Sygn. akt: KIO 682/19
KIO 683/19

WYROK

z dnia 6 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 12 kwietnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDS - BUD S.A. z siedzibą w Warszawie oraz MOSTY ŁÓDŹ S.A. z siedzibą w Łodzi (sygn. akt: KIO 682/19),

B. w dniu 12 kwietnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, AKME Z. W. Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Elektromontaż Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie (sygn. akt: KIO 683/19),

w postępowaniu prowadzonym przez Dolnośląski Park Innowacji i Nauki S.A. z siedzibą we Wrocławiu,

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz PRE-FABRYKAT Sp. z o.o. z siedzibą w Karpaczu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 682/19 i KIO 683/19 po stronie Zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, AKME Z. W. Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Elektromontaż Rzeszów S.A. z siedzą w Rzeszowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 682/19 po stronie Zamawiającego,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDS - BUD S.A. z siedzibą w Warszawie oraz MOSTY ŁÓDŹ S.A. z siedzibą w Łodzi zgłaszających

przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 683/19 po stronie Odwołującego,

orzeka:

1.

A. Uwzględnia odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - IDS - BUD S.A. z siedzibą w Warszawie oraz MOSTY ŁÓDŹ S.A. z siedzibą w Łodzi i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz PRE-FABRYKAT Sp. z o.o. z siedzibą w Karpaczu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za nieuzasadnione.

B. Uwzględnia odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia - PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, AKME Z. W. Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Elektromontaż Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz PRE-FABRYKAT Sp. z o.o. z siedzibą w Karpaczu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za nieuzasadnione.

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Dolnośląski Park Innowacji i Nauki S.A. z siedzibą we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDS - BUD S.A. z siedzibą w Warszawie oraz MOSTY ŁÓDŹ S.A. z siedzibą w Łodzi (sygn. akt: KIO 682/19) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR

S.A. z siedzibą w Warszawie, AKME Z. W. Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Elektromontaż Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie (sygn. akt: KIO 683/19) tytułem wpisu od odwołań,

2.2. zasądza od Zamawiającego - Dolnośląskiego Parku Innowacji i Nauki S.A. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 47 200 zł 00 gr (słownie: czterdzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), w tym:

A. kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz Odwołujących - wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia IDS - BUD S.A. z siedzibą w Warszawie oraz MOSTY ŁÓDŹ S.A. z siedzibą w Łodzi (sygn. akt: KIO 682/19) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

B. kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz Odwołujących - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, AKME Z. W. Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Elektromontaż Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie (sygn. akt: KIO 683/19) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 682/19
KIO 683/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Dolnośląski Park Innowacji i Nauki S.A. z siedzibą we Wrocławiu [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę Ośrodka Narciarstwa Biegowego i Biathlonu w Szklarskiej Porębie - Jakuszycach (znak postępowania: ZP/PN/04/2018).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 grudnia 2018 r. pod numerem 2018/S 239-545193.

Sprawa o sygn. akt: KIO 682/19

W dniu 12 kwietnia 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie oraz MOSTY ŁÓDŹ S.A. z siedzibą w Łodzi [dalej „Odwołujący 1" lub „Konsorcjum IDS-BUD"] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz PRE-FABRYKAT Sp. z o.o. z siedzibą w Karpaczu [dalej „Konsorcjum TORPOL"] w wyniku błędnej oceny spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu;

2. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum TORPOL z postępowania z uwagi na fakt, iż wykonawca Konsorcjum TORPOL w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, określony w rozdziale IX pkt 1.2.1 lit. a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a w przypadku niepotwierdzenia się powyższego zarzutu:

3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Konsorcjum TORPOL do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez Konsorcjum TORPOL warunku udziału w postępowaniu, wskazanego w rozdziale IX pkt 1.2.1 lit. a) SIWZ;

4. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, AKME Z. W. Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Elektromontaż Rzeszów

5. A. z siedzibą w Rzeszowie [dalej „Konsorcjum PORR"] do złożenia wyjaśnień w zakresie załączonego do oferty oświadczenia Porr Bau GmbH o udostępnieniu zasobów oraz treści oferty Konsorcjum PORR, w celu potwierdzenia spełniania przez Konsorcjum PORR warunku udziału w postępowaniu, wskazanego w IX pkt 1.2.1 lit. b) SIWZ oraz 5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, w wyniku czego Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum TORPOL.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący 1 wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum TORPOL;

2. wykluczenia Konsorcjum TORPOL z postępowania;

3. wezwania Konsorcjum TORPOL do uzupełnień w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale IX pkt 1.2.1 lit. a) SIWZ;

4. wezwania Konsorcjum PORR do wyjaśnień w zakresie załączonego do oferty oświadczenia Porr Bau GmbH o udostępnieniu zasobów oraz treści oferty Konsorcjum PORR.

Odnosząc się do oferty wykonawcy Konsorcjum TORPOL Odwołujący 1 wskazali, że Konsorcjum TORPOL nie wykazało potwierdzenia spełnienia warunku, o którym mowa w IX pkt 1.2.1 lit. a) SIWZ.

W celu potwierdzenia spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu Konsorcjum TORPOL wykazało się m.in. następującym doświadczeniem własnym:

a) doświadczenie Torpol S.A. - „Budowa dworca" w ramach modernizacji linii kolejowej

Warszawa Łódź, etap II, Lot B2 - odcinek Łódź Widzew - Łódź Fabryczna ze stacją

Łódź Fabryczna oraz budową części podziemnej dworca Łódź Fabryczna przeznaczonej dla odprawy i przyjęć pociągów oraz obsługi podróżnych. Przebudowa układu drogowego i infrastruktury wokół multimodalnego dworca Łódź Fabryczna - budowa zintegrowanego węzła przesiadkowego nad i pod ul. Węglową,

b) doświadczenie Pre-Fabrykat Sp. z o.o. - Budowa krytej pływalni z zespołem zewnętrznych basenów sportowo - rekreacyjnych, zagospodarowaniem terenu, infrastrukturą techniczną oraz niezbędnymi obiektami i urządzeniami, przyłączeniami oraz instalacjami zewnętrznymi przy ul. Wejherowskiej 34 we Wrocławiu.

Odwołujący 1 wskazali, iż inwestycja określona w lit. a) powyżej realizowana była przez Konsorcjum, w którego skład wchodzili: Torpol Sp. z o.o., ASTALDI s.p.A., „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR" Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o.

Odwołujący 1 uzasadniali, iż z pozyskanych informacji, Torpol Sp. z o.o. w ramach wskazanej wyżej inwestycji realizowała wyłącznie roboty torowe. Takie samodzielne roboty nie mieszczą się w definicji obiektu użyteczności publicznej. Z kolei Torpol S.A. nie może obecnie powoływać się na doświadczenie zdobyte przez innych członków konsorcjum realizujących inwestycję dotyczącą budowy dworca w Łodzi. Powyższe wynika jednoznacznie z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. (sygn. C-387/14), w ramach którego TSUE w uzasadnieniu wskazał, iż „gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. (...) wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brali udziału." Dlatego też Konsorcjum TORPOL winno zostać wezwane do zastąpienia wskazanej inwestycji inną, zrealizowaną we własnym zakresie.

Odnosząc się do inwestycji wskazanej w lit. b) powyżej Odwołujący 1 podnieśli, iż w ramach jej wykonania zrealizowane były trzy odrębne budynki, jednakże żaden z nich (oraz łącznie) nie spełnia wymogów określonych w rozdziale IX pkt 1.2.1 lit. a) SIWZ, gdyż nie jest obiektem użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej min. 10 000 m^2.

Przedmiotowe budynki posiadają następujące parametry:

1. Budynek Krytej Pływalni:

Powierzchnia całkowita: 8 842,83 m^2

Powierzchnia użytkowa: 6 055,28 m^2

2. Budynek Pawilonu Szatniowo - Sanitarnego:

Powierzchnia całkowita: 396,79 m^2

Powierzchnia użytkowa: 243,31 m^2

3. Budynek Stacji Uzdatniania Wody Basenów Zewnętrznych

Powierzchnia całkowita: 1 121,93 m^2

Powierzchnia użytkowa: 937,42 m^2

Przy czym Budynek Stacji Uzdatniania Wody Basenów Zewnętrznych nie może być traktowany jako budynek użyteczności publicznej.

Odwołujący 1 podkreślali, iż wykonawca Konsorcjum TORPOL dopuścił się co najmniej rażącego niedbalstwa i wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z warunku udziału w postępowaniu, określonego przez Zamawiającego w rozdziale IX pkt 1.2.1 lit. a) SIWZ wynika w sposób jednoznaczny, że wykonawcy mogli wykazywać się doświadczeniem w wykonaniu obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej min. 10 000 m^2. Nawet jeżeli uznać, że poprzez obiekt budowlany można rozumieć zespół budynków, co jest w ocenie Odwołującego niedopuszczalne, i że Budynek Stacji Uzdatniania Wody Basenów Zewnętrznych może być traktowany jako obiekt użyteczności publicznej, to łączna powierzchnia użytkowa tych trzech budynków jest mniejsza niż 10.000 m^2 (wynosi dokładnie 7.236,01 m^2). Mając na uwadze fakt, iż Konsorcjum TORPOL posłużyło się doświadczeniem własnym, tj. jednego z członków konsorcjum, należy uznać, iż miało pełną wiedzę w zakresie tego, jaka była powierzchnia całkowita a jaka powierzchnia użytkowa każdego z budynków. W związku z powyższym, wykonawca Konsorcjum TORPOL winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16), ewentualnie pkt 17) ustawy Pzp.

W zakresie oferty wykonawcy Konsorcjum PORR Odwołujący 1 podnieśli, że Konsorcjum PORR nie wykazało potwierdzenia spełnienia warunku, o którym mowa w rozdziale IX pkt 1.2.1 lit. b) SIWZ.

Odwołujący 1 wskazali, iż w celu potwierdzenia powyższego warunku udziału

w postępowaniu, Konsorcjum PORR wykazało następującą inwestycję: Przebudowa, rozbudowa i budowa nowego obiektu w Dolomitenbad Lienz, zrealizowaną przez Porr Bau GmbH. Do oferty Konsorcjum PORR zostało załączone oświadczenie Porr Bau GmbH o udostępnieniu zasobów. Wynika z niego, iż Porr Bau GmbH w ramach przedmiotowego zmówienia o udzielenie zamówienia publicznego, zrealizuje roboty budowlane w zakresie budowy basenu na podstawie umowy podwykonawczej. Jednakże w punkcie 13 formularza oferty Konsorcjum PORR nie sposób odnaleźć informacji, że Konsorcjum PORR zamierza zlecić Porr Bau GmbH jakiekolwiek roboty, w szczególności roboty polegające na budowie basenu. W przywołanym punkcie formularza oferty, Konsorcjum PORR określiło co prawda kilka części zamówienia, których wykonanie zamierza zlecić podwykonawcom, jednakże przy każdej z nich wykonawca ten oświadczył, że „Podwykonawca będzie wyłoniony po wewnętrznym przetargu GW, po podpisaniu kontraktu z Inwestorem". W związku z powyższym oferta Konsorcjum PORR zawiera wewnętrznie sprzeczne informacje: z jednej strony załączone zostało do niej zobowiązanie, które - co należy podkreślić - jest jednostronnym oświadczeniem podmiotu udostępniającego zasoby, a z której wynika, iż Porr Bau GmbH wykona część zamówienia polegającą na budowie basenu; z drugiej strony sam wykonawca Konsorcjum PORR składa oświadczenie, z którego nie wynika, iż roboty te zamierza zlecić do wykonania Porr Bau GmbH. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający winien wezwać Konsorcjum PORR do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu, określony w rozdziale IX pkt 1.2.1 lit. b) SIWZ, ponieważ bez realizacji przez Porr Bau GmbH robót wskazanych przez niego w zobowiązaniu, nie ma możliwości skorzystania przez Konsorcjum PORR z udostępnionych mu zasobów.

Sprawa o sygn. akt: KIO 683/19

W dniu 12 kwietnia 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, AKME Z. W. Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Elektromontaż Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie [dalej „Odwołujący 2" lub „Konsorcjum PORR"] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 wzw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że Konsorcjum Torpol wykazało spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w sekcji III.1.3) ust. 1 pkt 3) ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziale IX pkt. 1.2.1 a) SIWZ oraz ewentualnie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy doświadczenie wykazywane przez Konsorcjum Torpol nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu;

2. art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Torpol z postępowania pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania, lub co najmniej rażącego niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w sekcji II 1.1.3) ust. 1 pkt 3) ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziale IX pkt 1.2.1 a) SIWZ, podczas gdy wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,

3. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Torpol z postępowania pomimo że wykonawca ten w wyniku w wyniku lekkomyślności, lub co najmniej niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w sekcji III.1.3) ust. 1 pkt 3) ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziale IX pkt. 1.2.1 a) SIWZ, podczas gdy wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,

4. w konsekwencji naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Torpol jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a w konsekwencji jego oferta winna zostać odrzucona;

Z daleko posuniętej ostrożności tj. na wypadek przyjęcia przez Izbę, że Konsorcjum Torpol wykazało spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak zaistnienia przesłanek wykluczenia (z czym Odwołujący się nie zgadza) Odwołujący zarzucił naruszenie:

5. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny ofert w kryterium Metodyka Wykonawcy - wybrane elementy zarządzania procesem budowlanym (M) w sposób sprzeczny z postanowieniami rozdziału XXI SIWZ (Opis kryteriów i sposób oceny ofert) oraz wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie oceny ofert dokonanej w sposób sprzeczny z postanowieniami SIWZ tj. w sytuacji gdy ocena ofert nie została

przeprowadzona indywidualnie przez członków komisji przetargowej, w oparciu o opracowania sporządzone przez poszczególnych wykonawców (Metodyki) oraz nosi znamiona oceny dokonanej kolektywnie, podczas gdy członkowie komisji winni samodzielnie i indywidualnie oceniać złożone przez wykonawców opracowania - Metodyki zgodnie z procedurą opisaną w rozdziale XXI SIWZ (Opis kryteriów i sposób oceny ofert);

6. art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia pełnego (szczegółowego i wyczerpującego) uzasadnienia dokonanej oceny ofert złożonych w postępowaniu, w kryterium pozacenowym „Metodyka Wykonawcy - wybrane elementy zarządzania procesem budowlanym (M)" oraz zaniechanie przekazania takiego uzasadnienia w zakresie dotyczącym wszystkich ofert złożonych w postępowaniu wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej;

7. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne uwzględnienie zastrzeżenia dokumentu Metodyka Konsorcjum Torpol jako stanowiącego tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, podczas gdy nie zostało wykazane, że dokument ten posiada cechy wymagane do tego, aby go objąć tajemnicą przedsiębiorstwa, a przez to dokument ten winien być jawny i udostępniony Odwołującemu.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami Odwołujący 2 wnieśli o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości;

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;

3. nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie wykluczenia Konsorcjum Torpol z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, ewentualnie wezwanie Konsorcjum Torpol do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, określonych w sekcji III.1.3) ust. 1 pkt 3) ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziale IX pkt. 1.2.1

a) SIWZ;

ewentualnie

4. nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny złożonych ofert, w szczególności w kryterium 3 „Metodyka" indywidualnie przez każdego z członków komisji przetargowej, zgodnie z zasadami określonymi w SIWZ; przekazania wykonawcom biorącym udział w postępowaniu wyczerpującego uzasadnienia oceny ofert, również w zakresie pozacenowego kryterium oceny Metodyka wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odtajnienie Metodyki Konsorcjum Torpol;

5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący 2 przedstawili stan faktyczny niniejszej sprawy.

W zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum TORPOL Odwołujący podnieśli, iż Konsorcjum TORPOL wskazało realizację 4 inwestycji: (a) Dworzec Łódź Fabryczna; (b) Basen Wrocław; (c) Domaniewska Office Hub; (d) Zespół basenów w Lublinie. Zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołujących oraz dokumentami przedłożonymi przez Konsorcjum Torpol, inwestycje wskazane lit. a) i b) powyżej nie spełniają warunku udziału w postępowaniu opisanego w sekcji III. 1.3) ust. 1 pkt 3) ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziale IX pkt. 1.2.1 a) SIWZ. Odwołujący 2 wskazali, iż zgodnie z Wykazem Robót Budowlanych przedstawionym przez Konsorcjum Torpol inwestycja polegająca na „Budowie krytej pływalni z zespołem zewnętrznych basenów sportowo-rekreacyjnych, zagospodarowaniem terenu, infrastrukturą techniczną oraz niezbędnymi obiektami i urządzeniami, przyłączeniami oraz instalacjami zewnętrznymi przy ul. Wejherowskiej 34 we Wrocławiu" posiada powierzchnię użytkową: 10 361,55 m^2 (pozycja nr 2 wykazu robót). Zgodnie zaś z informacją dostępną na stronie internetowej członka konsorcjum, spółki PRE-FABRYKAT Sp. z o.o.
() basen we Wrocławiu
przy ul. Wejherowskiej posiada powierzchnię użytkową 6 859,64 m^2. Tym samym, inwestycja ta nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w opisie warunku w zakresie minimalnej powierzchni użytkowej obiektu: minimum 10 000 m^2.

Odnośnie inwestycji wskazanej w pkt. 1 Wykazu Robót Budowlanych Konsorcjum Torpol tj. „Budowa dworca w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja linii kolejowej

Warszawa Łódź, etap II, Lot B2 - odcinek Łódź Widzew Łódź Fabryczna ze stacją Łódź Fabryczna oraz budowa części podziemnej dworca Łódź Fabryczna przeznaczonej dla odprawy i przyjęć pociągów oraz obsługi podróżnych. Przebudowa układu drogowego i infrastruktury wokół multimodalnego dworca Łódź Fabryczna - budowa zintegrowanego węzła przesiadkowego nad i pod ul. Węglową" Odwołujący 2 wskazali, iż inwestycja również nie pozwala na wykazanie przez konsorcjum Torpol spełniania warunków udziału w postępowaniu. Po pierwsze, jako dokument rzekomo potwierdzający należyte wykonanie inwestycji „Łódź Fabryczna" Konsorcjum Torpol przedstawiło Świadectwo Przejęcia z dnia 28 grudnia 2016 r., w którym wskazano liczne wady i usterki przeznaczone do usunięcia. W związku wątpliwościami Zamawiającego dotyczącymi ww. dokumentu na wezwanie z dnia 21 marca 2019 r. Konsorcjum Torpol przedstawiło dodatkowo protokoły, które miały rzekomo potwierdzać usunięcie wad i usterek stwierdzonych w Świadectwie Przejęcia oraz potwierdzać należyte wykonanie inwestycji. W ocenie Odwołującego ani Świadectwo Przejęcia, ani żaden z protokołów dotyczących usunięcia wad i usterek nie potwierdzają, że roboty budowlane zostały wykonane prawidłowo i zgodnie ze sztuką budowlaną. Przeciwnie, z dokumentów tych wynika jednoznacznie, że usuwanie usterek jest procesem ciągłym i niezakończonym. W świetle powyższego nie sposób przyjąć, iż odbiór robót i potwierdzenie ich prawidłowego wykonania dokonywane jest już z dniem wydania świadectwa przejęcia, skoro nie wszystkie obowiązki wykonawcy w zakresie wykonania robót były z tym dniem wykonane. Wydanie świadectwa przejęcia ma zatem jedynie charakter potwierdzenia objęcia faktycznego władztwa nad robotami, jednakże bez dokonania ich skwitowania, akceptacji czy przyjęcia w prawnym znaczeniu. Dopiero wydanie Świadectwa Wykonania potwierdzi odebranie robót przez zamawiającego z jednoczesnym potwierdzeniem ich należytego wykonania. W ocenie Odwołujących oznacza to, że zamówienie nie zostało wykonane należycie, a nawet, że Świadectwo przejęcia nie stanowi potwierdzenia należytego wykonania umowy ze względu na brak informacji o prawidłowym ukończeniu robót oraz wskazaniu wielu wad i usterek przedmiotu zamówienia. Dlatego też, wskazane przez Konsorcjum Torpol doświadczenie dotyczące inwestycji Dworzec Łódź Fabryczna nie pozwala na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W dalszej kolejności, w kontekście omawianego zarzutu, Odwołujący zauważyli, iż wskazywane przez Konsorcjum Torpol doświadczenie w realizacji inwestycji Dworzec Łódź Fabryczna było wykonywane w ramach konsorcjum. Konsorcjum to składało się z 4 członków: Torpol S.A. (Poznań), Astaldi S.p.A. (Rzym), Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR (Zawiercie), Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów (Mińsk Mazowiecki). Z uwagi na przedmiot inwestycji Dworzec Łódź Fabryczna, który obejmował szeroki zakres robót w różnych asortymentach, oraz okoliczność, iż Konsorcjum posługuje się doświadczeniem zdobytym w ramach konsorcjum wykonawców, Zamawiający winien zweryfikować czy doświadczenie faktycznie nabyte przez Konsorcjum Torpol w związku z realizacją inwestycji Dworzec Łódź Fabryczna odpowiada wymaganiom oraz pozwala na

stwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Innymi słowy Zamawiający winien zweryfikować jaki zakres prac w ramach konsorcjum realizowała spółka Torpol S.A. oraz czy zakres tych prac pozwala na uznanie, ze spółka nabyła doświadczenie w realizacji robót dotyczących obiektu użyteczności publicznej o określonej kubaturze i wartości. Odwołujący na potwierdzenie powyższego stanowiska przywołali wyrok TSUE ws. Esaprojekt. Uzasadniali, iż wykonawca wykonujący zamówienie publiczne w konsorcjum z innymi wykonawcami nabywa doświadczenie tylko w takim zakresie w jakim faktycznie uczestniczy w realizacji danego typu robót. Innymi słowy, wykonawca taki nie nabywa doświadczenia całej grupy wykonawców w odniesieniu do całości świadczenia. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego chodzi bowiem nie o teoretyczną potencjalną możliwość prawidłowego wykonania zamówienia, ale o wybór wykonawcy dającego największą gwarancję należytego wykonania zamówienia. Z informacji i dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum Torpol nie wynika, jaki był wkład w realizację kwestionowanej inwestycji przez Torpol S.A. Konsorcjum Torpol wskazało wyłącznie, że Torpol był odpowiedzialny za 40% realizacji inwestycji. Doświadczenie wykonawcy nabyte w ramach konsorcjum należy ocenić w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, jego faktycznego wkładu w realizację zadania. Odwołujący argumentowali, iż Torpol jest podmiotem, który specjalizuje się w kompleksowej realizacji obiektów komunikacyjnych takich jak szlaki czy torowiska tramwajowe i nie posiada doświadczenia w realizacji robót kubaturowych (dotyczących budowy lub przebudowy obiektów kubaturowych). Zatem, nie mógł on być odpowiedzialny za realizację robót budowlanych polegających na budowie obiektu użyteczności publicznej, a mógł odpowiadać wyłącznie za realizację robót dotyczących wykonania czy przebudowy układów torowych w ramach inwestycji Dworzec Łódź Fabryczna. Powyższe oznacza, że Konsorcjum Torpol nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ponieważ z 4 wykazanych przez Konsorcjum Torpol doświadczeń (na 3 wymagane w treści warunku udziału w postępowaniu) co najmniej 2 nie pozwalają uznać, iż Konsorcjum Torpol legitymuje się wymaganych doświadczeniem: (1) inwestycja Dworzec Łódź Fabryczna - dokumenty przedstawione przez Konsorcjum Torpol nie potwierdzają aby roboty budowlane w ramach inwestycji Dworzec Łódź Fabryczna zostały wykonane należycie, a sam zakres prac (roboty torowe) wykonywanych przez Konsorcjum Torpol w ramach konsorcjum nie pozwala uznać, że wykonawca ten nabył stosowne doświadczenie wymagane do wykazania spełniania warunku udziału

w Postępowaniu, (2) Baseny Wrocław - z uwagi na powierzchnię użytkową tego obiektu

(6 859,64 m^2) inwestycja nie spełnia wymagań minimalnych opisanych w treści warunku - powierzchnia użytkowa minimum 10 000 m^2. W konsekwencji Konsorcjum Torpol powinno zostać wykluczone na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp lub ewentualnie Zamawiający winien wezwać tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień lub wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Następnie w zakresie zarzutu dotyczącego wprowadzenia Zamawiającego w błąd Odwołujący 2 podnieśli, iż w zakresie zadania wskazanego w pkt. 2 Wykazu Robót Budowlanych (Basen we Wrocławiu) Konsorcjum Torpol jako wartość powierzchni użytkowej wskazało wartość: 10 361,55 m^2 (a więc wartość minimalnie przekraczającą próg określony w warunku udziału jako 10 000 m^2). Z informacji dostępnych na stronie internetowej członka Konsorcjum Torpol - spółki PRE-FABRYKAT sp. z o.o. wynika jednoznacznie, że powierzchnia użytkowa obiektu jest dużo niższa i wynosi 6 859,64 m^2. Tym samym, inwestycja ta nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w opisie warunku w zakresie minimalnej powierzchni użytkowej obiektu: minimum 10 000 m^2. Odwołujący 2 wskazali, że Konsorcjum Torpol było lub co najmniej mogło być w pełni świadome, iż dane dotyczące powierzchni użytkowej obiektu wskazane w Wykazie Robót Budowlanych Konsorcjum Torpol nie odpowiadają prawdzie. Nie sposób bowiem uznać, żeby podmiot wykonujący daną robotę budowlaną nie wiedział dokładnie, jakimi cechami charakteryzowała się ta robota, szczególnie, że dokładne dane na temat parametrów tej inwestycji są zamieszczone na stronie internetowej członka Konsorcjum Torpol.

Odnosząc się do inwestycji wskazanej w poz. 1. Wykazu Robót Budowlanych (Dworzec Łódź Fabryczna) Odwołujący podnieśli, że historia przedkładanych dokumentów przez Konsorcjum Torpol miała na celu takie przedstawienie sytuacji, w której Zamawiający musiałby uznać, że Konsorcjum Torpol spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z niego, a przedkładane przez tego wykonawcę dokumenty tylko to potwierdzają. Odwołujący przywołali fragmenty wyjaśnień Konsorcjum Torpol zawarte w piśmie z 25 marca 2019 r. Dalej wykonawca wskazał, że jak podkreśla się w orzecznictwie KIO, „dla zaistnienia przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. wystarczające jest samo przedstawienie informacji «wprowadzających w błąd» zamawiającego, które to informacje mogą, nawet wyłącznie potencjalnie, mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego" (wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2018 r., sygn. akt: KIO 2345/18). Wskazać przy tym należy, że „zamierzone działanie ma miejsce wtedy, kiedy wykonawca wie, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu, a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia" (wyrok KIO z dnia 22 maja 2018 r., sygn. akt: KIO 899/18). Jednocześnie, „przez przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego (jak i przez wprowadzenie w błąd zamawiającego przy przedstawieniu informacji) należy rozumieć w szczególności przekazanie przez wykonawcę informacji, w wyniku których zamawiający pozostaje w błędnym przekonaniu co do rzeczywistego stanu rzeczy. Błędne postrzeganie przez zamawiającego określonych okoliczności musi zatem bezpośrednio wynikać z zachowania wykonawcy" (wyrok KIO z dnia 4 października 2017 r., sygn. akt: KIO 1978/17). Odwołujący wskazali, iż dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp muszą zostać kumulatywnie spełnione wymienione w nim przesłanki, tj. przedstawienie przez wykonawcę nieprawdziwej informacji, która wprowadziła zamawiającego w błąd i w jej wyniku zamawiający uznał, iż wykonawca nie podlega wykluczeniu, przy czym przedstawienie przez wykonawcę nieprawdziwej informacji było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Wszystkie ww. elementy skutkujące wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp zaistniały w tym postępowaniu. Konsorcjum Torpol świadomie nie przedstawiał informacji o tym, że jeden z jego członków nie zrealizował prawidłowo jednej ze wskazywanych inwestycji budując jednocześnie obraz, że przedkładane przez niego dokumenty potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dodatkowo, Zamawiający pozostał w błędnym przekonaniu co do braku podstaw do wykluczenia z postępowania Konsorcjum Torpol, gdyż uznał on, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu. Decyzja taka Zamawiającego wynika wprost z działania i zachowania Konsorcjum Torpol. Nie sposób zatem nie zauważyć, że cała przesłanka wykluczenia wynikająca z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp została wypełniona, a Konsorcjum Torpol winno zostać wykluczone z postępowania. Odwołujący przywołał następnie fragment wyroku KIO z dnia 14 czerwca 2017 r., sygn. akt: KIO 1085/17.

Odwołujący podnieśli również, że gdyby Konsorcjum Torpol nie podlegało wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, to winno podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odwołujący przywołali na potwierdzenie ww. stanowiska tezy wynikające z wyroków KIO z dnia 18 września 2018 r., sygn. akt: KIO 1747/18 oraz z dnia 31 lipca 2018 r., sygn. akt: KIO 1401/18. Podsumowując wskazali, że jeżeli z zestawienia informacji przedstawionych przez Konsorcjum Torpol 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.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego nieprawidłowego sposobu przyznawania punktów w kryterium metodyka Odwołujący 2 wskazali, iż w dniu 9 kwietnia 2019 r., na wniosek

Odwołujących, Zamawiający przekazał protokoły dotyczące przebiegu oceny ofert w postępowaniu, w tym protokoły z oceny ofert w kryterium 3 „Metodyka". Z treści dokumentów wynika jednoznacznie, iż ocena w kryterium 3 została dokonana niezgodnie z regułami wynikającymi z postanowień SIWZ oraz nie miała charakteru oceny indywidualnej. Odwołujący 2 przywołali brzmienie wybranych postanowień rozdziału XXI SIWZ pkt 5.3. i wskazali, że z ich treści wynika, że każdy z członków komisji przetargowej winien dokonać indywidualnej i samodzielnej oceny złożonych opracowań. Analiza protokołów z oceny w

Kryterium 3 pozwala jednak stwierdzić, iż ocena ofert nie została dokonana zgodnie z postanowieniami SIWZ, a w szczególności nie miała charakteru oceny indywidualnej, polegającej na analizie przez poszczególnych członków komisji przetargowej poszczególnych Metodyk przygotowanych przez wykonawców. Jak wynika z kart oceny w Kryterium Metodyka w zasadniczej części członkowie komisji przetargowej nie dokonali indywidualnej oceny Metodyk przedłożonych przez wykonawców, ale opierali oni swoją ocenę na raportach biegłych. W tym miejscu należy przypomnieć, że biegły nie jest członkiem komisji przetargowej. Może on służyć swoją pomocą przy rozwiązywaniu problematycznych kwestii. Nie może jednak zastępować w działaniu członków komisji przetargowej czy samego Zamawiającego. A taka sytuacja w niniejszym postępowaniu miała miejsce - każdy z członków komisji przetargowej przyjął ocenę dokonaną przez biegłego jako swoją i wszyscy członkowie komisji przetargowej przyznali punkty zgodnie z raportem (opracowaniem) sporządzonym przez biegłego. Oznacza to, że to nie członkowie komisji przetargowej indywidualnie oceniali złożone przez poszczególnych wykonawców metodyki, ale opierali się na raporcie, który jak można przypuszczać, stanowił opracowanie, sporządzone przez osoby niebędące członkami komisji przetargowej. Powyższe potwierdza treść kart oceny w Kryterium Metodyka (protokoły z ocen indywidualnych wszystkich członków komisji przetargowej), w których powtarzają się następujące sformułowania: a) Dla oceny segmentów S1,S2, S3 - W oparciu i zgodnie z „Raportem z czynności - ocena ofert Wykonawców" (Segment S1, S2, S3) opracowanym przez N. P. i K. D. z dnia 19.02.2019 roku, b) Dla oceny segmentu S4 - W oparciu i zgodnie z „Raportem z czynności - ocena ofert Wykonawców" (Segment S4) opracowanym przez K. S. rewizja 2.0 z dnia 14.02.2019 roku, c) Dla oceny segmentu S5 - W oparciu i zgodnie z „Raportem z czynności - ocena ofert Wykonawców" (Segment S5) opracowanym przez A. Z. rewizja 1.0 z dnia 14.02.2019 roku, d) Dla oceny segmentu S6 - W oparciu i zgodnie z „Raportem z czynności - ocena ofert Wykonawców" (Segment S6) opracowanym przez K. W. rewizja .20 z dnia 18.02.2019 roku.

Zgodnie z protokołem postępowania, p. K. S., p. A. Z. oraz p. K. W. nie są członkami komisji przetargowej, a pełnią funkcję biegłych. Pan N. P. i p. K. D. występują zaś zarówno w roli członków komisji przetargowej jak i biegłych. Z treści SIWZ w żaden sposób nie wynika, iż ocena w kryterium 3 Metodyka będzie prowadzona w oparciu o raporty/opracowania biegłych, które mają niejako charakter wtórny do Metodyk opracowanych przez poszczególnych Wykonawców. W konsekwencji zatem ocena ofert w postępowaniu nie została dokonana, jak wynika z postanowień pkt. 5.3 rozdziału XXI SIWZ, indywidualnie przez każdego z członków komisji przetargowej w oparciu o Metodyki wykonawców, ale sprowadzała się do oceny raportów biegłych, co należy uznać za naruszenie postanowień SIWZ określających sposób prowadzenia oceny ofert. .O braku zindywidualizowanego procesu oceny ofert w kryterium 3 Metodyka świadczy również schemat punktowania, który wyłania się z protokołów oceny.

Mianowicie 2 członków komisji przetargowej dokonuje takiej samej oceny (przyznają tyle samo punktów we wszystkich elementach, p. R. W. i p. A. Ł.), a pozostałych 4 członków komisji przetargowej również dokonuje takiej samej oceny (przyznają tyle samo punktów we wszystkich elementach, p. W. S., p. N. P., p. A. W., p. K. D.). Powyższe oznacza, że oferty wykonawców nie były oceniane zgodnie z treścią rozdziału XXI SIWZ, który stanowi, że: każdy członek komisji przetargowej dokona oceny kolejno każdego z podsegmentów ocenianej Metodyki (...) w zależności od jego indywidualnej oceny spełnienia wymagań SIWZ i zgodnie ze sposobem podanym w powyższych tabelach. Tym samym Odwołujący 2 stwierdzili, że Zamawiający dokonał czynności badania ofert w Kryterium Metodyka niezgodnie z instrukcją i zasadami wyznaczonymi przez SIWZ, rozdział XXI pkt. 5.3.

Przechodząc do zarzutu dotyczącego zaniechania uzasadnienia oceny ofert w kryterium nr 3 Metodyka Odwołujący 2 podnieśli, że z udostępnionych Odwołującym dokumentów dotyczących przebiegu oceny ofert wynika nie tylko, że ocena ofert w Kryterium Metodyka została sporządzona w sposób sprzeczny z SIWZ, ale również nie została w sposób należyty uzasadniona. Zamawiający w żaden sposób nie sprecyzował powodów przyjęcia określonej w formularzach oceny punktacji, pomimo że zgodnie z przepisem art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany podać nie tylko punktację przyznaną w każdym kryterium oceny ofert oraz łączną punktację, ale również jej uzasadnienie faktyczne i prawne. Uzasadniali, iż Zamawiający, dopiero na wniosek Odwołującego, w dniu 9 kwietnia 2019 r. przekazał Odwołującemu formularze oceny ofert. Niemniej jednak, uzasadnienie to nie ma charakteru szczegółowego i wyczerpującego, w szczególności w zakresie oceny w Kryterium Metodyka, uzasadnienie nie pozwala na zidentyfikowanie motywów przyznania lub nieprzyznania punktów w ww. podkryterium, zarówno ofercie Odwołującego jak i ofertom pozostałych wykonawców. Co istotne, sporządzenie uzasadnienia obejmującego zarówno motywy przyznania, jak i nieprzyznania punktacji przez Zamawiającego jest konieczne w celu odtworzenia „procesu myślowego" poszczególnych członków komisji przetargowej oraz motywów, którymi kierowali się przyznając punkty.

Dysponowanie precyzyjnym i szczegółowym uzasadnieniem, szczególnie w sytuacji gdy oceniana część oferty, tak jak w niniejszym postępowaniu, została zastrzeżona jako stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa, jest konieczna do zweryfikowania czynności nie tylko przez samego wykonawcę, ale również przez Krajową Izbę Odwoławcza. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska Odwołujący 2 przywołali wyrok KIO z 5 kwietnia 2017 roku, sygn. akt KIO 517/17. Niedopełnienie ww. obowiązku przez Zamawiającego stanowi naruszenie nie tylko zasady uczciwej konkurencji, ale przede wszystkim zasady przejrzystości wprowadzonej do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jak również zasady jawności postępowania wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Na potwierdzenie powyższego stanowiska Odwołujący 2 przywołali fragment wyroku KIO z dnia 25 września 2017 r., KIO 1928/17. Ponadto Odwołujący 2 wskazali, iż w

orzecznictwie KIO szeroko prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym „Wymóg uzasadnienia faktycznego i prawnego nie może sprowadzać się do podania przyznanej punktacji w danym kryterium, gdyż pozbawia to wykonawców możliwości kontroli czynności zamawiającego." (por. Wyrok KIO z dnia

24 października 2017 r. KIO 2162/17). Odwołujący 2 przywołali również tezy wynikające z wyroku KIO z dnia 11 sierpnia 2017 r. KIO 1577/17.

Odwołujący 2 argumentowali, iż uzasadnienie sporządzone w sposób lakoniczny lub ogólnikowy pozbawia wykonawcę możliwości oceny poprawności prowadzonych działań i ewentualnego ich rzeczowego zakwestionowania przez wniesienie odwołania, uchybiając tym samym regułom, rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązki informacyjne wynikają zatem naczelnych zasad prowadzenia postępowania, tj. przede wszystkim zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania i zasady przejrzystości wskazanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jak również orzecznictwa TSUE. Zasada równego traktowania oraz obowiązek przejrzystości oznaczają między innymi, że wykonawcy powinni być traktowani jednakowo zarówno na etapie przygotowywania przez nich ofert, jak i na etapie oceny tych ofert przez zamawiającego (orzeczenie TSUE z 24 maja 2016 r., w sprawie C - 396/14, pkt 37).

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia metodyki Konsorcjum TORPOL Odwołujący 2 wskazali, iż zgodnie z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący 2 uzasadniali, iż jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy PZP w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, który w odpowiednim momencie postępowania winien, bez wezwania, udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Oświadczenie o zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być ogólnikowe i nie mogą być zastosowane w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w stosunku do każdego dokumentu. Z ochrony, jaką daje możliwość zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa można korzystać wyłącznie po spełnieniu i po wykazaniu wszystkich wymaganych przesłanek. Zamawiający zobowiązany jest zatem w każdym przypadku korzystania przez wykonawców biorących udział w postępowaniu z przywileju zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa do szczegółowej weryfikacji informacji zawartych w dokumentach zastrzeganych tajemnicą przedsiębiorstwa oraz oceny, czy wszystkie informacje w nim zawarte mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a w konsekwencji do odtajnienia informacji, które takiego waloru nie posiadają. W przeciwnym razie, możliwość objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, staje się instrumentem prowadzącym do nadużyć w celu „tajnego" pozyskania zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które co do zasady jest jawne. Odwołujący 2 wskazali, że oświadczenie o objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa Metodyki jest ogólne i mogłoby posłużyć w zasadzie w odniesieniu do każdego dokumentu i każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z tym, przedstawione uzasadnienie nie wykazuje istnienia przesłanek zastrzeżenia. Zatem, brak wykazania przedmiotowej okoliczności winien skutkować odtajnieniem przez Zamawiającego zastrzeżonych informacji.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołania z dnia 26 kwietnia 2019 r. wniósł o oddalenie obu odwołań.

W zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum TORPOL podnoszonego przez obu Odwołujących Zamawiający wskazał, że w zakresie inwestycji dotyczącej budowy dworca Łódź Fabryczna sednem podniesionych zarzutów była kwestia, czy Torpol faktycznie uzyskał doświadczenie w zakresie budowy obiektu użyteczności publicznej w ramach tej inwestycji. Zamawiający

wskazał, iż zgodnie ze świadectwem odbioru ww. inwestycję realizowało konsorcjum: Torpol, Astaldi, Intercor, PBDIM. Z przedłożonych dokumentów nie wynika jednak żadna istotna niespójność czy wątpliwość w zakresie tego, czy Torpol faktycznie i konkretnie zaangażowany był w budowę dworca w ramach tejże inwestycji. Dalej Zamawiający przedstawił stanowiska wynikające z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej wskazujące, iż „z samego faktu, że zamówienie było realizowane przez grupę podmiotów działających wspólnie nie wynika, że uczestnik tego konsorcjum nie nabył doświadczenia w realizacji tego zamówienia publicznego, ergo nie może tym doświadczeniem legitymować się w kolejnych postępowaniach o zamówienie publiczne, działając w innym składzie konsorcjum" (wyrok z dnia 27 sierpnia 2018 r. sygn. akt: KIO 1607/18). Ponadto Zamawiający zacytował fragmenty wyroku KIO z dnia 16 lutego 2018 r. sygn. akt: KIO 177/18, wyroku KIO z dnia 30 marca 2018 r. sygn. akt: KIO 477/18.

Zamawiający podniósł, że ani IDS-BUD ani PORR nie wskazali żadnych dowodów przemawiających za twierdzeniem, że Torpol nie brał faktycznego udziału w realizacji dworca. W szczególności gołosłowne jest twierdzenie IDS-BUD, który wskazał, że „Z informacji pozyskanej przez Odwołującego, Torpol sp. z o.o. w ramach wskazanej wyżej

Inwestycji realizował wyłącznie roboty torowe", nie przedstawiając równocześnie żadnych

dowodów na potwierdzenie tych okoliczności. Zgodnie z generalną zasadą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący ograniczyli się natomiast w tym zakresie jedynie do przytoczenia wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. (sygn. C-387/14) bez wskazania jednak rzeczowych argumentów czy dowodów potwierdzających, że Zamawiający jakkolwiek naruszył przepisy ustawy Pzp nie wzywając wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rzeczywistego udziału Torpol w realizację inwestycji budowy dworca. Odwołujący zmierzają zatem do przerzucenia takiego obowiązku dowodowego na Zamawiającego. Takie odwrócenie ciężaru dowodu zmierza do tego, że wykonawcy mogliby zawsze w ramach postępowań odwoławczych przed KIO formułować jakiekolwiek zarzuty (np. co do prawdziwości podawanych przez pozostałych wykonawców informacji), licząc na to, że Zamawiający nie będzie w stanie przedstawić dowodów przeczących tym zarzutom. Tymczasem to odwołujący powinien wskazać dowody na potwierdzenie argumentów, z których wywodzi skutki prawne (w postaci konieczności unieważnienia czynności zamawiającego podjętych

w postępowaniu). Ponadto Zamawiający, zwrócił uwagę, że Torpol faktycznie był zaangażowany w budowę ww. dworca: 1) z doniesień medialnych jak również pośrednio z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów, wynika, że to Torpol miał status lidera konsorcjum w ramach ww. inwestycji. W praktyce to lider konsorcjum jest podmiotem, na którym ciążą obowiązki związane z realizacją kluczowych elementów zamówienia, do jakich zakwalifikować należy budowę dworca w ramach ww. inwestycji, 2) kluczowy personel wskazany przez Torpol w ramach wykazu osób tj. Pan M. Z. (Dyrektor Projektu) oraz Pan A. H. (Kierownik Budowy) posiadają doświadczenie zdobyte przy budowie budynku użyteczności publicznej tj. dworca kolejowego Łódź Fabryczna (zgodnie z informacjami wskazanymi w wykazie osób). Obiema osobami Torpol dysponuje bezpośrednio. Można zatem zakładać, że skoro są to osoby „na etacie" u Torpol (są zatrudnione bezpośrednio przez Torpol) i że pełniły one kluczowe funkcje przy budowie ww. dworca, tzn. że istotnie Torpol zaangażowany był bezpośrednio w ww. roboty budowlane. Należy mieć przy tym na uwadze, że to właśnie kadra osobowa jest najważniejszym „nośnikiem" wiedzy i doświadczenia danej firmy.

Zamawiający wskazał również, iż nie można zgodzić się z twierdzeniem PORR, jakoby Torpol nie wykazał, że roboty budowlane zostały wykonane należycie i prawidłowo ukończone. Celem potwierdzenia tych okoliczności wykonawca przedłożył: świadectwo przejęcia z dnia 28.12.2016 r. oraz na dodatkowe wezwanie Zamawiającego następujące protokoły: a) Protokół nr USP/01/2017 potwierdzający usunięcie usterek wskazanych

w Załączniku nr 1 do Świadectwa Przejęcia z dnia 28.12.2016 r. spisany w dniu 16.01.2017 w Łodzi, b) Protokół nr USP/02/2017 potwierdzający usunięcie usterek wskazanych

w Załączniku nr 1 do Świadectwa Przejęcia z dnia 28.12.2016 r. spisany w dniu 25.01.2017 w Łodzi, c) Protokół nr USP103/2017 potwierdzający usunięcie usterek wskazanych

w Załączniku nr 1 do Świadectwa Przejęcia z dnia 28.12.2016 r. spisany w dniu 08.02.2017 w Łodzi, d) Protokół potwierdzający usunięcie usterek wskazanych w Załączniku nr 1 do Świadectwa Przejęcia z dnia 28.12.2016 r. spisany w dniu 31.03.2017 w Łodzi, e) Protokół nr USP/05/2017 potwierdzający usunięcie usterek wskazanych w Załączniku nr 1 do Świadectwa Przejęcia z dnia 28.12.2016 r. spisany w dniu 28.02.2017 w Łodzi oraz f) Protokół nr USP/06/2017 potwierdzający usunięcie usterek wskazanych w Załączniku nr 1 do Świadectwa Przejęcia z dnia 28.12.2016 r. spisany w dniu 15.03.2017 w Łodzi. Z przedłożonych dokumentów wynika, że wszystkie najistotniejsze usterki przedmiotu zamówienia zostały przez wykonawcę usunięte. Nie wiadomo na czym opiera swoje twierdzenie PORR w zakresie tego, że „z dokumentów tych wynika jednoznacznie, że usuwanie usterek jest procesem ciągłym i niezakończonym". Przeczy temu analiza treści ww.

protokołów, w ramach których zamawiający sukcesywnie potwierdzał usunięcie poszczególnych usterek wskazanych w pierwotnym świadectwie przejęcia. Nie sposób również oczekiwać od wykonawcy, że przedłoży jednolity dokument, który potwierdzałby usunięcie wszystkich usterek - zależy to od umowy wiążącej danego wykonawcy z inwestorem prac, która w szczególności nie musi przewidywać, że po zakończeniu usuwania wszystkich wad zostanie wydane jeszcze jedno świadectwo potwierdzające należyte zakończenie całości robót. Należy mieć w tym kontekście na uwadze, że wykonawcy nie mają też wpływu na treść i formę dokumentów „referencyjnych" wystawianych przez inwestorów. Stąd przy ocenie tych dokumentów, zamawiający powinni wykazywać się pewną elastycznością i nie narzucać na wykonawców nadmiarowych wymogów związanych z dokumentami służącymi potwierdzeniu prawidłowej realizacji robót budowlanych.

Zamawiający nadto wskazał, że skoro dla ww. inwestycji zostało wydane „Świadectwo przejęcia" to znaczy, że była ona realizowana na podstawie Ogólnych Warunków FIDIC. Zgodnie z interpretacją subklauzuli 10.1. Księgi Czerwonej oraz Księgi Żółtej FIDIC Świadectwo Przejęcia wydaje się, jeżeli istnieje możliwość użytkowania robót, a występują jedynie drobne zaległości i usterki, czyli brak jest wad istotnych. Zatem, fakt wydania Świadectwa przejęcia świadczy o tym, że usterki miały charakter drobnych, nielimitujących użytkowania budynku dworca. Dopuszczalność przedłożenia przez wykonawców Świadectw Przejęć jako dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie robót została potwierdzona wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyrok z dnia 27.07.2011 r. sygn. akt: KIO 1507/11 oraz wyrok KIO z dnia 24.05.2016 r. sygn. akt: KIO 782/16. Przy czym zgodnie ze stanowiskiem KIO w przypadku przedstawienia Świadectwa przejęcia, nie ma obowiązku przedkładania dowodów usunięcia usterek. Jednocześnie Zamawiający przywołał fragment wyroku KIO z dnia 4 listopada 2013 r. sygn. akt: KIO 2447/13.

W zakresie zarzutu dotyczącego wprowadzenia Zamawiającego w błąd Zamawiający podał, że zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu wykonawca powinien był zrealizować co najmniej trzy inwestycje polegające na budowie obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej minimum 10.000 m^2. Zamawiający celowo nie posłużył się w treści warunku słowem „budynek", lecz odwołał się do znacznie bardziej pojemnego semantycznie sformułowania „obiekt". Zawężanie treści warunku do budynku mogłoby bowiem prowadzić do wniosku, że warunek jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który obejmuje realizację budynku o powierzchni użytkowej poniżej 10 000 m^2. Ponadto zgodnie z opisem do projektu budowlanego: „Projektowany Ośrodek Narciarstwa Biegowego i Biathlonu to obiekt wielofunkcyjny, umożliwiający organizację zawodów sportowych najwyższej klasy w zakresie narciarstwa biegowego i biathlonu, stanowiący bazę treningową dla ww. dyscyplin jak i pozostałych sportów zimowych i letnich oraz obsługujący całoroczne aktywności sportowe i turystyczne w obszarze Polany Jakuszyckiej,

z uwzględnieniem obsługi ruchu kolejowego" - co również potwierdza zasadność stosowania pojęcia „obiekt" a nie budynek. Zdaniem Zamawiającego nieuprawnione jest zatem interpretowanie pojęcia „obiektu" przez pryzmat definicji budynku z art. 3 pkt 2 ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1202 z późn. zm.), który to jest jedynie szczególną kategorią obiektu budowlanego (trwale związanego z gruntem, wydzielonego z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiadającego fundamenty i dach). W rzeczywistości na gruncie prawa budowlanego pojęcie obiektu budowlanego jest znacznie szersze ponieważ należy przez to rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych (art. 2 pkt 1 Prawa budowlanego). Obiekt budowlany obejmuje zatem również budowle, a także obiekty małej architektury tj. niewielkie obiekty takie jak chociażby obiekty użytkowe służące rekreacji codziennej i utrzymaniu porządku, jak: piaskownice, huśtawki, drabinki, śmietniki. Również na gruncie Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 65 z późn. zm.), obiekt budowlany to szeroka kategoria pojęciowa, która oznacza wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samodzielnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną (artykuł 2 pkt 7). Z postanowień SIWZ nie wynika jakakolwiek odmienna definicja „obiektu" w stosunku do zaproponowanych powyżej. W tym kontekście wskazać należy, że w treści wykazu robót Torpol oświadczył, że w ramach inwestycji zrealizował obiekt użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej 10 361,55 m^2 w skład, którego wchodził zespół basenów sportowych i rekreacyjnych o łącznej powierzchni niecek basenowych 2 474,61 m^2. Torpol nie podał w treści wykazu metrażu budynku krytej pływalni. Nie wskazał on również jakoby taką powierzchnię miały łącznie wszystkie posadowione budynki (w tym budynek pawilonu szatniowo-sanitarnego). Oświadczył natomiast, że powierzchnię powyżej 10 361 ,55 m^2 miał obiekt, w skład którego wchodził cały zespół (kompleks) basenowy, który powstał w ramach realizacji przedmiotowej inwestycji. Tego typu działanie ze strony Torpol równocześnie zgodne jest z intencją zamawiającego, który w treści warunku nie ograniczał się do pojęcia „budynku". W skład tego zespołu (obiektu) wchodzą zatem chodniki, drogi, place zabaw, plaża, bieżnia, boiska czy też baseny zewnętrzne. Nie występuje zatem żadna sprzeczność pomiędzy treścią wykazu, a informacjami podanymi na stronie spółki Pre-Fabrykat sp. z o.o. czy też treścią przedłożonych referencji. Rozbieżność ta wynika z całkowicie odmiennych założeń, jakie legły u podstaw przekazywanych informacji .Wskazać

w tym względzie również należy, że Zamawiający nie zdefiniował też co należy rozumieć przez „powierzchnię użytkową", a zatem również ten termin należy rozumieć w jego szerokim, powszechnym rozumieniu. Reasumując Zamawiający wskazał, z samego faktu, że budynek krytej pływalni przy ul. Wejherowskiej we Wrocławiu nie miał powierzchni użytkowej przekraczającej minimum 10 000 m^2 (lub też, że wszystkie posadowione budynki nie miały takiego metrażu) nie oznacza, że wykonawca podał w wykazie nieprawdziwe informacje, ponieważ wykonawca niczego w tym zakresie w wykazie nie oświadczył. Torpol oświadczył natomiast, że taką powierzchnię użytkową posiada obiekt użyteczności publicznej, na który składa się zespół basenów sportowych i rekreacyjnych. Zarzut dot. podania nieprawdziwych informacji przez Torpol zasadza się zatem na błędnym założeniu (w istocie - pewnej manipulacji ze strony odwołujących), że Torpol wprowadził Zamawiającego w błąd co do metrażu budynku krytej pływalni podczas, gdy: 1. nic takiego z wykazu Torpol nie wynika (Torpol nie podał w wykazie powierzchni użytkowej tego budynku), 2. nie taka była również treść warunku udziału w postępowaniu, w którym posłużono się szerszą od „budynku" kategorią „obiektu". Aby mówić o nieprawdziwości informacji zawartych w wykazie (wprowadzeniu Zamawiającego w błąd), Torpol musiałby zatem oświadczyć coś, co byłoby obiektywnie niezgodne ze stanem faktycznym np. oświadczenie, że obiekt rozumiany jako budynek krytej pływalni posiada powierzchnię, jakiej w istocie ten budynek nie posiada. Żadne tego typu oświadczenie w wykazie się nie znalazło - Torpol w sposób transparentny ujawnił co rozumie przez obiekt użyteczności publicznej (zespół basenów).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego udostępnienia zasobów wykonawcy Konsorcjum PORR (zarzut nr 4 odwołania Konsorcjum IDS - BUD) Zamawiający wskazał, że zgodnie z oświadczeniem o udostępnieniu zasobów z dnia 11.01.2019 r. przez podmiot - PORR Bau GmbH, podmiot udostępniający zasoby będzie łączył z wykonawcą stosunek prawny w postaci umowy podwykonawczej. Ponadto na pytanie: „czy podmiot, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą?", udzielono twierdzącej odpowiedzi.

W ofercie PORR oświadczył, że zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, którzy „będą wyłonieni w wewnętrznym przetargu GW, po podpisaniu kontraktu z Inwestorem". Zamawiający stwierdził, że informacje te są niesprzeczne z treścią oświadczenia o udostępnieniu zasobów. Taka treść oferty wcale nie oznacza, że podwykonawcą nie będzie również podmiot udostępniający zasoby PORR Bau GmbH.

Argumentował, iż zgodnie z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp - Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców. W orzecznictwie wskazuje się, że nawet brak tej informacji nie stanowi przesłanki odrzucenia oferty (np. wyrok z 12 czerwca 2018 r., KIO 1073/18). Świadczy to o tym, że treść oświadczenia wykonawcy w tym zakresie ma stosunkowo niewielką doniosłość prawną - jest to jedynie oświadczenie o charakterze informacyjnym. W związku z tym, z treści tego oświadczenia nie można też wnioskować, czy dany podmiot rzeczywiście będzie zatrudniony lub nie będzie zatrudniony jako podwykonawca przy realizacji części zamówienia. Z tego punktu widzenia treść oświadczenia o udostępnieniu zasobów (tj. zobowiązania podmiotu trzeciego) ma dalece większe znaczenie, ponieważ to ona pozwala w rzeczywistości ustalić, czy wykonawca rzeczywiście będzie mógł polegać na zasobach podmiotu trzeciego.

Reasumując Zamawiający wskazał, że całokształt informacji zawartych w ofercie PORR pozwala przyjąć, że PORR Bau GmbH będzie pełnił funkcję podwykonawcy PORR. Stąd nie było potrzeby wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Przechodząc do zarzutu dotyczącego nieprawidłowego przyznania punktów w kryterium metodyka (zarzut 5 odwołania Konsorcjum PORR) Zamawiający wskazał, że sposób oceny sporządzonych przez wykonawców Metodyk wybranych elementów zarządzania procesem budowlanym zgodny był z opisem sposobu oceny ofert zawartym w rozdziale XXI SIWZ. Wskazał, że z treści SIWZ wynikało, iż ww. metodyka będzie oceniana metodą ekspercką, tj. z udziałem powołanych przez Zamawiającego ekspertów. Zamawiający uzasadniał, iż jakkolwiek ostateczna ocena dokonywana jest przez poszczególnych członków komisji przetargowej dla każdego z podsegmentów metodyki, to jednak nie oznacza to, że członkowie komisji nie mogą korzystać w tym zakresie z pomocy biegłych. PORR błędnie interpretuje zapisy SIWZ, twierdząc że wynika z nich, że „każdy

z członków komisji przetargowej winien dokonać (...) samodzielnej oceny złożonych

opracowań". Otóż z żadnego postanowienia Rozdziału XXI SIWZ, w tym również z postanowień cytowanych przez wykonawcę, taki wniosek nie wynika - wręcz przeciwnie,

Zamawiający wprost przewidział w procesie oceny ofert udział ekspertów. W rzeczywistości postulat podnoszony przez PORR (samodzielnej oceny metodyki przez poszczególnych członków konsorcjum) byłby niemożliwy do zrealizowania z tego względu, że na metodykę składają się różne segmenty, dotyczące całkowicie odrębnych branż związanych z procesem budowlanym (organizacja i zarządzanie zespołem wykonawcy, dokumentacją budowy oraz

harmonogram robót, terenu budowy, zarządzania jakością, bezpieczeństwo i higiena pracy, ochrona środowiska, modele BIM). W rzeczywistości nie dałoby się ustalić takiego składu Komisji przetargowej, w ramach której każdy jej członek mógłby samodzielnie dokonać oceny metodyki w ramach wszystkich ww. branż. W praktyce, na rynku nie występują specjaliści w zakresie wszystkich tych dziedzin łącznie. W związku z tym siłą rzeczy, członkowie Komisji przetargowej muszą korzystać z pomocy biegłych w tym zakresie, zgodnie z art. 21 ust 4 ustawy Pzp. Równocześnie jednak ich oceny, jakkolwiek mogą być ze sobą zbieżne i zbieżne z opiniami ekspertów, to jednak zostały dokonane indywidualnie tzn. każdy z członków komisji dokonał oceny metodyki realizacji zamówienia w postępowaniu (sporządził stosowny dokument) i wziął za nią odpowiedzialność. Zgodność przyznawanych ocen nie świadczy o tym, że ocena nie była dokonywana przez poszczególnych członków komisji. Ich ocena nie musi być bowiem inna niż opinia powołanych przez Zamawiającego ekspertów z zakresu ww. dziedzin. W rzeczywistości PORR wysnuwa trudny do zaakceptowania pogląd, że tylko odmienność ocen przyznanych przez poszczególnych członków komisji mogłaby świadczyć o tym, że oceny dokonano zgodnie z SIWZ. Przyjęcie postulatu proponowanego przez PORR jakoby członkowie komisji powinni samodzielnie (tj. tylko zgodnie z własną wiedzą) dokonywać oceny metodyki, skutkowałoby tym, że ocena nie byłaby dokonana metodą ekspercką - w praktyce, o wszystkich tych sferach musieliby się wypowiadać ludzie, którzy nie mają wystarczającej wiedzy w danym zakresie i którzy nie mogliby skorzystać z pomocy specjalistów. Tego typu ocena pozbawiona byłaby sensu, ponieważ nie zmierzałaby do wyboru oferty najkorzystniejszej (przedstawiającej najbardziej optymalny sposób realizacji przedmiotu zamówienia). Zamawiający wskazał również, że zgodność z prawem ww. kryterium oceny ofert tj. „ocena Metodyki wybranych elementów zarządzania procesem budowlanym" była przedmiotem postępowania wyjaśniającego wszczętego w kwietniu 2018 r. przez Urząd Zamówień Publicznych, w związku

z wcześniejszym przetargiem na budowę ośrodka narciarstwa biegowego i biathlonu w Szklarskiej Porębie - Jakuszycach (który nie doprowadził do zawarcia umowy z wykonawcą). W ramach ww. postępowania wyjaśniającego Urząd Zamówień Publicznych, mając świadomość jak przebiega proces oceny ofert w ramach ww. kryterium (co zostało szczegółowo omówione w piśmie Zamawiającego z dnia 09.05.2018 r.), nie stwierdził podstaw do wszczęcia kontroli w zakresie zarzutów podniesionych we wniosku inicjującym postępowanie wyjaśniające, a zatem UZP stwierdził, że nie występuje w przedmiotowej sprawie podejrzenie naruszenia przepisów ustawy Pzp. Tymczasem odwołanie PORR zmierza de facto do wyłączenia stosowania tego typu kryterium w ramach oceny ofert (w związku z całkowicie nierealistycznymi postulatami w zakresie tego, jak powinna wyglądać ocena metodyki). Ponadto tego typu uwagi wykonawca powinien był formułować na etapie wyjaśnień SIWZ lub też w terminie zaskarżenia specyfikacji, ponieważ zmierzają one do zmiany sposobu oceny metodyki w stosunku do postanowień SIWZ, który wprost przewidywał metodę ekspercką jej oceny, jak również udział ekspertów (biegłych) w tym procesie.

W końcu odnosząc się łącznie do zarzutu dotyczącego zaniechania uzasadnienia oceny ofert w kryterium nr 3 Metodyka oraz zarzutu dotyczącego utajnienia metodyki Konsorcjum TORPOL (zarzut 6 i 7 odwołania Konsorcjum PORR) Zamawiający wskazał, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, tego typu motywy (przyznania, jak i nieprzyznania punktów przez Zamawiającego) musiałyby siłą rzeczy wiązać się ze szczegółowym omówieniem przedstawionych przez wykonawców metodyk zarządzania procesem budowlanym. Zamawiający argumentował, iż brak jest obiektywnej możliwości wyjaśnienia motywów przyznania punktów w ramach poszczególnych podsegmentów metodyk, bez odwołania się do treści tychże metodyk. Równocześnie jednak wszystkie metodyki złożone przez wykonawców w postępowaniu (także metodyka opracowana przez PORR) zostały przez wykonawców zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (wraz ze szczegółowym wykazaniem, że informacje znajdujące się w tych metodykach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). A zatem ujawienie szczegółowej oceny metodyk musiałoby się wiązać z ujawnieniem informacji zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tymczasem w ocenie Zamawiającego, wykonawca Torpol skutecznie zastrzegł w ramach postępowania, że przedstawiona przez niego metodyka zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa oraz, że w związku z tym nie powinna ona podlegać jakiemukolwiek ujawnieniu w toku postępowania (zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). W szczególności wykonawca nie później niż w terminie składania ofert wykazał, że metodyka zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Torpol wskazał, ze informacje te mają charakter techniczny, technologiczny oraz organizacyjny. W ich treści zawarta jest specjalistyczna wiedza o sposobie realizacji inwestycji, w tym o planach działań technicznych i technologicznych wykonawcy, oraz autorski harmonogram. Co istotne, informacje zawarte w metodyce odnoszą się do zasad funkcjonowania wewnętrznej struktury konsorcjum, organizacji pracy, opisują szczegółowo indywidualne sposoby i metody działania oraz personel techniczny dedykowany do wykonania kontraktu i swoiste podejście wykonawcy do prowadzenia robót, uwzględniają ryzyka i zagrożenia oraz indywidualne sposoby przeciwdziałania i minimalizacji ich wpływu na realizację kontraktu. Oczywistym jest zatem, że sporządzona przez wykonawcę metodyka zwiera jego know-how (chronioną wiedzę techniczną i organizacyjną wykorzystywaną w ramach danej organizacji). Nie ulega wątpliwości, że tego typu informacje posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą oraz, że nie są to informacje, które kiedykolwiek zostały udostępnione do wiadomości publicznej (czy też, że są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji lub też że takie informacje są łatwo dostępne

dla takich osób). Wykonawca w sposób szczegółowy opisał również działania jakie podjął w celu zachowania poufności tych informacji tj.: 1) Klauzule poufności w umowach z pracownikach; 2) Klauzula poufności w umowie konsorcjum;
3) Zabezpieczenia techniczne (w tym: pomieszczenia zamykane na klucz, chronione komputery); 4) Zobowiązywanie kontrahentów do zachowania poufności; 5) Wewnętrzny regulamin współpracy przy wypełnianiu obowiązków informacyjnych w grupie Torpol.

Zamawiający wskazał, że w jego ocenie, ww. standardy odzwierciedlają odpowiedni poziom należytej staranności wykonawcy w ochronie przedmiotowych informacji. Tymczasem treść zarzutu sformułowanego przez PORR w kontekście zasady jawności postępowania jest nad wyraz ogólna. W szczególności wykonawca nie wskazał co konkretnie budzi jego wątpliwości w kontekście skuteczności zastrzeżenia ww. informacji przez Torpol. Wskazał, iż należy mieć na uwadze, że PORR również zastrzegł swoją metodykę jako zawierającą tajemnicę przedsiębiorstwa, a jego wyjaśnienia w tym względzie nie są bardziej szczegółowe niż wyjaśnienia Torpol. W ocenie Zamawiającego, przyjęcie że Torpol nieskutecznie wykazał, że jego metodyka stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, prowadzi w zasadzie do wniosku, że również metodyka PORR powinna podlegać ujawnieniu (jako że obaj wykonawcy dochowali takiej samej staranności w zakresie wykazania tajności tych informacji). Skoro zatem Torpol skutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa

w postaci swojej metodyki, Zamawiający zobligowany był (pod rygorem odpowiedzialności z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) do pojęcia takich działań, które mają na celu zachowanie poufności przedstawionych informacji. Stąd Zamawiający nie mógł przedstawić szczegółowych informacji o ocenie tej metodyki, ponieważ musiałby w tym celu ujawnić, co w tej metodyce zostało przez wykonawcę podane. Ponadto wskazał, że należy mieć także na uwadze, że art. 91 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi o obowiązku podania wykonawcom punktacji przyznanej ofertom . W tym zakresie Zamawiający wywiązał się z ciążącego na nim obowiązku. Natomiast samo uzasadnienie tejże punktacji musiało honorować fakt, że informacje zawarte w metodykach wykonawców stanowią ich tajemnicę przedsiębiorstwa (ich szczególnie wrażliwe know-how, które nie powinno być ujawniane innym podmiotom, a zwłaszcza podmiotom konkurencyjnym).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń

i stanowisk Stron i Uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołań.

Izba oceniła, że Odwołujący 1 i 2 wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 12 kwietnia 2019 r. powiadomił wykonawców o odwołaniu wniesionym przez Odwołującego 1, natomiast w dniu 13 kwietnia 2019 r. o odwołaniu wniesionym przez Odwołującego 2.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TORPOL S.A. oraz PRE-FABRYKAT Sp. z o.o. zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 682/19 oraz KIO 683/19 w dniu 15 kwietnia 2019 r. po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym także wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR S.A., AKME Z. W. Sp. z o.o. oraz Elektromontaż Rzeszów S.A. zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 682/19 w dniu 15 kwietnia 2019 r. po stronie Zamawiającego.

Ponadto Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDS - BUD S.A. z siedzibą w Warszawie oraz MOSTY ŁÓDŹ S.A. z siedzibą w Łodzi zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 683/19 w dniu 16 kwietnia 2019 r. po stronie Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, ofertę wykonawcy Konsorcjum TORPOL, wezwania Zamawiającego skierowane do wykonawcy Konsorcjum TORPOL oraz wyjaśnienia i dokumenty złożone przez Konsorcjum TORPOL. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników

postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 29 kwietnia 2019 r.

Nadto Izba dopuściła dowody z dokumentów złożonych przez obu Odwołujących oraz Konsorcjum TORPOL w toku rozprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem IX pkt 1.2. SIWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy posiadali odpowiednią zdolność techniczną i zawodową.
W szczególności wykonawcy musieli spełniać następujące warunki:

1.2.1. W okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie:

a) zrealizowali co najmniej trzy inwestycje polegające na budowie obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej minimum 10.000 m^2 każdy i wartości minimum 50 min zł netto każda;

b) zrealizowali co najmniej jeden obiekt użyteczności publicznej, w skład którego wchodził basen rekreacyjny lub sportowy o łącznej powierzchni niecek basenowych minimum150 m^2.

Nadto Zamawiający wskazał, iż powyższe warunki Zamawiający uzna za spełnione przez wykonawcę w przypadku potwierdzenia doświadczenia przy realizacji minimum trzech obiektów, w ramach których realizowane były w/w czynności.

Zgodnie z rozdziałem XXI pkt 3 SIWZ oferty podlegały ocenie w oparciu o następujące kryteria: cena - 60%, doświadczenie kluczowego personelu - 10% oraz metodyka wykonawcy - wybrane elementy zarządzania procesem budowlanym - 30%.

Wykonawca Konsorcjum TORPOL w celu wykazania się warunkiem udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX pkt 1.2.1 lit. a) i b) SIWZ wykazał się realizacją czterech inwestycji, w tym zadaniem:

a) Budowa dworca w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja linii kolejowej Warszawa Łódź, etap II, Lot B2 - odcinek Łódź Widzew Łódź Fabryczna ze stacją Łódź Fabryczna oraz budowa części podziemnej dworca Łódź Fabryczna przeznaczonej dla odprawy i przyjęć pociągów oraz obsługi podróżnych. Przebudowa układu drogowego i infrastruktury wokół multimodalnego dworca Łódź Fabryczna - budowa zintegrowanego węzła przesiadkowego nad i pod ul. Węglową. Jako zakres wykonywanych robót ww. wykonawca podał: „Budowa obiektu użyteczności publicznej, tj. budynku Dworca Łódź Fabryczna”. Obiekt użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej 46 885,42 m^2,

b) Budowa krytej pływalni z zespołem zewnętrznych basenów sportowo - rekreacyjnych, zagospodarowaniem terenu, infrastrukturą techniczną oraz niezbędnymi obiektami i urządzeniami, przyłączeniami oraz instalacjami zewnętrznymi przy ul. Wejherowskiej 34 we Wrocławiu. Jako zakres wykonywanych robót ww. wykonawca podał: „Budowa obiektu użyteczności publicznej tj. budynku krytej pływalni z zespołem zewnętrznych basenów sportowo - rekreacyjnych przy ul. Wejherowskiej 34 we Wrocławiu.” Obiekt użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej 10 361,55 m^2 w skład, którego wchodził zespół basenów sportowych i rekreacyjnych o łącznej powierzchni niecek basenowych 2 474,61 m^2.

Nadto w celu wykazania, iż ww. inwestycje zostały wykonane prawidłowo Konsorcjum TORPOL w ramach zadania, o którym mowa w lit. a) złożyło Świadectwo Przejęcia z dnia 28 grudnia 2016 r., a ramach zadania wskazanego w lit. b) złożyło referencje spółki Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o. z dnia 6 lutego 2017 r.

Pismem z dnia 21 marca 2019 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum TORPOL w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia. W ww. piśmie Zamawiający wskazał, że dla pozycji 1 wykazu robót wykonawca przedstawił świadectwo przejęcia, w którym zapisano wady i usterki w robotach i dokumentacji powykonawczej z wyznaczeniem terminu ich usunięcia. Zamawiający nie uzyskał tym samym informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami Prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Dowodem potwierdzającym powyższą okoliczność winien być - niezależnie od ww. świadectwa przejęcia - dokument potwierdzający usunięcie również wad i usterek wskazanych w świadectwie.

Pismem z dnia 25 marca 2019 r. Konsorcjum TORPOL, w odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego, przedłożyło protokoły usunięcia wad i usterek wskazanych w Świadectwie przejęcia. Ww. wykonawca wskazał, iż przedmiotowe protokoły wraz

z przedłożonym Świadectwem przejęcia jednoznacznie przesądzają o wykonaniu przedmiotu umowy zgodnie z przyjętym zobowiązaniem umownym (roboty wykonano w sposób prawidłowy zgodnie z przepisami prawa budowlanego). Niemniej wykonawca zaznaczył, iż przedłożone Zamawiającemu Świadectwo przejęcia robót należy uznać za wystarczający dowód potwierdzający należyte i prawidłowe wykonanie robót budowlanych w nim wskazanych. Przedmiotowy dokument stanowi potwierdzenie należytego wykonania robót budowlanych realizowanych w oparciu o warunki kontraktowe Międzynarodowej Federacji Inżynierów Konsultantów (w skrócie FIDIC). Świadectwo przejęcia wystawiane jest przez Inżyniera Kontraktu zgodnie z klauzulą 10.1 Warunków Kontraktowych FIDIC. W myśl przedmiotowej klauzuli Świadectwo przejęcia wystawiane jest wykonawcy, gdy roboty zostały ukończone zgodnie z kontraktem, poza drobniejszymi zaległymi pracami, czy wadami, których dokończenie, czy usunięcie nie będzie miało znaczącego wpływu na użytkowanie robót zgodnie z ich przeznaczeniem. Zatem wobec powyższego należy uznać, iż Świadectwo przejęcia stanowi dowód potwierdzający należyte wykonanie robót budowlanych nawet wtedy, gdy wskazane w nim są prace zaległe czy wady, które w istotny sposób nie przeszkadzają w korzystaniu z nich.

Wykonawca Konsorcjum PORR w punkcie 13 formularza oferty wskazał, iż zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia: 1) roboty dachowe, 2) roboty elewacyjne, 3) roboty konstrukcyjne, 4) stolarka i ślusarka, elementy kowalskie ślusarskie, 5) roboty wykończeniowe i wyposażenie, 6) roboty instalacji sanitarnych i mechanicznych. Wykonawca nie podał nazw podwykonawców i wskazał, że podwykonawca będzie wyłoniony w wewnętrznym przetargu GW, po podpisaniu kontraktu z Inwestorem.

Jednocześnie wykonawca Konsorcjum PORR załączył zobowiązanie Porr Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu, z którego wynika, że ww. podmiot oddaje do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby z zakresu zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia: zrealizował co najmniej jeden obiekt użyteczności publicznej, w skład w którego wchodził basen rekreacyjny lub sportowy o łącznej powierzchni niecek basenowych minimum 150 m^2, tj. przebudowa, rozbudowa i budowa nowego obiektu

w Dolomitenbad Lienz. Zrealizowano basen (obiekt użyteczności publicznej) o łącznej powierzchni niecek basenowych 690,5 m^2, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Nadto wskazał, iż z ww. wykonawcą będzie łączyła go umowa podwykonawcza oraz że zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą.

W dniu 2 kwietnia 2019 r. Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz PRE-FABRYKAT Sp. z o.o. z siedzibą w Karpaczu. Oferta Odwołującego 1 uplasowała się na trzecim miejscu w rankingu ofert, zaś oferta Odwołującego 2 na miejscu drugim.

Izba zważyła, co następuje:

Sygn. akt: KIO 682/19 oraz KIO 683/19

Za zasadne Izba uznała, podnoszone przez obu Odwołujących, zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum TORPOL z postępowania, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotnych wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania dotyczące spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX pkt 1.2.1 lit. a) SIWZ w zakresie dotyczącym inwestycji polegającej na budowie krytej pływalni we Wrocławiu (poz. 2 wykazu robót budowlanych).

Tytułem wstępu Izba wskazuje, iż analiza treści odwołania Konsorcjum IDS-BUD nie budziła wątpliwości, iż ww. Odwołujący postawił skutecznie zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w odniesieniu do wykonawcy Konsorcjum TORPOL, mimo iż w petitum odwołania wykonawca podniósł jedynie zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Dalej Izba wskazuje, iż zarówno Odwołujący Konsorcjum PORR, jak i Konsorcjum IDS-BUD sformułowali zarzuty dotyczące dwóch pozycji referencyjnych wskazanych przez Konsorcjum TORPOL w wykazie robót budowlanych, tj.:

1. Budowa dworca w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja linii kolejowej Warszawa Łódź, etap II, Lot B2 - odcinek Łódź Fabryczna ze stacją Łódź Fabryczna oraz budowa części podziemnej dworca Łódź Fabryczna przeznaczonej dla odprawy i przyjęć

pociągów oraz obsługi podróżnych. Przebudowa układu drogowego i infrastruktury wokół multimodalnego dworca Łódź Fabryczna - budowa zintegrowanego węzła przesiadkowego nad i pod ul. Węglową".

2. Budowa krytej pływalni z zespołem zewnętrznych basenów sportowo - rekreacyjnych, zagospodarowaniem terenu, infrastrukturą techniczną oraz niezbędnymi obiektami i urządzeniami, przyłączeniami oraz instalacji zewnętrznymi przy ul. Wejherowskiej 34 we Wrocławiu.

W pierwszej kolejności Izba odniesie się do zarzutów dotyczących inwestycji polegającej na budowie krytej pływalni we Wrocławiu (poz. 2 wykazu robót budowlanych).

Osią sporu między Stronami postępowania odwoławczego w przedmiocie ww. inwestycji było ustalenie, czy w ramach przedmiotowego zadania doszło do wybudowania obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej min. 10 000 m^2.

Obaj Odwołujący zakwestionowali wskazaną przez Konsorcjum TORPOL w wykazie robót budowlanych powierzchnię użytkową obiektu użyteczności publicznej o wartości 10 361,55 m^2. Odwołujący IDS - BUD wskazał, iż budynek krytej pływalni ma powierzchnię użytkową 6 055,28 m^2, budynek pawilonu szatniowo - sanitarnego 243,31 m^2, budynek stacji uzdatniania wody basenów zewnętrznych powierzchnię użytkową 937,42 m^2, przy czym zdaniem Odwołującego ostatni budynek nie może być traktowany jako budynek użyteczności publicznej. Nadto Odwołujący IDS-BUD wskazał, że gdyby nawet uznać, że poprzez obiekt budowlany można rozumieć zespół budynków, co w ocenie Odwołującego było niedopuszczalne, to łączna powierzchnia użytkowa ww. trzech budynków jest mniejsza niż 10 000 m^2, bowiem wynosi 7 236,01 m^2.

Z kolei Odwołujący - Konsorcjum PORR, powołując się na informację dostępną na stronie internetowej spółki PRE - FABRYKAT Sp. z o.o., która zrealizowała przedmiotową inwestycję, wskazał, iż powierzchnia użytkowa basenu we Wrocławiu przy ul. Wejherowskiej wynosi 6 859,64 m^2, a zatem nie spełnia postawionego przez Zamawiającego w SIWZ minimum.

Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Z kolei w świetle punktu 17 ww. przepisu, 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. Izba wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej możliwe jest w przypadku łącznego wystąpienia okoliczności, o których mowa w tej regulacji. Powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania znajdzie zatem zastosowanie, jeżeli wykonawcy będzie można przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo w zależności od stanu jego świadomości. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania.

Z kolei pod pojęciem „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego", o których mowa w ww. przepisie należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości danego zamawiającego. Jednocześnie podkreślić należy, iż w świetle ww. przepisu wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Ponadto do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, można zaliczyć informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty.

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy zostały spełnione wszystkie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp warunkujące wykluczenie wykonawcy Konsorcjum TORPOL z postępowania.

Niespornie, w wykazie robót budowlanych, Konsorcjum TORPOL dla przedmiotowej inwestycji, jako zakres wykonywanych robót podało: „Budowa obiektu użyteczności publicznej, tj. budynku krytej pływalni z zespołem zewnętrznych basenów sportowo - rekreacyjnych przy ul. Wejherowskiej 34 we Wrocławiu". Jednocześnie w wykazie robót budowalnych wykonawca jako parametry obiektu użyteczności publicznej wskazał „obiekt użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej 10 361,55 m^2 w skład, którego wchodził zespół basenów sportowych i rekreacyjnych o łącznej powierzchni niecek basenowych 2 474,61 m^2". Nadto Konsorcjum

TORPOL, w celu potwierdzenia prawidłowego wykonania ww. zadania, załączyło referencje Wrocławskich Inwestycji Sp. z o.o. z 6 lutego 2017 r.,

z których wynika, że powierzchnia całkowita, a nie użytkowa jak wymagał Zamawiający w SIWZ, wskazanych w referencjach obiektów i wykonanych w ramach ww. zadania, tj. budynku krytej pływalni, budynku pawilonu szatniowo - sanitarnego oraz budynku stacji uzdatniania wody basenowej wynosi 10 361,55 m^2.

Tym samym zestawiając już treść oświadczenia wykonawcy Konsorcjum TORPOL zawartego w wykazie robót budowlanych dotyczącego wielkości powierzchni użytkowej ww. obiektu użyteczności publicznej wraz z treścią załączonych referencji z 6 lutego 2017 r. należy wyciągnąć wniosek, iż Konsorcjum TORPOL dokonało zsumowania wartości powierzchni całkowitych, nie zaś powierzchni użytkowych jak wymagał Zamawiający zgodnie z rozdziałem IX pkt 1.2.1 lit. a) SIWZ, trzech budynków, a zatem obiektów kubaturowych, tj.: 1) budynku krytej pływalni o powierzchni całkowitej 8 842,83 m^2, 2) budynku pawilonu szatniowo - sanitarnego o powierzchni całkowitej 396,79 m^2 oraz 3) budynku stacji uzdatniania wody basenowej o powierzchni całkowitej 1 121,93 m^2.

Powyższe potwierdza analiza złożonych przez Odwołujących dowodów w postaci projektu architektoniczno - budowlanego oraz programu funkcjonalno - użytkowego, w których dla ww. budynków wskazano osobno powierzchnie użytkowe oraz powierzchnie całkowite. Jak wynika z ww. projektu powierzchnia całkowita budynku krytej pływalni wynosi 8 842,83 m^2, a powierzchnia użytkowa 6 055,28 m^2. Z kolei powierzchnia całkowita budynku pawilonu szatniowo - sanitarnego wynosi 396,79 m^2 a powierzchnia użytkowa 243,31 m^2. Jednocześnie dla budynku stacji uzdatniania wody basenów zewnętrznych jako powierzchnię całkowitą wskazano wartość 1 121,93 m^2 a jako powierzchnię użytkową wartość 937,42 m^2.

Ponadto Izba wskazuje, iż w projekcie architektoniczno - budowlanym dla ww. inwestycji w odniesieniu do basenów i brodzików projektant posługuje się pojęciem powierzchni lustra wody, a w odniesieniu do placu zabaw, drogi pożarowej, placu wejściowego i plaży basenów zewnętrznych pojęciem powierzchni. Nadto w odniesieniu do budynku krytej pływalni, budynku pawilonu szatniowo - sanitarnego oraz budynku stacji uzdatniania wody basenów zewnętrznych oprócz powierzchni użytkowej i całkowitej odrębnie wskazano powierzchnie usługowe oraz powierzchnie ruchu.

Powyższe w ocenie Izby potwierdza, iż nie jest bez znaczenia terminologia użyta w projekcie architektoniczno - budowlanym odnosząca się do różnego rodzaju powierzchni. W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie z § 11 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (t. j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1935) powierzchnię użytkową wyznacza się dla budynku lub lokali, a podstawą do wyznaczenia tej wartości jest norma PN - ISO 9836:1997 Właściwości użytkowe w budownictwie - Określanie i obliczanie wskaźników powierzchniowych i kubaturowych. Jednocześnie zgodnie z treścią ww. normy, powierzchnia użytkowa to część powierzchni kondygnacji netto, która odpowiada celom i przeznaczeniu budynku. Powierzchnia użytkowa określana jest oddzielnie dla każdej kondygnacji i dodatkowo dzielona zgodnie z punktem 5.1.3.1 ww. normy. Nadto, jak wynika z ww. normy, powierzchnie użytkowe klasyfikowane są zgodnie z celem i przeznaczeniem budynków, dla których są one wznoszone. Dzieli się je zwykle na powierzchnie użytkowe podstawowe i powierzchnie użytkowe pomocnicze, a klasyfikacja ta zależna jest od przeznaczenia budynku.

Tym samym w ocenie Izby nie można na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego relatywizować pojęcia „powierzchni użytkowej", którym posłużył się Zamawiający w opisie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX pkt 1.2.1 lit. a) SIWZ. Zdaniem składu orzekającego Izby rozpoznającego niniejszą sprawę treść ww. warunku udziału w postępowaniu nie budziła wątpliwości, iż Zamawiający oczekiwał, by wykonawcy wykazali się realizacją obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej min. 10 000 m^2. Tym samym na gruncie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia stwierdzić należy, iż Zamawiający skonkretyzował rodzaj powierzchni obiektu użyteczności publicznej, którego realizacją mieli wykazać się wykonawcy podając, iż miała to być „powierzchnia użytkowa".

Jednocześnie Izba wskazuje, iż stanowisko Przystępującego Konsorcjum TORPOL prezentowane w zakresie powierzchni użytkowej ww. inwestycji było niespójne i sprzeczne, zwłaszcza w kontekście zawartego w piśmie z dnia 26 kwietnia 2019 r. stanowiska.

Konsorcjum TORPOL nie wyjaśniło w toku rozprawy przed Izbą w jaki sposób wykonawca obliczył podaną w wykazie robót budowlanych wartość 10 361,55 m^2 stanowiącą, w ocenie Konsorcjum TORPOL, powierzchnię użytkową dla referencyjnego obiektu. Z kolei w toku rozprawy przez Izbą Konsorcjum TORPOL wykazywało, iż za powierzchnię użytkową obiektu użyteczności publicznej należy przyjąć łączną powierzchnię wszystkich elementów obiektu budowlanego zrealizowanego w ramach danej inwestycji, w skład którego wchodzą budynki, budowle oraz obiekty małej architektury. W świetle takiego rozumienia powierzchni użytkowej obiektu użyteczności publicznej Konsorcjum TORPOL w piśmie z dnia 26 kwietnia 2019 r. skierowanym do inwestora omawianego zadania inwestycyjnego wskazało, iż powierzchnia użytkowa obiektu dotyczącego basenu we Wrocławiu wynosi 12 501,54 m^2. Powyższe stanowisko, zdaniem Izby, zostało wykreowane wyłącznie na potrzeby zawisłego przed Izbą sporu. Gdyby bowiem Konsorcjum TORPOL rozumiał pojęcie powierzchni użytkowej obiektu użyteczności publicznej, w sposób, który wskazał w piśmie z dnia 26 kwietnia 2019 r., to wartość 12 501,54 m^2, podałby już w wykazie robót budowlanych. Tymczasem stanowisko Konsorcjum TORPOL w zakresie wielkości powierzchni użytkowej obiektu dotyczącego basenu we Wrocławiu było zmienne, w zależności od etapu

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej, w piśmie z dnia 26 kwietnia 2019 r. Konsorcjum TORPOL w odniesieniu do ww. trzech budynków przyjął, jako prawidłową wartość powierzchni użytkowej, następujące wartości: 1) 6055,28 m^2 dla budynku krytej pływalni, 2) 243,31 m^2 dla budynku pawilonu szatniowo - sanitarnego oraz

3) 937,42 m^2 dla budynku stacji uzdatniania wody. Suma ww. wartości daje 7 236,01 m^2, zatem tyle ile wskazał w treści odwołania Odwołujący IDS-BUD.

Izba wskazuje, iż gdyby nawet przyjąć wykładnię postanowień SIWZ w zakresie rozdziału IX pkt 1.2.1. lit. a), iż pod pojęciem obiektu użyteczności publicznej należy rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną, wobec braku uszczegółowienia przez Zamawiającego co należy rozumieć pod ww. pojęciem, to i tak nie zmienia to faktu, że w świetle powszechnie obowiązujących przepisów prawa, powierzchnię użytkową można odnosić tylko budynku (obiektu budowlanego posiadającego kondygnacje). Tym samym w ramach ww. warunku udziału w postępowaniu dla obliczenia powierzchni użytkowych wykonawcy obowiązani byli zliczyć wartości budynków, tj. obiektów kubaturowych. Powyższe zresztą potwierdza treść oświadczenia Konsorcjum TORPOL zawartego w wykazie robót, który zsumował wartości powierzchni trzech budynków, nie uwzględniając przy tym powierzchni innych obiektów, w tym brodzików, basenów, placu zabaw, plaży.

Jednocześnie Izba wskazuje, iż gdyby nawet zsumować wartości powierzchni użytkowych trzech budynków wykonanych w ramach omawianej inwestycji, z czym nie zgadzał się zarówno Odwołujący IDS-BUD oraz Zamawiający podnosząc, iż budynek stacji uzdatnia wody nie może być traktowany jako budynek użyteczności publicznej nie przedstawiając na poparcie swojego stanowiska szerszej argumentacji, to i tak suma powierzchni użytkowych trzech budynków zrealizowanych w ramach zadania we Wrocławiu wynosząca 7 236,01 m^2, jest niższa niż wymagana przez Zamawiającego wartość tj. 10 000 m^2.

Mając na uwadze przedstawione dowody, jak też łatwość pozyskania informacji wskazujących na prawdziwy stan rzeczy, Izba uznała, że Przystępującemu Konsorcjum TORPOL można przypisać choćby niedbalstwo lub brak dołożenia należytej staranności. Przystępujący wpisując określone informacje w wykazie robót budowlanych był świadom w jakim celu są one składane oraz tego, że konsekwencją uznania ich za prawdziwe będzie uznanie, iż wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Tym samym wyjaśnienia, że inaczej rozumiał zapisy SIWZ i dlatego podał określone informacje, nie mogą znaleźć aprobaty na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeśli bowiem jakieś zapisy były dla Przystępującego niejasne lub też budziły jego wątpliwości winien to wyjaśnić kierując do Zamawiającego zapytanie w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp.

Zatem jeżeli Przystępujący Konsorcjum TORPOL przedstawiło w złożonym przez siebie wykazie robót budowlanych informacje odnośnie posiadanego doświadczenia w zakresie realizacji obiektu użyteczności publicznej dotyczącego inwestycji we Wrocławiu o powierzchni użytkowej 10 361,55 m^2, pozostające w sprzeczności z faktami, zaś Odwołujący uzyskali prawdziwe informacje dotyczące powierzchni użytkowej ww. obiektu to uznać należy, że wykazał się on co najmniej niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Spełniona została także przesłanka, o której mowa w dalszej części ww. przepisu, tj. potencjalna możliwość wywierania istotnego wpływu na decyzje Zamawiającego, gdyż błąd popełniony przez Konsorcjum TORPOL dotyczył informacji, którymi wykonawca wykazywał się w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX pkt 1.2.1 lit. a SIWZ, zatem wpływającymi na wybór oferty najkorzystniejszej, co potencjalnie mogło wypaczać wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W zakresie ww. inwestycji Izba nie podzieliła jednak stanowiska Odwołujących, jakoby

działaniu wykonawcy Konsorcjum TORPOL można było przypisać rażące niedbalstwo, czy też zamierzone działanie, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp uznając, iż powyższa okoliczność nie została w wystarczającym stopniu wykazana w okolicznościach niniejszej sprawy.

W konsekwencji powyższego potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp polegający na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum TORPOL, który w świetle ww. okoliczności winien zostać wykluczony z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie potwierdziły się natomiast zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 i 4, art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie dotyczącym inwestycji polegającej na budowie dworca w Łodzi.

Izba wskazuje, że istota sporu w zakresie ww. inwestycji sprowadzała się do rozstrzygnięcia kwestii, czy Konsorcjum TORPOL wykazało się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem w zakresie budowy obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej minimum 10 000 m^2.

Zarówno Odwołujący IDS-BUD, jak i Odwołujący Konsorcjum PORR wskazywali, iż zakres prac wykonanych przez TORPOL S.A. w ramach ww. zadania realizowanego w ramach konsorcjum przez kilku wykonawców, polegający na wykonaniu robót torowych nie pozwala uznać, że wykonawca ten nabył stosowne doświadczenie wymagane do wykazania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale IX pkt 1.2.1. lit. a) SIWZ.

Nadto Odwołujący Konsorcjum PORR wskazywał, iż dokumenty przedstawione przez Konsorcjum TORPOL w celu potwierdzenia, iż inwestycja dotycząca budowy dworca w Łodzi wykonana została należycie nie potwierdzają tej okoliczności.

Ustosunkowując się do powyższego Izba wskazuje, iż nie było sporne między Stronami postępowania odwoławczego, iż ww. inwestycja była realizowana przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Torpol S.A., Astaldi S.p.A., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o. Nadto w wykazie robót budowlanych Konsorcjum TORPOL w odniesieniu do ww. zadania inwestycyjnego oświadczyło, iż wykonało budowę obiektu użyteczności publicznej, tj. budynku Dworca Łódź Fabryczna o powierzchni użytkowej 46 885,42 m^2.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazali, wbrew ciążącemu na wykonawcach obowiązkowi wynikającemu z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, iż wykonawca Torpol S.A. nie wykonał budowy hali dworca w Łodzi, a w konsekwencji, że nie może legitymować się ww. doświadczeniem, skoro zdaniem Odwołujących, nie brał realnie udziału w wykonaniu robót związanych z budową obiektu dworca. Stanowiska obu Odwołujących co do okoliczności, iż Torpol S.A. w ramach ww. zadania inwestycyjnego wykonywał wyłącznie roboty torowe, niemieszące się w definicji obiektu użyteczności publicznej, nie zostały potwierdzone żadnymi dowodami. W ocenie Izby dowody złożone przez Konsorcjum PORR w postaci sprawozdań zarządu z działalności Grupy Kapitałowej Torpol oraz spółki Torpol S.A. za poszczególne lata nie potwierdzają, że ww. wykonawca nie zrealizował budynku dworca w Łodzi. Z samego faktu, iż głównym przedmiotem działalności wykonawcy Torpol S.A. jest działalność polegająca na realizacji obiektów komunikacyjnych takich jak szlaki czy torowiska tramwajowe, nie można jeszcze wywieść, że wykonawca nie posiada doświadczenia w realizacji robót kubaturowych. Zdaniem składu orzekającego Izby twierdzenia Odwołującego Konsorcjum PORR w ww. zakresie były zbyt daleko idące.

Uwzględniając powyższe, w ocenie Izby, wystarczające było zatem samo oświadczenie wykonawcy Konsorcjum TORPOL o posiadaniu wymaganego doświadczenia i wskazanie robót budowlanych, w ramach których wykonawca nabył to doświadczenie. Skoro zatem Konsorcjum TORPOL w wykazie robót budowlanych oświadczyło, iż wykonało budynek dworca Łódź Fabryczna, wobec braku dowodu przeciwnego, powyższe oświadczenie wykonawcy Konsorcjum TORPOL należało uznać za wystarczające.

Kolejno w ocenie Izby wskazać należy, iż nie można zgodzić się ze stanowiskiem Konsorcjum PORR, jakoby wykonawca Konsorcjum TORPOL nie wykazał, iż roboty budowlane dotyczące omawianej inwestycji nie zostały wykonanie należycie i prawidłowo ukończone.

W ocenie Izby przeczy temu analiza treści Świadectwa Przejęcia z dnia 28 grudnia 2016 r., jak również złożonych na wezwanie Zamawiającego protokołów potwierdzających usunięcie usterek wskazanych w załączniku nr 1 do Świadectwa Przejęcia. Z przedłożonych

dokumentów wynika, że wszystkie najistotniejsze usterki przedmiotu zamówienia zostały przez wykonawcę usunięte.

Ponadto słusznie, w ocenie Izby, argumentował Zamawiający, iż należy wziąć pod uwagę okoliczność, iż inwestycja dotycząca budowy dworca w Łodzi realizowana była na podstawie Ogólnych Warunków FIDIC. Z kolei zgodnie z interpretacją subklauzuli 10.1. Księgi Czerwonej oraz Księgi Żółtej FIDIC Świadectwo Przejęcia wydaje się, jeżeli istnieje możliwość użytkowania robót, a występują jedynie drobne zaległości i usterki, czyli brak jest wad istotnych. Zatem, fakt wydania Świadectwa Przejęcia świadczy o tym, że usterki miały charakter drobnych, nielimitujących użytkowania budynku dworca.

Podsumowując powyższe, w ocenie Izby, nie sposób stwierdzić, iż Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp nie wzywając wykonawcy Konsorcjum TORPOL do złożenia wyjaśnień czy też uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp w zakresie inwestycji dotyczącej budowy dworca w Łodzi wskazanej w poz. 1 wykazu robót budowlanych w przedmiocie rzeczywistego udziału Torpol S.A. w realizacji tejże inwestycji. Nadto na podstawie złożonych przez Konsorcjum TORPOL dokumentów, tj. Świadectwa Przejęcia oraz protokołów potwierdzających usunięcie usterek wskazanych w załączniku nr 1 do Świadectwa Przejęcia, nie można uznać, że przedmiotowa inwestycja nie została wykonana w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami Prawa budowlanego.

W konsekwencji powyższego, brak jest podstaw do stwierdzenia, iż wykonawca Konsorcjum TORPOL winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w świetle złożonych w wykazie robót budowlanych (poz. 1) oświadczeń referujących do zadania polegającego na budowie dworca w Łodzi, jak i dokumentów złożonych w celu wykazania prawidłowości wykonania ww. robót.

Sygn. akt: KIO 682/19

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum PORR do złożenia wyjaśnień w zakresie załączonego do oferty oświadczenia Porr Bau GmbH o udostępnieniu zasobów oraz treści oferty Konsorcjum PORR, w celu potwierdzenia spełniania przez Konsorcjum PORR warunku udziału w postępowaniu, wskazanego w rozdziale IX pkt 1.2.1 lit. b) SIWZ, w ocenie Izby, nie zasługiwał na uwzględnienie.

Na wstępie, zdaniem Izby, nie sposób pominąć konstrukcji ww. zarzutu. Z jednej bowiem strony Odwołujący 1 zarzucał, iż oferta Konsorcjum PORR zawierała wewnętrznie sprzeczne informacje, gdyż zostało do niej załączone zobowiązanie, będące jednostronnym oświadczeniem podmiotu udostępniającego zasoby, z którego wynika, iż Porr Bau GmbH wykona część zamówienia polegającą na budowie basenu, z kolei sam wykonawca - Konsorcjum PORR składa oświadczenie, z którego nie wynika, iż roboty te zamierza zlecić do wykonania Porr Bau GmbH. Z drugiej jednak strony Odwołujący 1 wskazywał, iż Zamawiający winien wezwać Konsorcjum PORR do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale IX pkt 1.2.1 lit. b) SIWZ, gdyż bez realizacji przez Porr Bau GmbH robót wskazanych w zobowiązaniu, nie ma możliwości skorzystania przez Konsorcjum PORR z udostępnionych zasobów. Jednocześnie należy zauważyć, iż Odwołujący 1 nie sformułował w treści odwołania żądania odrzucenia oferty Konsorcjum PORR z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ, a w piśmie procesowym z dnia 28 kwietnia 2019 r. wskazał, iż przedmiotowy zarzut sformułował z ostrożności procesowej zdając sobie sprawę, że postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego z zastosowaniem procedury odwróconej.

Uwzględniając powyższe, zdaniem Izby, oferta Konsorcjum PORR nie zawierała wewnętrznych sprzeczności w zakresie dotyczącym części zamówienia, które ww. wykonawca zamierza zlecić do realizacji podwykonawcom, o ile dokumenty składające się na ofertę są czytane całościowo i łącznie. Z treści zobowiązania Porr Bau GmbH jednoznacznie wynika, iż ww. podmiot oddaje do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby z zakresu zdolności technicznej i zawodowej, tj. że: zrealizował co najmniej jeden obiekt użyteczności publicznej, w skład w którego wchodził basen rekreacyjny lub sportowy o łącznej powierzchni niecek basenowych minimum 150 m^2, tj. przebudowa, rozbudowa i budowa nowego obiektu w Dolomitenbad Lienz. Zrealizowano basen (obiekt użyteczności publicznej) o łącznej powierzchni niecek basenowych 690,5 m^2, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Nadto wskazał, iż z ww. wykonawcą będzie łączyła go umowa podwykonawcza oraz że zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą.

Z treści złożonego przez Porr Bau GmbH zobowiązania wynika zatem jednoznacznie, iż podmiot ten będzie podwykonawcą Konsorcjum PORR, jak również jaki zakres robót będzie realizowany przez tzw. podmiot trzeci (roboty polegające na budowie basenu).

Wskazane natomiast w punkcie 13 formularza oferty Konsorcjum PORR zakresy zamówienia dotyczyły tych części zamówienia, które zostaną powierzone do realizacji

podwykonawcom, na zasoby których wykonawca się nie powoływał. Powyższe jest zresztą spójne z treścią JEDZ złożonego przez wykonawcę PORR S.A, który w części II sekcja D - Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega podał, iż zamierza zlecić do wykonania następujące części zamówienia, tj.: roboty dachowe, roboty elewacyjne, roboty konstrukcyjne, stolarka i ślusarka, elementy kowalskie ślusarskie, roboty wykończeniowe i wyposażenie, roboty instalacji sanitarnych i mechanicznych. Ww. prace zostały ujęte we wskazanym wyżej punkcie 13 formularza oferty Konsorcjum PORR.

Konkludując zdaniem składu orzekającego Izby rozpoznającego niniejszą sprawę wskazać należy, iż na podstawie dokumentów składających się na ofertę w sposób jednoznaczny można ustalić zakres zamówienia, który będzie realizowany przez podwykonawców, tj. podmioty na zdolnościach, których wykonawca nie polega, jak i te, z których zasobów korzysta celem wykazania warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto, zważywszy na okoliczność, iż Zamawiający prowadził niniejsze postępowanie z zastosowaniem procedury odwróconej, kwestia ewentualnego niewykazania przez Konsorcjum PORR warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX pkt 1.2.1 lit. b SIWZ będzie dopiero badana przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Z uwagi na powyższe ww. zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Sygn. akt: KIO 683/19

Zarzuty zawarte w punkcie 5, 6 i 7 petitum odwołania Konsorcjum PORR (sygn. akt: KIO 683/19) nie były przedmiotem oceny Izby. Jak wynika bowiem z treści odwołania, ww. zarzuty zostały podniesione przez wykonawcę z ostrożności procesowej, tj. na wypadek przyjęcia przez Izbę, że Konsorcjum PORR wykazało spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak zaistnienia przesłanek wykluczenia. Zważywszy zatem na okoliczność, iż Izba podzieliła stanowisko Odwołującego w zakresie zarzutu odwołania polegającego na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Konsorcjum TORPOL na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz w świetle złożonego przez Konsorcjum PORR w toku rozprawy przed Izbą oświadczenia w przedmiocie zwolnienia Izby z obowiązku rozpoznania ww. zarzutów we wskazanych wyżej okolicznościach, rzeczone zarzuty nie zostały przez Izbę rozpoznane.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołania. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 ze zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDS - BUD S.A. z siedzibą w Warszawie oraz MOSTY ŁÓDŹ S.A. z siedzibą w Łodzi (sygn. akt: KIO 682/19) koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 23 600 zł. Ponadto Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, AKME Z. W. Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Elektromontaż Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie (sygn. akt: KIO 683/19) koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 23 600 zł.

Przewodniczący: .....