zadania, należy zauważyć, że w ofercie przystępującego Intercor wskazano, że pełnił on funkcję do 20.06.2015 r., tj. jeszcze w okresie gwarancyjnym i usuwania usterek (jak wyjaśnił przystępujący na rozprawie). Natomiast z pism GDDKiA wynika, że p. K. pełnił swoją funkcję do dnia zakończenia robót, tj. do dnia 25.10.2014 r., zaś Świadectwo Przejęcia zostało wystawione w dniu 21.11.2014 r. Jednocześnie jednak należy zauważyć, że w przedstawionej przez odwołującego odpowiedzi GDDKiA jednoznacznie wskazano, że GDDKiA nie posiada informacji, czy p. K. pełnił funkcję kierownika robót drogowych w dniu wystawienia Świadectwa Przejęcia. Wobec ww. informacji zawartej w odpowiedzi GDDKiA nie jest wykluczone, że p. K., niezależnie od pełnienia funkcji w dniu zakończenia robót, tj. w dniu 25.10.2014 r., pełnił ją także w dniu wystawienia Świadectwa Przejęcia, tj. w dniu 21.11.2014 r. Tym samym należy uznać, że odwołujący nie udowodnił, że w dniu wystawienia Świadectwa Przejęcia (co zgodnie z siwz jest rozumiane jako zakończenie zadania) p. K. nie pełnił swojej funkcji. Wobec powyższego Izba uznała, że nie ma wystarczających podstaw do stwierdzenia, że p. K. nie pełnił funkcji kierownika robót drogowych do zakończenia zadania.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, 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. Zgodnie natomiast z art. 91 ust 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaś kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Z poczynionych ustaleń wynika, że p. K. pełnił funkcję kierownika robót drogowych od rozpoczęcia tych robót do zakończenia zadania zarówno na drodze S17, jak i na obwodnicy Augustowa. Tym samym należy przyjąć, że zamawiający zasadnie przyznał przystępującemu Intercor 3 pkt w kryterium oceny ofert za doświadczenie ww. osoby. Ponadto należy stwierdzić, że przystępujący Intercor nie wprowadził zamawiającego w błąd co do okoliczności, że p. K. pełnił na S17 funkcję Kierownika Robót Drogowych od rozpoczęcia tych robót, tj. od dnia 14.03.2011 r., gdyż po pierwsze, wykonawca podał dla siebie datę niekorzystną nie uwzględniając dnia, w którym p. K. zaczął faktycznie pełnić funkcję (01.03.2011 r.), po drugie, należy zauważyć, że prawdziwa jest informacja, że w dniu 14.03.2011 r. p. K. pełnił swoją funkcję, skoro zaczął ją pełnić od 01.03.2011 r. Nie można również stwierdzić, że wykonawca Intercor wprowadził zamawiającego w błąd co do pełnienia przez p. K. funkcji na obwodnicy Augustowa, gdyż z przedstawionych dowodów wynika, że zaczął pełnić funkcję w dniu 01.02.2013 r. oraz nie wynika, że nie pełnił jej w dniu wystawienia Świadcstwa Przejścia, tj. w dniu 21.11.2014 r. Tym samym nie zostały spełnione przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, co oznacza, że przystępujący Intercor nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie ww. przepisu.

Na marginesie jedynie należy dodać, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczy postępowań dwuetapowych (np. przetarg ograniczony), natomiast niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

#### **Zarzut dotyczący przyznania odwołującemu China Railway zaniżonej liczby punktów z powodu doświadczenia p. G. P. .**

Odnosząc się do powyższego zarzutu w pierwszej kolejności należy przypomnieć, że zgodnie z siwz zamawiający wymagał w kryterium oceny ofert dla Głównego Projektanta Tunelu doświadczenia przy opracowaniu dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę tunelu drogowego wykonywanego metodą górniczą lub tarczową. Odwołujący China Railway wskazał w ofercie, że osoba wyznaczona przez niego do pełnienia ww. funkcji (p. G. P.) wykonywała projekt wykonawczy, w związku z czym zamawiający nie przyznał za to doświadczenie punktów. Jednocześnie odwołujący zaprezentował w odwołaniu interpretację, zgodnie z którą dla spełnienia ww. wymogu wystarczające było, aby osoba wyznaczona na stanowisko Głównego Projektanta Tunelu opracowywała jakikolwiek dokument (np. projekt wykonawczy) w ramach dokumentacji, w skład której wchodził projekt budowlany.

O ile można zgodzić się z odwołującym, że w świetle wykładni językowej postulowana przez niego interpretacja jest możliwa, o tyle trzeba stanowczo podkreślić, że prowadzi ona do wniosków sprzecznych z logiką i celem badania ofert. Wnioskowana przez odwołującego interpretacja prowadziłaby bowiem do sytuacji, w której badanie doświadczenia Głównego Projektanta Tunelu, byłoby pozbawione sensu. Skoro bowiem dla spełnienia wymogu wystarczające byłoby, aby proponowana osoba wykonywała np. projekt wykonawczy, to niecelowe byłoby z punktu widzenia zamawiającego wymaganie, aby ten projekt wykonawczy wchodził w skład dokumentacji zawierającej także projekt budowlany. Objęcie dokumentacją także projektu budowlanego nie miałoby bowiem żadnego znaczenia dla faktu, że proponowana osoba opracowała inny dokument, np. projekt wykonawczy. Tym samym postulowana przez odwołującego interpretacja opisu ww. kryterium oceny ofert jest sprzeczna z celem badania doświadczenia Głównego Projektanta Tunelu i jako taka nie może mieć zastosowania w przedmiotowej sprawie. Raz jeszcze podkreślić należy, że ze względu na sprzeczne z logiką skutki zastosowania w tym przypadku wykładni językowej, musi być ona zastąpiona wykładnią celowościową, aby zapewnić zasadność badania doświadczenia Głównego Projektanta Tunelu.

Niezasadny jest też argument odwołującego, zgodnie z którym sposób sporządzenia przez zamawiającego formularza ofertowego powodował, że nie było konieczne wpisywanie dla Głównego Projektanta Tunelu projektu budowlanego. Zdaniem odwołującego bowiem, skoro zamawiający w miejscu na opis doświadczenia Głównego Projektanta Tunelu sam wpisał w nawiasie „projekt budowlany”, to wykonawca mógł dopisać inny dokument w ramach wykazywanego doświadczenia, bo projekt budowlany został już wpisany przez samego zamawiającego. Należy w związku z tym zauważyć, że po sformułowaniu „(projekt budowlany)” zamawiający postawił dwukropek, co oznacza, że wymagał wypełnienia tej części formularza przez wykonawcę i treść nawiasu świadczy raczej o przypomnieniu wykonawcom, jaki jest wymóg kryterium (doświadczenie w opracowaniu co najmniej projektu budowlanego) niż zwolnienie wykonawców z obowiązku przedstawienia doświadczenia w zakresie opracowania co najmniej projektu budowlanego.

Nie można się również zgodzić z odwołującym, że opis ww. kryterium budzi jakiegokolwiek wątpliwości, które powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawcy lub skutkować unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Należy zauważyć, że po pierwsze, zarzut niewłaściwego opisu kryterium jest już zarzutem spóźnionym, ponieważ upłynął termin, w którym odwołujący mógł złożyć odwołanie w tym przedmiocie. Po drugie, pozostali wykonawcy prawidłowo zrozumieli treść ww. kryterium. Tym samym nie ma podstaw do uznania, że rozumienie ww. kryterium zgodnie z wykładnią celowościową budzi jakiegokolwiek wątpliwości, a przyjęta przez odwołującego taktyka procesowa polegająca na forsowaniu sprzecznej z logiką wykładni językowej, nie jest wystarczającym argumentem do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W świetle wyżej opisanych ustaleń nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy podnoszone przez odwołującego argumenty o posiadaniu przez p. G. P. doświadczenia również w opracowaniu projektu budowlanego i przedstawiane na rozprawie na dowód powyższego oświadczenia. Odwołujący jednoznacznie wpisał bowiem w ofercie, że p. G. P. opracował projekt wykonawczy, zaś zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Tym samym niedopuszczalne jest w świetle ww. przepisu dokonywanie zmiany treści oferty, w tym także poprzez jej uzupełnienie i dopisanie p. P. projektu budowlanego.

Reasumując, w ocenie Izby, wymóg postawiony przez zamawiającego, w świetle wykładni celowościowej, jest jasny i nie budzi wątpliwości, że doświadczenie, które miało zostać wykazane dla Głównego Projektanta Tunelu musiało obejmować opracowanie co najmniej projektu budowlanego. Innymi słowy: zgodnie z siwz projektant musiał opracować co najmniej projekt budowlany, aby spełnić wymóg doświadczenia. Tym samym uznać należy, że za doświadczenie w wykonaniu projektu wykonawczego zamawiający słusznie nie przyznał odwołującemu punktów i nie naruszył art. 91 ust.

1 w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5, art. 7 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

#### **ODWOŁANIE 2286/18**

Odwołanie to zostało uwzględnione przez zamawiającego w zakresie zarzutu dotyczącego zawyżenia punktacji dla oferty Salini w zakresie doświadczenia p. J. M. . Przystępujący Salini wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania. Ponadto odwołujący Mirbud cofnął odwołanie w zakresie zarzutów: nr 4 – dotyczącego dokumentów złożonych przez TOTO dla podmiotu trzeciego Zakład Usługowo Projektowy MOSTEX T. S., nr 7 – dotyczącego zaniechania wezwania Salini do wykazania, że w dalszym ciągu dysponuje osobą p. J. M., oraz nr 9, 10 i 11 – dotyczących zaniechania wykluczenia Salini, PORR i Metrostav na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp i zaniechania odrzucenia ofert tych wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W zakresie zarzutów cofniętych postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp.

W związku z tym następujące zarzuty odwołania podlegają rozpoznaniu.

#### **Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy TOTO.**

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1)oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 2)pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3)wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4)wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5)powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1)wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2)wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowej sprawie wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 1.659.162.958,74 zł, zaś wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowana z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania – na 1.313.554.946,63 zł. Średnia arytmetyczna wszystkich ofert wyniosła: 1.512.623.440,80 zł. Wykonawca TOTO złożył ofertę z ceną 1.181.722.055,38 zł brutto. Jak wynika z powyżej przytoczonych liczb, cena oferty wykonawcy TOTO nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, ani od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W pierwszej kolejności należy zatem stwierdzić, że w myśl przesłanek ustawowych zamawiający nie miał obowiązku wezwać wykonawcy TOTO do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zawsze może wezwać wykonawcę do wyjaśnień, jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W niniejszej sprawie zamawiający jednak takich wątpliwości nie miał, zaś wątpliwości odwołującego i wykonawców przystępujących po jego stronie, nie zostały w wystarczający sposób uzasadnione.

W szczególności nie można uznać, że sam fakt, że oferta TOTO jest o ok. 22% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich ofert i że TOTO miał trudności przy realizacji zamówienia na drodze S-5 Poznań – Wrocław, świadczy o tym, że zamawiający powinien wezwać go do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto argumenty odwołującego o braku uwzględnienia przez TOTO zmian na rynku budowlanym, trudności związanych z pozyskaniem pracowników, problemów z podwykonawcami oraz cen materiałów, stanowią jedynie domniemania nie poparte żadnymi dowodami w postaci konkretnych fragmentów oferty TOTO, z których takie braki wynikają. Odwołujący nie udowodnił również, że TOTO nie uwzględnił w swojej ofercie, że teren budowy jest trudniejszy niż zwykły teren nizinny, że w ramach robót przewiduje się budowę tuneli z dwoma nawami, że trzeba będzie wywozić ziemię na ok. 40 km od miejsca budowy oraz wybudować miasteczko dla ok. 500 osób i drogi dojazdowe. Odwołujący nie wskazał żadnego fragmentu oferty TOTO, z których wynika, że powyższe okoliczności nie zostały w tej ofercie uwzględnione. Wszystkie podnoszone przez odwołującego argumenty dotyczące stopnia skomplikowania robót i ich organizacji opierają się na domniemaniu, że nie zostały one uwzględnione w ofercie TOTO bez przytoczenia przez odwołującego jakiegokolwiek fragmentu tej oferty potwierdzającego to domniemanie.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że w świetle podniesionych przez odwołującego argumentów i dowodów, nie ma podstaw do uznania, że zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do realności ceny i zaniechał wezwania wykonawcy TOTO do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Tym samym zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i Izba oddaliła odwołanie w zakresie tego zarzutu.

#### **Zarzut dotyczący metody budowy tunelu w ofercie TOTO.**

W odwołaniu odwołujący jedynie ogólnie wskazał na „naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania TOTO do wyjaśnień

treści oferty w zakresie zastosowanej technologii budowy tunelu podczas gdy Zamawiający powinien zweryfikować przedmiotową okoliczność gdyż może ona świadczyć o niezgodności oferty złożonej przez TOTO w zakresie sposobu wykonania zamówienia jak również w zakresie dotrzymania zaoferowanego skróconego terminu realizacji zamówienia (punktowanego w ramach pozacenowych kryteriów oceny oferty)". Odwołujący nie sprecyzował, co konkretnie zarzuca ofercie wykonawcy TOTO w zakresie zastosowanej metody budowy tunelu, w szczególności nie wskazał na żadną konkretną w tej ofercie treść, która w zakresie metody budowy tunelu byłaby niezgodna z treścią siwz lub wymagała wyjaśnienia. Na rozprawie odwołujący wskazał jedynie, że zarzut dotyczący budowy tunelu ma związek z zarzutem rażąco niskiej ceny, ponieważ wyjaśnienie z wykonawcą TOTO kwestii metody drażenia tunelu będzie miało wpływ na ocenę ceny jego oferty. Przystępujący po stronie odwołującego również żadnej dodatkowej argumentacji nie podniósł.

Wobec braku konkretnych argumentów dotyczących ww. zarzutu, przede wszystkim wobec braku wskazania konkretnego postanowienia w ofercie wykonawcy TOTO, które byłoby niezgodne z siwz lub wymagało wyjaśnienia, Izba nie znalazła podstaw, by zarzut ten uwzględnić.

#### **Zarzut dotyczący zaangażowania zasobów wykonawcy TOTO w inne przedsięwzięcia.**

W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że odwołujący Mirbud podniósł zarzut, że wykonawca TOTO realizuje zamówienie na „Projekt i budowę drogi ekspresowej S-61 Ostrów Mazowiecki – Szczuczyn, odcinek węzeł Łomża Zachód – węzeł Kolno”, dla którego w ofercie wskazał na dyrektora kontraktu p. L. S., a na kierownika budowy – p. F. T. . Obie te osoby zostały wskazane również w ofercie w niniejszym postępowaniu (na Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy oraz na Kierownika Robót Mostowych - budowy tunelu), a termin realizacji obu zadań pokrywa się.

Zgodnie z art. 22d ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może, na każdym etapie postępowania uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający wywiera także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Należy zauważyć, że art. 22d ust. 2 ustawy Pzp nie przewiduje przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, a jedynie możliwość oceny przez zamawiającego wymaganych zdolności wykonawcy, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych tego wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Negatywna ocena dokonana w tym zakresie przez zamawiającego stanowi więc przesłankę do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Aby jednak taka negatywna ocena mogła być dokonana, muszą być spełnione wszystkie przesłanki z art. 22d ust. 2 ustawy Pzp, tj.:

- zasoby techniczne lub zawodowe wykonawcy muszą być zaangażowane w inne przedsięwzięcia gospodarcze,
- zaangażowanie tych zasobów w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację udzielanego zamówienia.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że art. 22d ust. 2 ustawy Pzp nie może stać na przeszkodzie wskazywaniu przez wykonawców tych samych osób w ofertach w różnych postępowaniach w sytuacji, gdy nie wiadomo jeszcze, jakim wynikiem się te postępowania zakończą. W szczególności w niniejszej sprawie wykonawca TOTO wyjaśnił, że w dniu składania ofert w niniejszym postępowaniu (13.06.2018 r.) nie był jeszcze znany wynik postępowania na drogę S61. Tym samym wykonawca TOTO nie miał podstaw, by zakładać, że panowie S. i T. będą zaangażowani w realizację obu inwestycji.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że jedną z przesłanek art. 22d ust. 2 ustawy Pzp jest negatywny wpływ faktu zaangażowania zasobów w inne przedsięwzięcia na realizację udzielanego zamówienia. O ile można zgodzić się z odwołującym, że utrudniona będzie realizacja niniejszego zamówienia w sytuacji, gdy Dyrektor Kontraktu – Przedstawiciel Wykonawcy oraz Kierownik Robót Mostowych - budowy tunelu będą zaangażowani w dwie inwestycje realizowane w tym samym czasie w dwóch różnych regionach Polski, o tyle należy zauważyć, że wykonawca TOTO przedstawił na rozprawie dowody w postaci pism z dnia 16 i 19.11.2018 r. skierowanych do GDDKiA Oddział w Białymstoku, w których informuje inwestora o możliwości zmiany obu ww. osób na inne, w celu realizacji niniejszej inwestycji. Zmiany takie są zwykle przewidywane w kontraktach i dopuszczalne pod warunkiem, że nowe osoby będą miały kwalifikacje nie gorsze niż opisane w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz. Również w kontrakcie na S61, jak wynika z ww. pism, zamiana taka jest możliwa na podstawie Subklauzuli 4.3. Warunków Ogólnych i Szczególnych Kontraktu. Tym samym, w świetle ustalonych okoliczności, nie ma podstaw do stwierdzenia, że aktualne zaangażowanie p. S. i p. T. na drodze S61 będzie miało negatywny wpływ na realizację niniejszego zamówienia, a w konsekwencji nie ma podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 22d ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 4 i w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a tym bardziej do stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

#### **Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy Salini z powodu dopuszczenia się przez niego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych.**

Obowiązujące przepisy i orzecznictwo dotyczące art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp zostały już przytoczone w odniesieniu do tożsamego zarzutu dotyczącego wykonawcy TOTO w odwołaniu o sygn. akt KIO 2281/18. W związku z tym pozostają one aktualne i nie wymagają powtórzenia. Izba w tym miejscu przypomni jedynie, że art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp przewiduje następujące przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, które muszą zostać spełnione kumulatywnie:

- zawinione naruszenie,
- poważne naruszenie obowiązków zawodowych,
- podważenie uczciwości wykonawcy,
- w szczególności zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo,
- w szczególności niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia,
- możliwość wykazania przez zamawiającego za pomocą stosownych środków dowodowych.

Opierając się na wyżej opisanych podstawach prawnych i oceniając konkretne zachowanie wykonawcy Salini w trakcie realizacji zadania pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S8 od węzła Marki (bez węzła) do węzła Radzymin Półd. z podziałem na zadania (...)”, Izba stwierdziła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że przedstawiając pismo GDDKiA z dnia 19.11.2018 r., w którym stwierdzono, że zamawiający odstąpił od umowy z winy leżącej po stronie wykonawcy, odwołujący wykazał, że naruszenie, którego dopuścił się wykonawca Salini miało charakter zawiniony. Izba nie podzieliła w tej kwestii argumentów przystępującego Salini o tym, że ww. zamówienie realizowało konsorcjum w innym składzie oraz o tym, że istnieje spór sądowy z GDDKiA dotyczący skuteczności odstąpienia od umowy. Odnosząc się do argumentów przystępującego dotyczących składu konsorcjum, należy zauważyć, że wprowadzie drogę S8 realizowało konsorcjum

składające się z wykonawców ubiegających o niniejsze zamówienie oraz jeszcze z dwóch innych firm (z których jedna, zdaniem przystępującego była winna niepłacenia podwykonawcom), niemniej jednak zastosowanie w tej sprawie znajduje art. 141 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność m.in. za wykonanie umowy. Tym samym Salini nie może zdjąć z siebie odpowiedzialności za nieudaną realizację ww. drogi S8, nawet jeśli to inni członkowie konsorcjum są wprost winni określonym działaniom lub zaniechaniom. Odnosząc się natomiast do argumentów przystępującego Salini dotyczących sporu sądowego, jaki toczy się pomiędzy wykonawcą drogi S8 a GDDKiA, należy zauważyć, że art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp nie przewiduje konieczności potwierdzenia zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych przez sąd, w przeciwieństwie do innych przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 i 5 ustawy Pzp, gdzie wyraźnie taki wymóg wskazano (np. art. 24 ust. 1 pkt 15 lub art. 24 ust. 5 pkt 5 ustawy Pzp). W art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp Ustawodawca ograniczył kwestie dowodowe jedynie do „stosownych środków dowodowych”, które nie muszą stanowić konkretnie wyroku sądowego. Ponadto należy mieć na uwadze treść art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa w ust. 5 pkt 2, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Gdyby (niezgodnie z brzmieniem przepisu) uznać, że do stwierdzenia zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych konieczny jest wyrok sądu, to biorąc pod uwagę możliwy czas trwania procesu, mogłoby się okazać, że art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp pozostaje martwy, bo uzyskanie prawomocnego wyroku nie zawsze jest możliwe przed upływem 3 lat. W związku z tym, w tym w szczególności w związku z literalnym brzmieniem przepisu, nie można uznać argumentacji przystępującego Salini, że wszczęty w tej sprawie spór sądowy, sam w sobie nie pozwala na stwierdzenie zawinionego naruszenia przez wykonawcę.

Odnosząc się natomiast do pozostałych przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, Izba uznała za niewykazaną przesłankę poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Należy bowiem zauważyć, że odwołujący wskazał w odwołaniu, powołując się na informacje ze stron internetowych, że wykonawca Salini zaangażował na ww. inwestycji mniej kadry, sprzętu i pojazdów transportowych niż pierwotnie deklarował, nie płacił podwykonawcom, a także nie dotrzymywał terminu realizacji zamówienia. Abstrahując od kwestii wiarygodności informacji pochodzących ze stron internetowych, należy zauważyć, że ani w odwołaniu, ani na rozprawie nie zostały wskazane okoliczności, które potwierdzają, że ww. naruszenia obowiązków zawodowych mają charakter poważny. W szczególności nie zostało wykazane, w jaki sposób mniejsze zaangażowanie środków wpłynęło na sposób realizacji zamówienia, ilu podwykonawcom i jak wysokich kwot nie wypłacał Salini, jak też - jak duże jest opóźnienie w realizacji zamówienia. Wobec powyższego nie można stwierdzić, że spełniona została przesłanka dopuszczenia się przez wykonawcę naruszenia obowiązków zawodowych o charakterze poważnym.

Niezależnie od powyższego, odwołujący Mirbud przywołał w odwołaniu „tytułem przykładu” także inne inwestycje, z których realizacją wykonawca Salini ma problemy:

- 1) S7 Chęciny – Jędrzejów – opóźnienie w realizacji, jak wynika ze strony internetowej,
- 2) S7 Skomielna Biała – Chabówka – opóźnienie w realizacji,
- 3) A1 odcinek F pomiędzy węzłami Rząsawa i Blachownia – opóźnienie w realizacji, jak wynika ze strony internetowej,
- 4) S3 Polkowice – Lubin – opóźnienie w realizacji oraz bliżej niesprecyzowane problemy podwykonawcami, jak wynika ze strony internetowej,
- 5) zadanie realizowane na terenie Republiki Słowackiej – opóźnienie w realizacji, jak wynika ze strony internetowej.

W stosunku do ww. inwestycji odwołujący, poza zacytowaniem informacji ze stron internetowych, nie podał żadnych argumentów na poparcie tezy, że wykonawca Salini podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Dodatkowo przedstawiony na rozprawie dowód w postaci wniosku o udostępnienie informacji publicznej z dnia 13.11.2018 r. dotyczy drogi ekspresowej S3 Nowa Sól – Legnica, która to inwestycja w ogóle nie została wymieniona w odwołaniu, zaś dowód w postaci odpowiedzi GDDKiA Oddział we Wrocławiu na wniosek z 30.11.2018 r. nie wymienia nazwy inwestycji, której dotyczy, jak też nie można nazwy tej ustalić na podstawie samego wniosku o udostępnienie informacji publicznej, gdyż żaden wniosek z dnia 30.11.2018 r. nie został na rozprawie przedłożony.

Przed wszystkim jednak stwierdzić należy, że w stosunku do ww. inwestycji nie została przytoczona argumentacja i okoliczności faktyczne, na podstawie których byłoby możliwe stwierdzenie, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Na marginesie jedynie należy dodać, że w stosunku do inwestycji na A1 odcinek F przystępujący Salini przedłożył m.in. aneks do umowy, z którego wynika, że termin realizacji zamówienia został przesunięty na 10.04.2019 r.

Tym samym, biorąc pod uwagę wyżej przytoczone okoliczności sprawy, nie można uznać, że wykonawca TOTO podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z brakiem spełnienia przesłanek z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, nie można także stwierdzić, aby wykonawca Salini wprowadził zamawiającego w błąd nie informując go o podstawie do wykluczenia w oparciu o ww. przepis. Tym samym nie zachodzą również przesłanki wykluczenia wykonawcy Salini na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

#### **Zarzut dotyczący przyznania wykonawcy Salini zawyżonej liczby punktów z powodu doświadczenia p. M. .**

Izba podtrzymuje ustalenia dotyczące doświadczenia p. J. M. zawarte w ramach rozpoznania odwołania o sygn. akt KIO 2281/18. W związku z powyższym należy stwierdzić, że p. M. nie pełnił funkcji Kierownika Robót Drogowych od rozpoczęcia robót drogowych, a zatem zamawiający niezasadnie przyznał przystępującemu Salini 3 pkt w kryterium oceny ofert za doświadczenie ww. osoby. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 i 2 ustawy został zatem uwzględniony. Jednocześnie Izba nie nakazuje w tej sprawie obniżenia punktacji wykonawcy Salini z powodu braku pełnienia przez p. M. funkcji od rozpoczęcia robót drogowych, ponieważ Izba nakazała już zamawiającemu w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 2281/18 wykluczenie wykonawcy Salini na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z ww. powodu.

#### **Zarzut dotyczący zaangażowania zasobów wykonawcy Salini w inne przedsięwzięcia.**

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaangażowania zasobów wykonawcy Salini w inne przedsięwzięcia, w pierwszej kolejności należy podnieść, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, natomiast art. 180 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania.

W przedmiotowej sprawie odwołujący w odwołaniu jedynie ogólnie wskazał: „W tym miejscu należy podkreślić, że realizację zadań wykonywanych przez Konsorcjum Salini nakładają się na siebie w tym samym czasie. W związku z

powyższym, Zamawiający był zobowiązany zweryfikować czy Konsorcjum SALINI w przedmiotowym Postępowaniu będzie dysponowało osobą Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy, Kierownika Budowy, Kierownika Robót Mostowych - budowy tunelu, Głównego Projektanta Tunelu, skoro osoby te są lub mogą być zaangażowane już na innym kontrakcie". Natomiast dopiero na rozprawie odwołujący podniósł okoliczności i argumentację dotyczące konkretnie p. M. M. – Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy i jego udziału w realizacji konkretnej inwestycji, tj. drogi S7 Chęciny-Jędrzejów.

W związku z tym okoliczności i argumenty podniesione przez odwołującego dopiero na rozprawie nie mogą być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z art. 192 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto w razie uwzględnienia okoliczności nie podniesionych w odwołaniu doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradiktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że wskazując w odwołaniu jedynie ogólny zarys zarzutu, a następnie precyzując na rozprawie, o co konkretnie chodzi, odwołujący w istocie przedłuża sobie termin na wniesienie odwołania (na znalezienie konkretnych informacji i argumentów). Odnosząc powyższe rozważania do niniejszej sprawy, należy zauważyć, że odwołujący w odwołaniu wskazał na wszelki wypadek wszystkie funkcje dodatkowo punktowane w ramach kryteriów oceny ofert i wskazał na podejrzenie zaangażowania osób wyznaczonych do pełnienia tych funkcji w realizację innych inwestycji, ale dopiero na termin rozprawy sprawdził i przygotował informacje dotyczące konkretnej już osoby na konkretnej inwestycji. Takie działanie odwołujących należy uznać za praktykę niedopuszczalną i niezgodną z art. 182 ust. 1 – 4 ustawy Pzp.

Dlatego też Izba, rozpoznając odwołanie, pominęła podniesione przez odwołującego dopiero na rozprawie argumenty i okoliczności dotyczące udziału konkretnie p. M. M. w realizacji konkretnej inwestycji – S7 Chęciny - Jędrzejów, które to informacje i argumentacja nie były zawarte w treści odwołania. Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw, by ww. zarzut uwzględnić.

#### **ODWOŁANIE 2291/18**

Odwołanie to zostało uwzględnione przez zamawiającego w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy TOTO na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12i 17 ustawy Pzp z powodu doświadczenia p. L. S., p. M. R. P., p. F. T. oraz p. A. L. . Przystępujący TOTO wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania. Ponadto odwołujący Salini cofnął odwołanie w zakresie zarzutów: nr II.1,4,5,6 i 7, które dotyczyły wykazania przez TOTO sytuacji finansowej, wykazania przez TOTO niezalegania z podatkami, zaangażowania personelu wskazanego przez TOTO w realizację innych inwestycji oraz kwestii wyjaśniania oferty TOTO, jak też w zakresie zarzutu dotyczącego doświadczenia p. M. R. P. . W zakresie zarzutów cofniętych postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp.

W związku z tym następujące zarzuty odwołania podlegają rozpoznaniu.

#### **Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy TOTO z powodu doświadczenia p. L. S. .**

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kwestionowanego przez odwołującego doświadczenia p. L. S., należy przypomnieć, że w odwołaniu wskazano, że:

- przy realizacji zadania „Budowa Autostrady A1 Mediolan – Neapol, odcinek La Quercia – Badia Nuova zadanie 6 i 7 oraz odcinek Sasso Marconi – Barberino del Mugello” osoba ta pełniła funkcję dyrektora kontraktu od 06.12.2010 r. (jak wynika z oferty), podczas gdy z wykazu robót wynika, że roboty zaczęły się w dniu 05.12.2007 r., a ponadto osoba ta była tylko dyrektorem ds. placu budowy, a nie dyrektorem kontraktu,
- przy realizacji zadania „Budowa Autostrady A1 Mediolan – Neapol, odcinek B, zadanie 4-5-6 Florencja Północ – Florencja Południe” osoba ta nie pełniła funkcji dyrektora kontraktu do zakończenia zadania, przy czym w wykazie osób TOTO wskazał, że osoba ta pełniła funkcję do 30.12.2009 r., podczas gdy z oświadczenia komitetu protestacyjnego wynika, że prace skończyły się w czerwcu 2011 r., ponadto w postępowaniu na północną obwodnicę Krakowa TOTO wskazywał, że na tym samym zadaniu p. S. pełnił funkcję dyrektora kontraktu od marca 2003 r. do grudnia 2006 r., a w postępowaniu na S61 Łomża – Kolno TOTO wskazywał, że na tym samym zadaniu p. S. pełnił funkcję dyrektora kontraktu od grudnia 2003 r. do listopada 2007 r.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że w zakresie rozumienia pojęcia „rozpoczęcie robót” Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 3 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1202/18, w którym wskazano: „Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że w opisie ww. podkryterium zamawiający posługuje się pojęciami „robót” oraz „zadania”, przy czym wymóg rozpoczęcia dotyczy „robót”, nie zaś „zadania” („rozpoczęcie robót”). Tym samym należy stwierdzić, że zamawiający nie żądał, aby osoba wyznaczona na stanowisko kierownika budowy pełniła wymagane funkcje np. kierownika robót drogowych od rozpoczęcia całego zadania, ale od rozpoczęcia robót, którymi kierowała. Innymi słowy: w podkryterium wymagano, aby wyznaczona osoba posiadająca doświadczenie w pełnieniu funkcji na stanowisku kierownika robót drogowych pełniła te funkcje od rozpoczęcia robót na odcinku o długości min. 4 km, nie zaś od rozpoczęcia całego zadania inwestycyjnego, w ramach którego ww. odcinek był wykonywany”. Jednocześnie należy zauważyć, że w przypadku p. S. wykazano w ofercie TOTO doświadczenie w zakresie pełnienia funkcji dyrektora kontraktu. W przypadku takiej funkcji Izba stoi na stanowisku, że doświadczenie powinno być liczone od rozpoczęcia całości robót, a nie tylko konkretnych robót branżowych.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący TOTO przedstawili następujące dowody, które Izba oceniła w celu rozpoznania sprawy:

**1) odnośnie zadania „Budowa Autostrady A1 Mediolan – Neapol, odcinek La Quercia – Badia Nuova zadanie 6 i 7 oraz odcinek Sasso Marconi – Barberino del Mugello”:**

1.odwołujący Salini przedstawił m.in.:

a.wykaz robót złożony przez TOTO w postępowaniu na „Projekt i budowę drogi ekspresowej S61 Ostrów Mazowiecka – Szczuczyn (...)”, z którego wynika, że zadanie dotyczące budowy autostrady A1 Mediolan – Neapol (...) trwało od 05.12.2007 r. do 22.12.2015 r.

b.formularz 2.2. złożony przez TOTO w postępowaniu na „zaprojektowanie i budowę drogi ekspresowej S52 odc. Północna obwodnica Krakowa: węzeł Modlnica – węzeł Kraków (bez węzła)”, z którego wynika, że p. S. pełnił funkcję od grudnia 2007 r. do grudnia 2015 r.

2.zamawiający przedstawił:

a.formularz 3.3. złożony przez TOTO w postępowaniu na „Zaprojektowanie i budowę drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Nisko Południe (bez węzła) do węzła Sokołów Małopolski Północ z podziałem na trzy zadania (...)”, z którego wynika, że p. S. pełnił funkcję dyrektora kontraktu od 05.12.2007 r. „do teraz”,

b.formularz 3.3. złożony przez TOTO w postępowaniu na „Usprawnienie połączenia komunikacyjnego pomiędzy

wyspami Uznam i Wolin w Świnoujściu – budowa tunelu pod Świną”, z którego wynika, że p. S. pełnił funkcję dyrektora kontraktu od 05.12.2007 do 22.12.2015 r.

3.przystępujący TOTO przedstawił odpowiedź firmy Autostrade per l'Italia na pismo z dnia 14.11.2018 r., z której wynika, że:

- p. S. będąc obecnym na placu budowy od końca września 2009 r., pełnił funkcję dyrektora budowy,
- p. S. był jedynym dyrektorem budowy sprawującym tę funkcję na podstawie pełnomocnictwa szczególnego,
- „w w/w okresie” w znacznej mierze wykonywane były czynności w zakresie organizacji placu budowy oraz prac przygotowawczych,
- „zasadnicze roboty budowlane wykonywane były począwszy od 2010 r.”

2)odnośnie zadania „Budowa Autostrady A1 Mediolan – Neapol, odcinek B, zadanie 4-5-6 Florencja Północ – Florencja Południe”:

1.odwołujący Salini przedstawił m.in.:

a.wydruk ze strony internetowej koncesjonariusza autostrady A1 spółki Autostrade per l'Italia, z którego wynika, że „Odcinek Florencja Północ – Florencja Scandicci został całkowicie oddany do ruchu w kwietniu 2007. Odcinki Florencja Scandicci – Florencja Impruneta i Florencja Impuneta – Florencja Południe zostały całkowicie oddany do ruchu w sierpniu 2013 r.”

b.fragment raportu wykonanego dla XVII kadencji Sejmu i Senatu Republiki Włoskiej wraz z tabelą zatytułowaną: „Główne roboty w trakcie realizacji na dzień 31.12.2011 r.”. W tabeli wpisano m.in. : „Poszerzenie A1 od Barberino di Mugello do Incisa Val d'Arno (odcinek B) Odcinek Florencja Północ – Florencja Południe. Zadania 4, 5 e 6 (Odcinek B)”.

c.bilans wykonawcy zadania spółki Baldassini Tognozzi-Pontello (BTP) za 2008 r., w którym w odniesieniu do inwestycji „Dodanie trzeciego pasa na odcinku autostrady Florencja Północ – Florencja Południe, Zadania 4, 5, 6, 7, 8 (Odcinki B i C)” wskazano: „W pierwszym studium poprawionego projektu, ukończonym w lipcu 2007, ilość robót zwiększono do około 363,682,649 € a termin zakończenia prac przesunięto na Luty 2011 r.”

d.formularz 2.2. złożony przez TOTO w postępowaniu na „zaprojektowanie i budowę drogi ekspresowej S52 odc. Północna obwodnica Krakowa: węzeł Modlnica – węzeł Kraków (bez węzła)”, z którego wynika, że p. S. pełnił funkcję od marca 2003 r. do grudnia 2006 r.

2.zamawiający przedstawił m.in.: formularz 3.3. złożony przez TOTO w postępowaniu na „Zaprojektowanie i budowę drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Nisko Południe (bez węzła) do węzła Sokołów Małopolski Północ z podziałem na trzy zadania (...)”, z którego wynika, że p. S. pełnił funkcję dyrektora kontraktu od grudnia 2003 r. do listopada 2007 r.

3.przystępujący TOTO przedstawił: odpowiedź firmy Autostrade per l'Italia na pytanie z dnia 03.12.2018 r., dotyczącą zadania „Autostrada A1 Mediolan – Neapol, odcinek Florencja Północ – Florencja Południe, roboty poszerzenia drogi o trzeci pas, odcinek B (zadania 4-5-6), z której wynika, że „w miesiącu wrześniu 2009 zarówno Tunel Casellina (jezdni Południowa) jak i 5 estakad na Zadaniu 4, były ukończone i prawidłowo otwarte dla ruchu”.

Odnosząc się do doświadczenia p. S. na zadaniu „Budowa Autostrady A1 Mediolan – Neapol, odcinek La Quercia – Badia Nuova zadanie 6 i 7 oraz odcinek Sasso Marconi – Barberino del Mugello” w pierwszej kolejności należy zauważyć, że odwołujący Salini i zamawiający przedstawili jako dowody w sprawie formularze składane przez TOTO w innych postępowaniach. Jednocześnie ani odwołujący, ani zamawiający nie przedstawili dowodów wskazujących na to, że w tamtych postępowaniach oświadczenia przystępującego TOTO zostały złożone zgodnie ze stanem faktycznym. Tym samym mimo różnic w datach wynikających z formularzy złożonych w innych postępowaniach oraz w formularzu złożonym przez TOTO w niniejszym postępowaniu, nie sposób przesądzić, które z nich są prawdziwe, gdyż tak jak możliwa jest teza, że w niniejszym postępowaniu TOTO złożył informacje nieprawdziwe, tak samo możliwa jest teza, że złożył informacje nieprawdziwe w ww. innych postępowaniach. Sam fakt niezgodności informacji wynikających z tych formularzy nie przesądza o tym, które z nich zawierają informacje prawdziwe, a szczególnie nie przesądza o tym, że to właśnie formularz złożony w niniejszym postępowaniu zawiera informacje nieprawdziwe.

Nie sposób natomiast nie zauważyć, że ze świadectwa wykonania robót (referencji), przedłożonego przez TOTO na wezwanie zamawiającego, wynika, że inwestycja, na której pełnił funkcję p. S., rozpoczęła się 05.12.2007 r. i w przeciwieństwie do wskazanych wyżej formularzy, ten dokument należy uznać za wiarygodny. Nie ma zatem znaczenia, że ten sam inwestor, w piśmie przedstawionym na rozprawie przez TOTO, stwierdza, że „zasadnicze roboty budowlane wykonywane były począwszy od 2010 r.” Jak wskazano już wyżej, osoba pełniąca funkcję dyrektora kontraktu powinna, w ocenie Izby, pełnić tę funkcję od rozpoczęcia całości robót, a nie robót branżowych, czy „robót zasadniczych”. Nawet jeśli przed 2010 r. (choć w ofercie TOTO wskazano, że p. S. pełnił funkcję dopiero od 06.12.2010 r., czyli dopiero z końcem 2010 r.) wykonywane były jedynie prace organizacyjne i przygotowawcze, to dyrektor kontraktu powinien już w tym czasie pełnić swoją funkcję, ponieważ nawet roboty przygotowawcze są robotami budowlanymi. Należy także zwrócić uwagę, że wskazana w ofercie TOTO data, od której p. S. zaczął pełnić funkcję (06.12.2010 r.) nie została potwierdzona w żadnym z innych przedłożonych na rozprawie dowodów, a ponadto inwestor włoski wskazał, że „zasadnicze roboty budowlane wykonywane były począwszy od 2010 r.”, co oznacza, że roboty te zaczęły się z początkiem 2010 r., a nie dopiero w grudniu, kiedy zgodnie z ofertą p. S. zaczął pełnić funkcję. Tym samym p. S. nie pełnił funkcji nawet od rozpoczęcia „robót zasadniczych”. Oznacza to, w świetle zgromadzonych dowodów, że w przypadku dyrektora kontraktu „rozpoczęcie robót” nastąpiło, zgodnie ze świadectwem wykonania robót w dniu 05.12.2007 r., a to z kolei oznacza, że p. S. nie pełnił funkcji od rozpoczęcia robót, bo pełnił ją albo od 06.12.2010 r. (zgodnie z ofertą) albo z końcem września 2009 r. (zgodnie z odpowiedzią włoskiego inwestora). Tym samym nie pełnił tej funkcji od rozpoczęcia robót.

Odnosząc się natomiast do rodzaju funkcji, jaką pełnił p. S. na ww. zadaniu, należy zauważyć, że wprawdzie w ww. świadectwie wykonania robót stanowisko p. S. zostało nazwane: „Dyrektor Kontraktu ds. Placu Budowy”, niemniej jednak dalej napisane jest, że „Inż. L. S. (...) w ramach ww. robót pełnił, w imieniu i na rzecz Toto S.p.A. Construzioni Generali, funkcję Dyrektora Kontraktu”. Nie może mieć znaczenia dopisek własny tłumacza, że: „We Włoszech stanowisko Dyrektora Kontraktu jest sprawowany przez dwie osoby, zakres ich wspólnych kompetencji pokrywa się z funkcją polskiego dyrektora kontraktu”. Tłumacz nie jest w tym wypadku osobą kompetentną do przesądzania, jaką w istocie funkcję pełniła dana osoba. Nawet jeśli p. S. był jednym z dwóch dyrektorów kontraktu, to nie zmienia to faktu, że był dyrektorem kontraktu.

Odnosząc się do doświadczenia p. S. na zadaniu „Budowa Autostrady A1 Mediolan – Neapol, odcinek B, zadanie 4-5-6 Florencja Północ – Florencja Południe” Izba stwierdziła, że żaden z dowodów przedłożonych przez strony i przystępującego na rozprawie, nie jest wystarczający do przesądzenia, czy wykonawca TOTO podał prawdziwe informacje w zakresie daty, do której p. S. pełnił swoją funkcję. Przede wszystkim należy zauważyć, że złożone przez

odwołującego Salini dowody w postaci: wydruku ze strony internetowej koncesjonariusza autostrady A1 spółki Autostrade per l'Italia, fragmentu raportu wykonanego dla XVII kadencji Sejmu i Senatu oraz bilansu wykonawcy zadania spółki Baldassini Tognozzi-Pontello, abstrahując już nawet od tego, że wszystkie są tylko informacjami ze stron internetowych, co samo w sobie podważa ich wiarygodność, dotyczą inwestycji, których nazwy nie są tożsame z nazwą inwestycji wskazanej w ofercie TOTO. Wydruk ze strony internetowej koncesjonariusza autostrady A1 dotyczy innych odcinków autostrady, w tym np. odcinka Florencia Scandicci – Florencia Impruneta i Florencia Impuneta – Florencia Południe, który nie był wymieniony w ofercie. Fragment raportu wykonanego dla XVII kadencji Sejmu i Senatu wymienia dodatkową nazwę, gdzie kończy się odcinek, tj. Incisa Val d'Arno, która nie była wymieniona w ofercie. Z kolei bilans wykonawcy zadania spółki Baldassini Tognozzi-Pontello (BTP) za 2008 r. dotyczy inwestycji w zakresie dodania trzeciego pasa, o czym nie było mowy w ofercie oraz zadań 7 i 8 (nie tylko 4, 5, 6, jak wskazano w ofercie), a także odcinka C (nie tylko B, jak wskazano w ofercie). Tym samym informacje pochodzące z ww. źródeł nie tylko nie są wiarygodne jako pochodzące ze stron internetowych, ale także wątpliwe wydaje się, czy w ogóle dotyczą tej samej inwestycji, co wskazano w ofercie TOTO.

Odnosząc się do formularzy złożonych przez TOTO w innych postępowaniach, a złożonych przez odwołującego i zamawiającego na rozprawie, należy powtórzyć, że niezgodność ich treści z treścią formularza złożonego przez TOTO w niniejszym postępowaniu, nie przesądza, w którym z postępowań zostały złożone informacje prawdziwe.

Odnosząc się natomiast do przedstawionego przez przystępującego TOTO pisma inwestora włoskiego o tym, że „w miesiącu wrześniu 2009 zarówno Tunel Casellina (jezdni Południowa) jak i 5 estakad na Zadaniu 4, były ukończone i prawidłowo otwarte dla ruchu”, należy zauważyć, że w piśmie tym wymienione są poszczególne elementy robót, natomiast nie wskazano, kiedy zakończyła się realizacja całego zadania, jak wymagano w siwz. Zatem treść tego pisma nie dowodzi, że p. S. pełnił funkcję do zakończenia zadania.

Resumując, dowody przedstawione zwłaszcza przez odwołującego i zamawiającego w zakresie zadania „Budowa Autostrady A1 Mediolan – Neapol, odcinek B, zadanie 4-5-6 Florencia Północ – Florencia Południe” nie są wystarczające do tego, aby podważyć prawdziwość informacji wskazanych w ofercie TOTO. Tym samym Izba nie znalazła podstaw, by w tym zakresie odwołanie uwzględnić.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, 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. P. S. został wskazany przez TOTO w ofercie do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy, tj. funkcji punktowanej w ramach kryterium oceny ofert. Jak ustalono powyżej, jedynie w zakresie informacji, że p. S. pełnił funkcję dyrektora kontraktu od rozpoczęcia robót na zadaniu nr 1, tj. „Budowa Autostrady A1 Mediolan – Neapol, odcinek La Quercia – Badia Nuova zadanie 6 i 7 oraz odcinek Sasso Marconi – Barberino del Mugello”, zasadne jest stwierdzenie, że wykonawca TOTO wprowadził zamawiającego w błąd. W ofercie wpisano bowiem, że p. S. pełnił tę funkcję od 06.12.2010 r., podczas gdy ze świadectwa wykonania robót wynika, że roboty rozpoczęły się w dniu 05.12.2007 r. Nie można przy tym twierdzić, że skoro sam wykonawca TOTO na wezwanie zamawiającego przedstawił świadectwo wykonania robót z datą inną, niż wskazana w ofercie, to nie zamierzał wprowadzić zamawiającego w błąd. Po pierwsze, dla spełnienia przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie jest konieczne, aby działanie wykonawcy było zamierzone, ale wystarczy lekkomyślność lub niedbalstwo, po drugie, sam fakt, że zamawiający dopiero w wyniku wniesienia odwołania zorientował się, że daty w dwóch dokumentach są różne, świadczy o tym, że rzeczywiście został wprowadzony w błąd. Biorąc zatem pod uwagę ustalone okoliczności, należy uznać, że wprowadzenie w błąd musiało nastąpić w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. Ponadto ww. nieprawdziwe informacje co do rozpoczęcia pełnienia przez p. S. funkcji dyrektora kontraktu, jako podawane przez wykonawcę dla spełnienia kryteriów oceny ofert i punktowane w ramach tych kryteriów, miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, co oznacza, że przystępujący TOTO podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie ww. przepisu.

#### **Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy TOTO z powodu doświadczenia p. F. T. .**

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kwestionowanego przez odwołującego doświadczenia p. F. T., należy przypomnieć, że w odwołaniu wskazano, że zgodnie z ofertą na zadaniu „Budowa Autostrady A1 Mediolan – Neapol. Modernizacja apenińskiego odcinka Sasso Marconi – Barberino di Mugello – zadanie 13 (...)” ww. osoba pełniła funkcję od 01.01.2007 r., natomiast z wykazu robót i referencji złożonych przez TOTO w postępowaniu na „Budowę drogi S7 Olsztynek – Płońsk” wynika, że to zadanie rozpoczęło się w dniu 29.06.2006 r.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że w zakresie rozumienia pojęcia „rozpoczęcie robót” Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 3 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1202/18, w którym wskazano: „Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że w opisie ww. podkryterium zamawiający posługuje się pojęciami „robót” oraz „zadania”, przy czym wymóg rozpoczęcia dotyczy „robót”, nie zaś „zadania” („rozpoczęcie robót”). Tym samym należy stwierdzić, że zamawiający nie żądał, aby osoba wyznaczona na stanowisko kierownika budowy pełniła wymagane funkcje np. kierownika robót drogowych od rozpoczęcia całego zadania, ale od rozpoczęcia robót, którymi kierowała. Innymi słowy: w podkryterium wymagano, aby wyznaczona osoba posiadająca doświadczenie w pełnieniu funkcji na stanowisku kierownika robót drogowych pełniła te funkcje od rozpoczęcia robót na odcinku o długości min. 4 km, nie zaś od rozpoczęcia całego zadania inwestycyjnego, w ramach którego ww. odcinek był wykonywany”. Jednocześnie należy zauważyć, że w przypadku p. T. wykazano w ofercie TOTO doświadczenie w zakresie pełnienia funkcji kierownika budowy. W przypadku takiej funkcji Izba stoi na stanowisku, że doświadczenie powinno być liczone od rozpoczęcia całości robót, a nie tylko konkretnych robót branżowych.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący TOTO przedstawili następujące dowody, które Izba oceniła w celu rozpoznania sprawy:

1) odwołujący Salini:

a. formularz 3.2. złożony przez TOTO w postępowaniu na „Budowę drogi S7 Olsztynek (S51) - Płońsk (S10), odc. Strzegowo – Pieńki”, z którego wynika, że inwestycja trwała od 29.06.2006 r.

b. zaświadczenie wykonania prac, z którego wynika, że prace rozpoczęły się w dniu 29.06.2006 r.

2) zamawiający przedstawił formularz 3.3. złożony przez TOTO w postępowaniu na „Zaprojektowanie i budowę drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Nisko Południe (bez węzła) do węzła Sokół Małopolski Północ z podziałem na trzy zadania (...)”, z którego wynika, że p. T. pełnił funkcję kierownika budowy od 28.06.2006 r. (choć nazwa włoskiego zadania nie jest w pełni tożsama z nazwą zadania wpisanego do oferty TOTO w niniejszym postępowaniu),

3) przystępujący TOTO przedstawił odpowiedź firmy Autostrade per l'Italia na pismo z dnia 16.11.2016 r. (błędnie wpisany

rok), z którego wynika, że:

- od 01.01.2007 do 30.12.2013 r. (zakończenie robót) inż. F. T. pełnił funkcję Dyrektora Technicznego Budowy dla przedmiotowych robót,
- p. T. jako jedyny pełnił funkcję Dyrektora Technicznego Budowy,
- „Czynności wykonane w okresie od czerwca 2006 r. do stycznia 2007 r. w znacznej mierze polegały na czynnościach wstępnych na budowie”.

Odnosząc się do formularzy złożonych przez TOTO w innych postępowaniach, a złożonych przez odwołującego i zamawiającego na rozprawie, należy powtórzyć, że niezgodność ich treści z treścią formularza złożonego przez TOTO w niniejszym postępowaniu, nie przesądza, w którym z postępowań zostały złożone informacje prawdziwe. Za wiarygodny natomiast należy uznać dowód w postaci świadectwa wykonania prac, w którym inwestor wskazuje, że roboty rozpoczęły się w dniu 29.06.2006 r. Oznacza to, że p. T. jako kierownik budowy (Dyrektor Techniczny Budowy) powinien, zgodnie z wymogiem siwz, pełnić swoją funkcję od 29.06.2006 r. Tymczasem z oferty, jak też ze złożonego przez przystępującego TOTO pisma inwestora włoskiego wynika, że pełnił tę funkcję od 01.01.2007 r. Nie ma przy tym znaczenia, że jak twierdzi inwestor włoski: „Czynności wykonane w okresie od czerwca 2006 r. do stycznia 2007 r. w znacznej mierze polegały na czynnościach wstępnych na budowie”. Po pierwsze, trudno stwierdzić, co kryje się pod pojęciem „czynności wstępnych”, po drugie, ze świadectwa wykonania prac jasno wynika, że roboty zaczęły się 29.06.2006 r.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, 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. P. T. został wskazany przez TOTO w ofercie do pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych – budowy tunelu, tj. funkcji punktowanej w ramach kryterium oceny ofert. Biorąc zatem pod uwagę ustalone okoliczności, tj. fakt, że w ofercie wpisano, że p. T. pełnił funkcję od 01.01.2007 r., zaś ze świadectwa wykonania robót wynika, że roboty rozpoczęły się w dniu 29.06.2006 r., należy uznać, że wykonawca TOTO wprowadził zamawiającego w błąd co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. Ponadto ww. nieprawdziwe informacje co do rozpoczęcia pełnienia przez p. T. funkcji dyrektora kontraktu, jako podawane przez wykonawcę dla spełnienia kryteriów oceny ofert i punktowane w ramach tych kryteriów, miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, co oznacza, że przystępujący TOTO podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie ww. przepisu.

#### **Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy TOTO z powodu doświadczenia p. A. L. .**

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kwestionowanego przez odwołującego doświadczenia p. A. L., należy przypomnieć, że w odwołaniu wskazano, że zgodnie z ofertą na zadaniu „Realizacja sieci dróg miejskich przynależnych do Autostrady A24 na odcinku od ul. Palmiro Togliatti do Stacji Roma Est i przebudowa barier ochronnych i znaków drogowych od Casal Bertone do stacji dl Roma Est” p. L. pełnił funkcję kierownika robót mostowych od 02.05.2011 r. do 24.06.2015 r. Jednocześnie odwołujący wskazuje, że ze świadectwa wykonania robót dla ww. inwestycji wynika, że wprawdzie zakończenie robót nastąpiło w dniu 24.06.2015 r., ale protokół odbioru został sporządzony na dzień 15.10.2015 r. W tym miejscu należy także przypomnieć, że p. L. został w ofercie TOTO wyznaczony do pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych, która to funkcja jest konieczna do spełnienia warunku udziału w postępowaniu (nie kryterium oceny ofert) i że w siwz zamawiający w zakresie tego warunku doprecyzował, że: „Jako wykonanie zadania należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia wg Klauzuli 10.1. WK FIDIC (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC), Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia)”.

W trakcie rozprawy przystępujący TOTO przedstawił jako dowód, który Izba oceniła celu rozpoznania sprawy, pismo firmy Strada Dei Parchii S.p.A. z dnia 16.11.2018 r., w którym wskazano m.in.:

- „Inż. A. L. (...) w okresie od 02 maja 2011 r. do 24 czerwca 2015 r. pełnił rolę Dyrektora Budowy na przedmiotowym zadaniu”,
- „Ani przed 02 maja 2011 r. ani po 24 czerwca 2015 r. nikt inny, oprócz inż. A. L., nie pełnił w/w funkcji na przedmiotowym zadaniu”,
- „Inż. A. L. uczestniczył w odbiorze robót oraz w chwili wydawania certyfikatu odbioru”.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Zgodnie zaś z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, 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.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że z ww. pisma spółki Strada Dei Parchii wynika, że p. L. pełnił swoją funkcję do 24.06.2015 r., co jest zgodne z informacją zawartą w ofercie. Oznacza to, że nie można wykonawcy TOTO zarzucić, że wprowadził zamawiającego w błąd co do daty pełnienia funkcji przez p. L., zatem nie zachodzi podstawa wykluczenia tego wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Jednocześnie jednak ze świadectwa wykonania robót wynika, że protokół odbioru został sporządzony w dniu 15.10.2015 r., zaś z ww. pisma wynika, że p. L. uczestniczył też w odbiorze robót i przy wydawaniu certyfikatu odbioru. Analiza dokumentów wskazuje zatem, że wykonawca TOTO podał w ofercie niekorzystną dla siebie datę pełnienia funkcji przez p. L., gdyż uwzględnił tylko datę zakończenia robót, natomiast nie uwzględnił udziału p. L. w odbiorze tych robót, co nastąpiło już po 24.06.2015 r. Tymczasem z przedstawionego przez przystępującego TOTO pisma jednoznacznie wynika, że p. L. uczestniczył też w odbiorze robót i przy wydaniu certyfikatu odbioru. Oznacza to, że nie zachodzi także przesłanka wykluczenia wykonawcy TOTO na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, ponieważ uczestnictwo p. L. przy odbiorze robót i wydawaniu certyfikatu odbioru powoduje, że wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu. Tym samym zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Reasumując:

- 1) odwołanie o sygn. akt: KIO 2281/18 zostało uwzględnione w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 91 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. z powodu niezasadnego przyznania wykonawcy Salini 3 punktów za doświadczenie p. J. M. oraz z powodu zaniechania wykluczenia ww. wykonawcy za doświadczenie p. J. M.,
- 2) odwołanie o sygn. akt: KIO 2286/18 zostało uwzględnione w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. z powodu niezasadnego przyznania wykonawcy

Salini 3 punktów za doświadczenia p. J. M.,

3) odwołanie o sygn. akt KIO 2291/18 zostało uwzględnione w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. z powodu zaniechania wykluczenia wykonawcy TOTO za doświadczenia p. L. S. i p. F. T. .

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Odnosząc się do postanowienia w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2281/18, należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę na treść § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Zgodnie z tym przepisem w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania, Izba zasądza od wnoszącego sprzeciw równowartość kwoty wpisu na rzecz odwołującego oraz koszty, o których mowa w § 3 pkt 2, na rzecz odwołującego lub zamawiającego. Należy jednak zauważyć, że Ustawodawca w ww. przepisie posługuje się liczbą pojedynczą w odniesieniu do wnoszącego sprzeciw, co oznacza, że przepis nie uwzględnia sytuacji, gdy wykonawców wnoszących sprzeciw jest więcej, jak też nie uwzględnia sytuacji, gdy zarzuty wobec których wnoszą oni sprzeciw częściowo zostają uwzględnione, a częściowo oddalone. Jednocześnie zgodnie z § 5 ust. 4 ww. rozporządzenia, w przypadkach nieuregulowanych w ust. 1 – 3 Izba orzeka o kosztach postępowania, uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

W przedmiotowej sprawie zamawiający uwzględnił część zarzutów w odwołaniu KIO 2281/18 i trzech przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, tj. wykonawca TOTO, wykonawca Salini i wykonawca Intercor, wniosło sprzeciw wobec ich uwzględnienia. Należy też zwrócić uwagę, że Izba uwzględniła ww. odwołanie w zakresie tylko jednego zarzutu dotyczącego wykonawcy Salini i nakazała jego wykluczenie z postępowania. Tym samym, tylko sprzeciw wniesiony przez wykonawcę Salini okazał się niezasadny (zarzut dotyczący jego oferty został uwzględniony), natomiast sprzeciwy wniesione przez wykonawcę TOTO i wykonawcę Intercor okazały się zasadne (zarzuty dotyczące ich ofert zostały oddalone). Innymi słowy: spośród trzech wnoszących sprzeciw tylko wykonawca Salini „przegrał”, gdyż podnoszona przez niego argumentacja okazała się niezasadna.

Wobec powyższego Izba uznała, że w niniejszej sprawie zachodzi sytuacja nieuregulowana w § 5 ust. 2 ww. rozporządzenia i zastosowała § 5 ust. 4 ww. rozporządzenia, zgodnie z którym orzekając o kosztach należy uwzględnić wynik postępowania odwoławczego. Zgodnie z wynikiem postępowania odwoławczego KIO 2281/18: uwzględniono tylko zarzut dotyczący wykonawcy Salini i nakazano jego wykluczenie z postępowania. Oznacza to, że spośród trzech wnoszących sprzeciw, w ocenie Izby, tylko wykonawca Salini powinien zostać obciążony kosztami postępowania odwoławczego, stosownie do jego wyniku. Dlatego też postanowiono, jak w sentencji.

Przewodniczący .....

.....  
.....