Sygn. akt: KIO 202/24; KIO 204/24

WYROK

Warszawa, dnia 13 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Elżbieta Dobrenko

Danuta Dziubińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lutego 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 19 stycznia 2024 r. przez wykonawcę Budimex S.A. w Warszawie (sygn. akt KIO 202/24);

B. w dniu 19 stycznia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Gap Insaat Yatirim Ve Diş Ticaret Spółka Akcyjna, Istambuł, Turcja, Fabe Polska sp. z o.o. w Warszawie, „SP „Sine Midas Stroy" sp. z o.o. Aktobe, Kazachstan, działająca przez oddział w Polsce - „SP „Sine Midas Stroy" sp. z o.o. oddział w Polsce (sygn. akt KIO 204/24)

w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie

przy udziale:

1. uczestników po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 202/24:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Gap Insaat

Yatirim Ve Diş Ticaret Spółka Akcyjna, Istambuł, Turcja, Fabe Polska sp. z o.o. w Warszawie, „SP „Sine Midas Stroy" sp. z o.o. Aktobe, Kazachstan, działająca przez oddział w Polsce - „SP „Sine Midas Stroy" sp. z o.o. oddział w Polsce

B. wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie

2. uczestników po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt 204/24:

A. wykonawcy Budimex S.A. w Warszawie

B. wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia częściowo odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 202/24 w zakresie zarzutu opisanego w pkt IV uzasadnienia odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie:

a) jako podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art.

109 ust. 1 pkt 8 oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych,

b) który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie

zdolności technicznej i zawodowej, opisanego w pkt 8.2.4.1. lit. c IDW;

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 202/24,

3. uwzględnia odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 204/24 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

4. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 202/24 obciąża Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie w części 1/3 oraz Budimex S.A. w Warszawie w części 2/3 i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Budimex S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie na rzecz wykonawcy Budimex S.A. w Warszawie kwotę 6.666 zł 67 gr (słownie: sześciu tysięcy sześciuset sześćdziesięciu sześciu złotych sześćdziesięciu siedmiu groszy);

5. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 204/24 obciąża Skarb Państwa -Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie i:

5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Gap Insaat Yatirim Ve Diş Ticaret Spółka Akcyjna, Istambuł, Turcja, Fabe Polska sp. z o.o. w Warszawie, „SP „Sine Midas Stroy" sp. z o.o. Aktobe, Kazachstan,

działająca przez oddział w Polsce - „SP „Sine Midas Stroy" sp. z o.o. oddział w Polsce tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

5.2. zasądza od Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Gap Insaat Yatirim Ve Diş Ticaret Spółka Akcyjna, Istambuł, Turcja, Fabe Polska sp. z o.o. w Warszawie, „SP „Sine Midas Stroy" sp. z o.o. Aktobe, Kazachstan, działającą przez oddział w Polsce -„SP „Sine Midas Stroy" sp. z o.o. oddział w Polsce kwotę 23.600 zł 00 gr (słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt: KIO 202/24; KIO 204/24

U z a s a d n i e n i e

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, zwany dalej „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", którego przedmiotem jest „Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski – Hrebenne", odcinek nr 3: węzeł „Krasnystaw Północ" („Krasnystaw I") wraz z węzłem – węzeł „Izbica" („Tarzymiechy") wraz z węzłem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 grudnia 2023 r., nr 2022/S 250-731064.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 19 stycznia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołania:

a) wykonawca Budimex S.A. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym Budimex" lub „odwołującym I",

b) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Gap Insaat Yatirim Ve Diş Ticaret Spółka Akcyjna, Istambuł, Turcja, Fabe Polska sp. z o.o. w Warszawie, „SP „Sine Midas Stroy" sp. z o.o. Aktobe, Kazachstan, działająca przez oddział w Polsce - „SP „Sine Midas Stroy" sp. z o.o. oddział w Polsce, zwani dalej „odwołującym Gap" lub „odwołującym II".

Zarządzeniem Prezesa Izby odwołania zostały oznaczone odpowiednio sygn. akt KIO 202/24 i sygn. akt KIO 204/24 oraz zostały połączone do wspólnego rozpoznania.

<u>KIO 202/24</u>

Odwołujący I zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz 10) ustawy Pzp, w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania i odrzucenia oferty Mostostal, a w konsekwencji wybór oferty tego Wykonawcy, pomimo że w niniejszej sprawie zmaterializowały się wobec Acciona, a w konsekwencji - wobec Wykonawcy przesłanki wykluczenia, o których mowa w przepisach art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, a także art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz pkt 10) ustawy Pzp, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości postępowania, i co zostało opisane szczegółowo w treści uzasadnienia niniejszego odwołania (zarzut nr 1),

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz 10) ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 119

ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania i odrzucenia oferty Mostostal, a w konsekwencji wybór oferty tego Wykonawcy podczas gdy, z uwagi na podleganie wykluczeniu przez podmiot udostępniający Wykonawcy zasoby w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, tj. Acciona i brak możliwości zastąpienia w okolicznościach niniejszej sprawy tego podmiotu przez inny podmiot trzeci, Mostostal nie mógł posłużyć się zasobami udostępnionymi przez Acciona, a w konsekwencji nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości postępowania, i co zostało opisane szczegółowo w treści uzasadnienia niniejszego odwołania (zarzut nr 2),

3) art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania i odrzucenia oferty Mostostal, chociaż Wykonawca ten podlega wykluczeniu ze względu na okoliczność, że Acciona zawarła wraz z innymi wykonawcami porozumienie zbiorowe, którego celem było zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji, z uwagi na uznanie przez Izbę Konkurencji Zarządu Krajowej Komisji Rynków i Konkurencji (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dalej jako: „CNMC"), że Acciona naruszyła art. 62 ust. 4 lit. a) w związku z art. 1 ustawy 15/2007 z dnia 3 lipca o ochronie konkurencji oraz art. 101 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej jako: „TFUE"), czego skutkiem było ukaranie Acciona karą w wysokości ponad 29,4 milionów euro, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości postępowania, i co zostało opisane szczegółowo w treści uzasadnienia niniejszego odwołania (zarzut nr 3),

4) art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania i odrzucenia oferty Mostostal, chociaż Wykonawca ten podlega wykluczeniu w związku z zawinionym poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych przez Acciona, ze względu na uznanie przez CNMC, że Acciona naruszyła art. 62 ust. 4 lit. a) w związku z art. 1 ustawy 15/2007 z dnia 3 lipca o ochronie konkurencji oraz art. 101 TFUE w odniesieniu do zawarcia wraz z innymi wykonawcami porozumienia zbiorowego, którego celem było zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji, a skutkiem, zgodnie z uchwałą CNMC, ukaranie Acciona karą w wysokości ponad 29 milionów euro, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania

wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości postępowania, i co zostało opisane szczegółowo w treści uzasadnienia niniejszego odwołania (zarzut nr 4),

5) art. 109 ust. 1 pkt 8) i pkt 10) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp, w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp i z art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania i odrzucenia oferty Mostostal, chociaż Acciona, a w konsekwencji – Mostostal, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawili Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd oraz zataili informacje, mające wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, dotyczące sytuacji Acciona, a mianowicie tego, że Acciona nie jest winna poważnego wykroczenia zawodowego oraz nie zawarła z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, a zatem nie podlega wykluczeniu, mimo że CNMC uznało, że Acciona naruszyła art. 62 ust. 4 lit. a) w związku z art. 1 ustawy 15/2007 z dnia 3 lipca o ochronie konkurencji oraz art. 101 TFUE, czego skutkiem było ukaranie Acciona karą w wysokości ponad 29,4 milionów euro, co powinno zostać uwzględnione w oświadczeniu składanym w ramach formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej jako: „JEDZ"), co miało wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego z uwagi na fakt, że oferta Wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości postępowania, i co zostało opisane szczegółowo w treści uzasadnienia niniejszego odwołania (zarzut nr 5).

Odwołujący I wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty Mostostal jako najkorzystniejszej;

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w Postępowaniu;

3) wykluczenia Mostostal z Postępowania, a w konsekwencji odrzucenia oferty Mostostal na podstawie okoliczności opisanych w uzasadnieniu Odwołania;

4) uznania oferty złożonej przez niego za najkorzystniejszą w Postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący I wskazał, że w dokumentacji prowadzonego Postępowania, w pkt 10: „Podmiotowe środki dowodowe" (str. 16) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ"), w ust. 10.6 lit. f) Zamawiający określił, że w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia Wykonawca składa: (…)

f) oświadczenie Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, o których mowa w:

- art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczących zawarcia z innymi Wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji,

- art. 109 ust. 1 pkt 5-10 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego I powyższe oznacza, że Zamawiający w ramach Postępowania zdecydował się na weryfikację m.in. fakultatywnych przesłanek wynikających z art. 109 ust. 1 pkt 5), 8) oraz 10) ustawy Pzp, mające znaczenie dla przedmiotowej sprawy, a ponadto Zamawiający weryfikuje również standardowo obligatoryjne przesłanki wykluczenia, wśród których znajduje się również ta ujęta w ramach art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Jednocześnie, zgodnie z treścią pkt 11 ust. 11.5 SWZ, co stanowi powielenie przepisu art. 119 ustawy Pzp: Zamawiający ocenia, czy udostępniane Wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem Wykonawcy.

Kolejno odwołujący I wskazał, że w treści złożonego przez siebie formularza JEDZ Mostostal w ramach Części II: Informacje dotyczące wykonawcy lit. C Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów wskazał, że będzie polegał na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów i zasad kwalifikacji. W związku z powyższym Mostostal załączył do złożonej przez siebie oferty Zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia podpisane przez Acciona w dniu 30 maja 2023 r. Wraz z ofertą Mostostal załączony został również formularz JEDZ Acciona, w którym wykonawca ten udzielił następujących odpowiedzi na kluczowe z perspektywy odwołania pytania:

porozumienia z innymi wykonawcami mające na celu zakłócenie konkurencji

Czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji?

Proszę podać odpowiedź NIE

winien poważnego wykroczenia zawodowego

Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego? W stosownych przypadkach zob. definicje w prawie krajowym, stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia.

Proszę podać odpowiedź NIE

winien wprowadzenia w błąd, zatajenia informacji lub niemożności przedstawienia wymaganych dokumentów lub uzyskania poufnych informacji na temat przedmiotowego postępowania

Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji:

a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;

b) zataił te informacje;

c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz

d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?

Proszę podać odpowiedź NIE

Kolejno odwołujący I wskazał, że w ramach wykazu „Zdolność techniczna lub zawodowa – Wykaz robót budowlanych" z dnia 21 grudnia 2023 r. Mostostal w celu oceny spełniania przez Wykonawcę warunku zdolności technicznej lub zawodowej, których opis został umieszczony w pkt 8.2.4.1. IDW wymienił pod pozycją nr 3 inwestycję pn. „Droga szybkiego ruchu A-63, Oviedo – La Espina, Odcinek: Doriga – Cornellana" Zadanie obejmowało budowę mostu nad rzeką Narcea o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu 875 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu" zrealizowaną przez Acciona Construcción S.A. na rzecz Administración General del Estado, Ministerio de Fomento. Zdaniem odwołującego I w związku z powyższym należy uznać, że korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego, deklarowane w ofercie, zostało podtrzymane.

Zdaniem odwołującego I w związku z powyższym należy stwierdzić, że Acciona w odniesieniu do pytań w formularzu JEDZ odnoszących się do przesłanek wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp (przesłanka obligatoryjna), jak również do przesłanek fakultatywnych określonych w ramach art. 109 ust. 1 pkt 5), pkt 8) i pkt 10) ustawy Pzp

udzieliła odpowiedzi negatywnej. W ocenie odwołującego I Acciona tym samym nie dopełniła względem Zamawiającego obowiązku informacyjnego polegającego na przekazaniu mu informacji o wydaniu względem Acciona uchwały CNMC, zgodnie z którą stwierdzono, że doszło do bardzo poważnego naruszenia art. 62 ust. 4 lit. a) w związku z art. 1 ustawy 15/2007 z dnia 3 lipca o ochronie konkurencji oraz art. 101 TFUE, czego skutkiem było ukaranie Acciona karą w wysokości ponad 29,4 milionów euro.

Kolejno odwołujący I wskazał, że w dniu 15 grudnia 2023 r. działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wezwał Mostostal do złożenia podmiotowych środków dowodowych, również tych potwierdzających brak występowania względem Wykonawcy podstaw do wykluczenia. W odpowiedzi na to wezwanie, w dniu 21 grudnia 2023 r. Wykonawca przekazał komplet dokumentów, wśród których znalazły się również oświadczenia o aktualności danych dla Mostostal, jak i dla Acciona. W treści swojego oświadczenia o aktualności danych zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca Acciona podał, że informacje zawarte w oświadczeniu tym, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego pozostają aktualne. Acciona wprost podała, że aktualne pozostają oświadczenia dotyczące podstaw wykluczenia zarówno opisane w art. 108 ust. 1, jak i 109 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego I, z powyższego wynika, że Acciona najpierw w sposób świadomy i celowy nie uwzględniła w ramach składanego przez siebie oświadczenia w treści formularza JEDZ informacji na temat uchwały CNMC, a później w sposób świadomy i celowy potwierdziła składane oświadczenia w zakresie ich aktualności. W ocenie Odwołującego I okoliczności te przesądzają, że wobec Acciona spełnione zostały przesłanki art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, a także art. 109 ust. 1 pkt 5) oraz pkt 8), a co najmniej art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, zatem Acciona, a w konsekwencji Mostostal podlega na tej podstawie wykluczeniu z Postępowania, a jego oferta powinna zostać odrzucona. Zamawiający został wprowadzony w błąd co do sytuacji Acciona, a w konsekwencji co do sytuacji Mostostal w ramach niniejszego Postępowania, ponieważ Zamawiający nie otrzymał informacji umożliwiających mu dokonanie samodzielnej oceny okoliczności towarzyszących wskazanemu przypadkowi związanemu z uchwałą CNMC. W konsekwencji tego zaniechania, Zamawiający (niesłusznie i niezgodnie z przepisami ustawy Pzp) wybrał ofertę Mostostal jako najkorzystniejszą.

Odwołujący I dodatkowo wskazał, że zgodnie z informacjami zamieszczonymi przez Mostostal na własnej stronie internetowej Mostostal informuje, że „od 1999 roku strategicznym partnerem Mostostal Warszawa jest Acciona SA. (…) Głównym udziałowcem Mostostal Warszawa jest Acciona Construcción SA.”. Zdaniem odwołującego I zarówno Acciona jak i Mostostal musiały być świadome istnienia decyzji CNMC i również w sposób świadomy i w określonym celu postanowiły tego faktu nie ujawniać w ramach Postępowania

prowadzonego przez Zamawiającego. Według odwołującego I działanie takie stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp, o których szczegółowo mowa w dalszej części odwołania.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego uczestniczenia w porozumieniu mającym na celu zakłócenie konkurencji (art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp) Odwołujący I przywołał treść art. 101 TFUE.

Odwołujący I podniósł, że zgodnie z treścią art. 62 ust. 1 hiszpańskiej ustawy 15/2007 z dnia 3 lipca o ochronie konkurencji, „naruszenia określone w niniejszej ustawie dzieli się na drobne, poważne i bardzo poważne.” Zgodnie z ust. 4 lit. a) art. 62 tej ustawy (podstawa prawna, na której oparła się CNMC), „do bardzo poważnych naruszeń należy zaliczyć: a) Zachowania sklasyfikowane w art. 1 tej ustawy oraz w art. 101 TFUE.”

Odwołujący I wskazał, że zgodnie z art. 1 hiszpańskiej ustawy o ochronie konkurencji zabronione są wszelkie praktyki, które mają na celu, wywołują lub mogą wywoływać skutek w postaci zapobiegania, ograniczania lub zakłócania konkurencji w całości lub części rynku krajowego, które przykładowo dotyczą ustalania – bezpośrednio lub pośrednio – cen lub innych warunków handlowych, ograniczania lub kontroli produkcji, inwestycji, podziału rynku lub źródeł dostaw, a także stosowania w relacjach handlowych nierównych warunków stawiających niektórych konkurentów w niekorzystnej sytuacji w porównaniu z innymi. Zdaniem odwołującego I, hiszpańskie przepisy dotyczące zawierania porozumień mających wpływ na konkurencję są bardzo zbliżone do art. 101 TFUE, a także do art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1689 ze zm.). Odwołujący I podniósł, że zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Odwołujący I podniósł, że przesłanka ta, ze względu na swoją wagę, jest określana mianem obligatoryjnej, co oznacza, że zamawiający są zobowiązani do weryfikacji jej wystąpienia w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący I wskazywał, że zawarte w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów sformułowanie „porozumienie ograniczające konkurencję” jest pojęciem węższym niż to użyte w ustawie Pzp – „porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji”. Świadczy to dużo większej wadze przykładanej do wszelkich tego rodzaju porozumień zawieranych między podmiotami funkcjonującymi w ramach systemu zamówień publicznych. W ramach tego systemu kluczowa pozostaje weryfikacja rzetelności i profesjonalizmu wykonawcy, której musi dokonać sam zamawiający.

Odwołujący I podniósł, że zgodnie z treścią uchwały CNMC z dnia 5 lipca 2022 r. Acciona naruszyła art. 62 ust. 4 lit. a) w związku z art. 1 ustawy 15/2007 z dnia 3 lipca o

ochronie konkurencji oraz art. 101 TFUE. Działania spółki wskazują na wystąpienie daleko idących, wieloletnich nadużyć. Zgodnie z treścią uchwały CMNC organ ten nałożył na sześć głównych firm budowlanych w Hiszpanii kary sięgające 200 mln euro za wpływanie na konkurencyjność przetargów w ramach budownictwa infrastrukturalnego, który to proceder trwał nieprzerwanie przez ponad 25 lat. Firmy zgromadzone w ramach porozumienia, w tym Acciona, spotykały się co tydzień i podejmowały decyzje w sprawie zamówień publicznych. Wymieniały się m.in. informacjami na temat swojej strategii przetargowej, dzieliły się przetargami, ustalały kolejność wykonawców w ramach przetargów. Spółki jednocześnie nie mogły modyfikować bez swojej wiedzy przyjętego planu działania i np. złożyć bez wiedzy pozostałych członków grupy swojej własnej oferty. Praktyki te wpływały na tysiące postępowań na terenie rynku właściwego, czyli Hiszpanii. Zasady działania członków grupy zmieniały się z biegiem czasu, dostosowując do aktualnych warunków, co

wskazuje dodatkowo na świadome działanie mające na celu systematyczne ograniczanie konkurencji. Postępowanie członków grupy na wiele lat doprowadziło do zmniejszenia różnorodności i pogorszenia jakości ofert składanych w postępowaniach przetargowych na terenie Hiszpanii, właściwie do petryfikacji całego rynku.

Odwołujący I podniósł, że swoim działaniem Acciona uczestniczyła w porozumieniach mających na celu zakłócenie konkurencji, a tym samym doszło do spełnienia wszystkich elementów obligatoryjnej podstawy wykluczenia określonej w ramach art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Taka kwalifikacja postępowania Acciona wynika również wprost z zastosowanej przez CNMC podstawy wymierzenia kary, którą jest bardzo poważne naruszenie art. 62 ust. 4 lit. a) w związku z art. 1 hiszpańskiej ustawy 15/2007 z dnia 3 lipca o ochronie konkurencji oraz art. 101 TFUE. Odwołujący I wskazał, że zgodnie z art. 111 pkt 4) ustawy Pzp, w przypadku wystąpienia przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp obowiązuje 3-letni okres wykluczenia z postępowania od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, czyli w tym przypadku od wydania uchwały CNMC, tj. od 5 lipca 2022 r.

Odwołujący I wskazał, że w dniu złożenia oferty w niniejszym postępowaniu Acciona musiała mieć świadomość istnienia decyzji CNMC, podobnie jak musiała ją mieć w dniu złożenia oświadczenia o aktualności oświadczeń składanych pierwotnie w ramach formularza JEDZ. Powyższa konstatacja jest istotna o tyle, że data 5 lipca 2022 r. jest faktycznie najwcześniejszą datą, od której Acciona była zobowiązana do informowania zamawiających o zaistnieniu uchwały CNMC – to wtedy bowiem mogła powziąć informację o negatywnej ewaluacji podejmowanych przez siebie czynności związanych z uczestnictwem w porozumieniu ograniczającym konkurencję, również bowiem z tej uchwały dowiedziała się o nałożeniu na nią kary w wysokości 29,4 mln euro.

Zdaniem odwołującego I Mostostal składając ofertę, w której uwzględnił poleganie na zasobach podmiotu trzeciego, jakim jest Acciona, ponosi odpowiedzialność za rzetelność i

prawidłowość dokumentów przekazywanych przez ten podmiot. W szczególności, że obie spółki należą do tej samej grupy kapitałowej i mają bardzo silne powiazania biznesowe. Wykonawca powinien zweryfikować oświadczenia przekazane przez podmiot, na którego zasobach polega, bo ponosi za te oświadczenia odpowiedzialność jak za swoje własne. Konsekwencją niefrasobliwości i braku rzetelności w tej kwestii jest sankcja w postaci konieczności wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty.

Zdaniem odwołującego I, ustalenie wystąpienia przesłanki wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp generuje z kolei konieczność wdrożenia tzw. procedury self-cleaningu, „samooczyszczenia", do której po stronie Acciona nie doszło. Zamawiający nie miał zatem szansy ocenić (zgodnie z dyspozycją art. 110 ust. 3 ustawy Pzp), czy mimo zaistnienia elementów wypełniających podstawę wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp wobec Acciony i w konsekwencji konieczności wykluczenia Wykonawcy z Postępowania, wykonawca ten wdrożył czynności wystarczające do wykazania swojej rzetelności.

Odwołujący I podkreślał, że chociaż Acciona nie składała w tym Postępowaniu własnej, odrębnej, samodzielnej oferty, była jednak zobowiązana do złożenia odpowiednich oświadczeń dotyczących występowania wobec niej podstaw wykluczenia. Zatajając informację na temat posiadania w swojej historii przypadku nałożenia kary z tytułu poważnego naruszenia zasad konkurencji w postaci uczestnictwa w porozumieniu ograniczającym konkurencję, wprowadziła Zamawiającego w błąd co do braku podstaw do wykluczenia. Zdaniem odwołującego I istotne znaczenie ma fakt, że ofertę w tym Postępowaniu składał Mostostal, a więc spółka, której Acciona jest strategicznym partnerem i głównym udziałowcem. Skoro Mostostal był wykonawcą w tym Postępowaniu, powinien był dochować należytej staranności w weryfikacji sytuacji podmiotowej spółki, która użycza jej zasoby. W szczególności biorąc pod uwagę fakt, że obie spółki należą do tej samej grupy kapitałowej. Powyższa okoliczność tylko dodatkowo uzasadnia konieczność wykluczenia Acciona, a w konsekwencji Wykonawcy na opisywanej podstawie i odrzucenie oferty Wykonawcy z Postępowania.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego poważnego wykroczenia zawodowego (art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp) odwołujący I wskazał, że w rozpatrywanym przypadku Acciona doszło do nałożenia na tą spółkę kary pieniężnej, która była wynikiem uchwały ustalającej naruszenie przez Acciona zasad uczciwej konkurencji w postaci uczestnictwa w porozumieniu ograniczającym konkurencję, który to proceder trwał nieprzerwanie przez ćwierć wieku. Wspomniana kara pieniężna ma wartość niebagatelną, bowiem opiewa na kwotę 29,4 mln euro. Co więcej, zgodnie z treścią uchwały CNMC, nie przysługuje od niej odwołanie administracyjne. Odwołujący I argumentował, że biorąc pod uwagę, że nałożona

na Acciona kara odnosi się do art. 62 ust. 4 lit. a) w związku z art. 1 ustawy 15/2007 z dnia 3 lipca o ochronie konkurencji oraz art. 101 TFUE, została nałożona m.in. za działanie polegające na zapobieżeniu, ograniczeniu lub zakłóceniu konkurencji, ustalaniu w sposób bezpośredni lub pośredni cen, ograniczaniu lub kontrolowaniu inwestycji, podziale rynku, stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji, które stanowią bardzo poważne naruszenia, nie sposób zakwalifikować takiego postępowania inaczej niż jako spełniającego wszystkie przesłanki podstawy wykluczenia z postępowania opisanej w ramach art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Odwołujący I podkreślał, że przez ponad 25 lat Acciona stanowiła istotną część grupy sześciu spółek, które działały w sposób zorganizowany i przemyślany, dostosowując dodatkowo stosowane metody do zmieniającej się rzeczywistości związanej z wprowadzaniem nowego prawa czy nowych metod podejmowanych przez instytucje i organy państwowe w celu zapewnienia przestrzegania podstawowych zasad prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na terenie Hiszpanii.

Zdaniem odwołującego I w tych okolicznościach sprawy w szczególności ze względu na zidentyfikowaną podstawę naruszenia oraz wysokość naliczonej kary, a także wszystkie okoliczności faktyczne, że Acciona podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, a w konsekwencji wykluczeniu podlega Wykonawca,

którego oferta podlega odrzuceniu.

W uzasadnieniu zarzutu przedstawienia informacji wprowadzających w błąd / zatajenie informacji (art. 109 ust. 1 pkt 8) i pkt 10 ustawy Pzp odwołujący I wskazał, że pytanie znajdujące się w części III: „Podstawy wykluczenia", lit. C: „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi", dotyczące wprowadzenia w błąd i zatajenia informacji, skorelowane z art. 109 ust. 1 pkt 8) i pkt 10) ustawy Pzp brzmi następująco: Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji: a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) zataił te informacje; c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?

Odwołujący I zwrócił uwagę, polegający na składaniu oświadczeń standardowy formularz służy także zachowaniu przejrzystości i transparentności procedur, zgodnie z którymi Zamawiający prowadzi postępowanie. Aby zamawiający posiadał pełną wiedzę na temat podmiotowej sytuacji wykonawców składających ofertę, a zatem mógł prowadzić postępowanie w sposób jak najbardziej transparentny, powinien otrzymać kompletne dane o sytuacji Wykonawcy. Powinien mieć zatem możliwość zweryfikowania sytuacji podmiotowej danego wykonawcy w kontekście przypadków, do których nawiązuje art. 108 ust. 1 pkt 5), jak i art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. W związku z tym, że okoliczności dotyczące statusu wykonawców istotne z perspektywy art. 108 ust. 1 pkt 5), jak i art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp są w najpełniejszym stopniu znane bezpośrednio samym wykonawcom, zamawiający często nie mają odpowiednich narzędzi, pozwalających im na samodzielne powzięcie informacji na temat sytuacji wypełniających przesłanki art. 108 ust. 1 pkt 5) oraz art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, w szczególności jeśli mają miejsce w innym kraju, poza terytorium RP – jak ma to miejsce w niniejszym przypadku. Mogą zatem polegać tylko na oświadczeniach i ew. dowodach przekazywanych przez samych wykonawców. Jest to w aktualnym stanie faktycznym kwestia kluczowa, bowiem wykonawcy składający formularze JEDZ nie podejmują samodzielnie decyzji co do kwalifikacji konkretnego przypadku w zakresie przesłanek wykluczenia. Muszą jedynie wskazać fakt zaistnienia określonego przypadku i opisać okoliczności mu towarzyszące, wykazując tym samym, że nie zasługują na wykluczenie, ew. wdrożyć procedurę self-cleaningu.

Odwołujący I wskazał, że podmiot udostępniający zasoby, tj. Acciona, nie uwzględniła w ramach swojego oświadczenia zawartego w formularzu JEDZ faktu istnienia uchwały CNMC stwierdzającej udział tej spółki w porozumieniu ograniczającym konkurencję nakładającej na Acciona karę w wysokości 29,4 mln euro i stwierdzającej bardzo poważne naruszenie przez tą spółkę przepisów dotyczących ochrony konkurencji. Jednocześnie treść pytania zawarta w formularzu JEDZ jest jasna i odnosi się do obiektywnie określonej okoliczności polegającej na stwierdzeniu zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

Odwołujący I zwrócił uwagę, że pytanie ze standardowego formularza JEDZ odnoszące się do zawierania z innymi wykonawcami porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji nie zawiera elementów subiektywnych, takich jak np. „przyczyny leżące po jego stronie", „istotne", „w znacznym stopniu lub zakresie", co oznacza, że pytanie to jest zobiektywizowane, w przeciwieństwie na przykład właśnie do treści art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, który tego rodzaju wartościujące elementy zawiera w swojej dyspozycji.

Zdaniem odwołującego I, poprzez zatajenie informacji dotyczących istnienia uchwały CNMC stwierdzającej udział Acciona w porozumieniu ograniczającym konkurencję, nakładającej na Acciona karę w wysokości 29,4 mln euro i stwierdzającej bardzo poważne

naruszenie przez tą spółkę przepisów dotyczących ochrony konkurencji Wykonawca pozbawił Zamawiającego, będącego gospodarzem postępowania, możliwości dokonania samodzielnej oceny przesłanek wykluczenia, a także – wobec braku wdrożenia w związku z tą sytuacją procedury self-cleaningu – również weryfikacji jego rzetelności, przy uwzględnieniu wagi i szczególnych okoliczności czynu wykonawcy.

Odwołujący I argumentował, że Acciona dwukrotnie w ramach tego Postępowania oświadczała, że nie występują wobec niej żadne przesłanki wykluczenia, w tym nie zawierała porozumień mających na celu ograniczenie konkurencji, a także biorąc pod uwagę, że Acciona jest strategicznym partnerem i głównym udziałowcem Mostostalu, działanie tego wykonawcy w postaci zatajenia informacji w ramach JEDZ nosi znamiona rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa prowadzących do wytworzenia w Zamawiającym błędnego przekonania, że w historii wykonawcy nie miały miejsca żadne przypadki wypełniające definicję ustawową wynikającą z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp ani art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, a tym samym – że oferta Mostostal jest najkorzystniejszą w Postępowaniu. W rzeczywistości bowiem oferta ta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego I, mimo świadomości istnienia uchwały CNMC stwierdzającej udział Acciona w porozumieniu ograniczającym konkurencję nakładającej na Acciona karę w wysokości 29,4 mln euro i stwierdzającej bardzo poważne naruszenie przez tą spółkę przepisów dotyczących ochrony konkurencji, wykonawca zadeklarował zupełnie inny stan faktyczny w ramach składanych przez siebie dokumentów podlegających weryfikacji.

Zdaniem odwołującego I, zarówno Acciona jak i Mostostal, będąc spółkami z jednej grupy, najwcześniej pozyskały informacje na temat uchwały CNMC i miały w istocie najwięcej czasu, by dokonać niezbędnych czynności udaremniających ewentualne przyszłe wykluczenie z przetargów publicznych w Polsce. Nie tylko jednak nic w tym przedmiocie nie zrobiły, to jeszcze w sposób świadomy i celowy zatajały rzeczone informacje przed Zamawiającym.

Ponieważ taka decyzja została świadomie podjęta, Acciona nie zdecydowała się również na wdrożenie procedury self-cleaningu, co mogło tę spółkę uchronić przed wykluczeniem, w przypadku gdyby Zamawiający uznał przeprowadzoną procedurę za wdrożoną skutecznie i w sposób, który umożliwia ocenę rzetelności wykonawcy, a także za procedurę wdrożoną terminowo.

Zdaniem odwołującego I, wskazane wyżej zaniedbania Wykonawcy mają więc charakter rażący, bo ich waga zdecydowanie przekracza brak zwykłej staranności, której można wymagać od takiego wykonawcy jak Mostostal przy weryfikacji podstawowych informacji dotyczących sytuacji podmiotowej – czy to jego, czy podmiotu udostępniającego zasoby, tj. Acciona, tym bardziej, że nieprawdziwe informacje zostały w stosunku do tego wykonawcy następczo podtrzymane.

Zdaniem odwołującego I, nawet gdyby uznać, że wskazane powyżej zaniedbania wykonawcy nie kwalifikują się do zastosowania wobec niego art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp (z czym Odwołujący I się nie zgadzał), to jego zdaniem są one wystarczające do przypisania temu wykonawcy lekkomyślności lub niedbalstwa w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, w wyniku których Acciona przedstawiła Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Zdaniem odwołującego I, wykonawca Mostostal, składając ofertę, mimo posiadanych możliwości weryfikacji, w żaden racjonalny sposób nie upewnił się, że deklarowana sytuacja podmiotowa Acciona odpowiada rzeczywistości. Gdyby Mostostal podjął próbę takiej realnej weryfikacji, nie wprowadziłby Zamawiającego w błąd odnośnie do niewystępowania w odniesieniu do Acciona, a tym samym Mostostal, sytuacji zawarcia porozumienia naruszającego uczciwą konkurencję.

Odwołujący I wskazał, że wykonawca Mostostal przekazał Zamawiającemu nieprawdziwe i wprowadzające w błąd informacje dotyczące sytuacji podmiotowej podmiotu, z którego zasobów korzysta, a o której niewątpliwie miał pełną wiedzę, a ponadto nie dochował należytej staranności co do weryfikacji podanych informacji. Nieprawdziwe informacje podane przez wykonawcę Acciona miały wpływ na decyzje Zamawiającego w Postępowaniu, bo ostatecznie oferta Mostostal została w Postępowaniu wybrana jako najkorzystniejsza. Powyższe wypełnia przesłanki art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp, a tym samym wykonawca Mostostal powinien zostać wykluczony z Postępowania, a jego oferta odrzucona. Na marginesie powyższych rozważań dotyczących sytuacji Mostostal i Acciona, Odwołujący I wskazał, że analogiczną, choć nie tożsamą sytuację rozpatrywała Krajowa Izba Odwoławcza w ramach wyroku z dnia 28 listopada 2022 r. (sygn. akt KIO 2960/22), który został następnie potwierdzony wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 marca 2023 r. oddalającym skargę (sygn. akt XXIII Zs 5/23).

Odwołujący I podniósł również, że Acciona pełni w ramach niniejszego Postępowania funkcję podmiotu udostępniającego Wykonawcy zasoby w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. W ramach reżimu Prawa zamówień publicznych występuje co do zasady możliwość zastąpienia jednego podmiotu trzeciego – innym. Zdaniem odwołującego I w tych jednak okolicznościach sprawy dokonanie takiej czynności nie jest możliwe. W niniejszym Postępowaniu doszło do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także wystąpiły zarówno obligatoryjne, jak i fakultatywne przesłanki wykluczenia, na skutek zaistnienia okoliczności jednolicie piętnowanych zarówno w prawie krajowym jak i europejskim. Odwołujący I podniósł, że nie można zastąpić informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą, gdyż byłoby to sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Argumentował, że w

tym Postępowaniu Acciona złożyła nieprawdziwe oświadczenia dotyczące własnej sytuacji podmiotowej, a zatem nie ma możliwości zastąpienia już w tych okolicznościach tego podmiotu przez inny podmiot trzeci. W konsekwencji należy uznać, że Mostostal nie wykazał również spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 202/24, w której uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 202/24po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie. Wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 202/24 po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Gap Insaat Yatirim Ve Diş Ticaret Spółka Akcyjna, Istambuł, Turcja, Fabe Polska sp. z o.o. w Warszawie, „SP „Sine Midas Stroy" sp. z o.o. Aktobe, Kazachstan, działająca przez oddział w Polsce - „SP „Sine Midas Stroy" sp. z o.o. oddział w Polsce. Nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości.

KIO 204/24

Odwołujący II zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1-3 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, art. 223 ust. 1 Pzp, art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp mające wpływ na wynik postępowania przez odrzucenie jawiącej się jako najkorzystniejsza swej oferty, podczas gdy oferta ta nie podlegała odrzuceniu, bowiem jej treść nie była niezgodna z warunkami zamówienia w myśl art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, ponieważ:

jego odpowiedzi nie dotyczyły treści oferty w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, a w szczególności nie stanowiły wyjaśnień treści oferty w rozumieniu art. 223 ust. 1 Pzp, zatem nie mogły prowadzić do uznania niezgodności tej treści z warunkami zamówienia, bowiem zgodnie z pkt 12 formularza ofertowego, stanowiącego załącznik do Tomu I SWZ (IDW), wykonawcy zobowiązują się do zawarcia umowy na zasadach zgodnych z SWZ

(12. OŚWIADCZAMY, że zapoznaliśmy się z Warunkami Kontraktu, określonymi w SWZ i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą, na warunkach określonych w SWZ, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego), a więc także wykonania przedmiotu zamówienia zgodnego z SWZ (warunkami zamówienia), co jest wyłączną treścią ich oferty jako oświadczenia woli składanego w terminie składania ofert potwierdzającego zgodność z warunkami zamówienia, tym samym na podstawie odpowiedzi na pytania Zamawiającego, udzielonych po złożeniu oferty, a które nie dotyczą treści oferty, a zatem nie stanowią wykładni autentycznej treści oferty jako oświadczenia woli wykonawcy, a jedynie niewiążące założenia projektowe do wyceny, które w żaden sposób nie zostały ujawnione przed składaniem ofert w formie oświadczenia woli, nie można stwierdzić, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu; ewentualnie

nawet gdyby przyjąć, że jego odpowiedzi:

- z dnia 2 sierpnia 2023 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 lipca 2023 r. w zakresie przedłożenia ujętych w cenie Oferty obiektów inżynierskich, z określeniem lokalizacji obiektu, typu obiektu (wiadukt, most, przejście dolne dla średnich zwierząt itp.), klasy obciążenia, wskazanie długości obiektu, szerokości i rodzaju, konstrukcji oraz sposobu posadowienia obiektu.[…]";

- z dnia 21 sierpnia 2023 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 10 sierpnia 2023 r. w przedmiocie dodatkowych pytań w zakresie posadowienia obiektów inżynierskich;

- z dnia 8 września 2023 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 1 września 2023 r. w przedmiocie udzielenia przez niego dodatkowych wyjaśnień m.in. w zakresie posadowienia mostu na rzece Łopuszance (obiekt nr 16 – wg Tabeli nr 1);

- z dnia 14 września 2023 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 września 2023 r. w przedmiocie o uzupełnienie przekazanego przekroju podłużnego obiektu nr 16, w km 12+107 o dane takie jak:

- poziom wody normalnej (w metrach n.p.m.),

- poziom wielkiej wody (w metrach n.p.m.),

- poziom wielkiej wody spiętrzonej (w metrach n.p.m.),

- poziom góry fundamentu podpór i ław przyczółków (w metrach n.p.m.),

- poziom spodu fundamentu podpór i ław przyczółków (w metrach n.p.m.),

- sposób posadowienia podpór i przyczółków.

stanowią wyjaśnienia treści oferty w rozumieniu art. 223 ust. 1 Pzp (czemu Odwołujący II stanowczo przeczył, brak było sprzeczności przedstawionych przez niego założeń projektowych z warunkami zamówienia w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Z jego odpowiedzi dotyczących założeń do wyceny nie wynika bowiem, że w założeniach

projektowych do wyceny założył on sprzecznie z punktem 1.2.16.2.5a PFU, iż dokona posadowienia bezpośredniego podpór mostów zlokalizowanych na terenie pokrytym wodą przy przepływie miarodajnym.

2. 16 pkt 1-3 Pzp, art. 239 ust. 1 i 2 Pzp, art. 242 ust. 1 pkt 1 Pzp przez naruszające zasady

uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz proporcjonalności badanie i ocenę ofert oraz wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Mostostal Warszawa S.A. i odrzucenie jawiącej się jako najkorzystniejsza w zakresie ceny swej oferty, podczas gdy za najkorzystniejszą należało uznać niepodlegającą odrzuceniu jego ofertę.

Odwołujący II wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności Zamawiającego w postaci:

a) wyboru oferty najkorzystniejszej,

b) odrzucenia swej oferty,

2) przeprowadzenia ponownie badania i oceny ofert oraz pominięcia przy badaniu i ocenie ofert pytań i odpowiedzi w zakresie, w jakim nie dotyczą one treści złożonej przez niego oferty, tj. w zakresie, w jakim wskazano w zarzutach na brak związku z treścią oferty, skutkującym jej odrzuceniem

ewentualnie przeprowadzenia ponownie badania i oceny ofert

W uzasadnieniu odwołania odwołujący II wskazał, że wada czynności Zamawiającego w zakresie niezgodnego z przepisami PZP odrzucenia jego oferty i wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy wynika z oparcia się na jego odpowiedziach na pytania, które nie dotyczą treści oferty. Zdaniem odwołującego II Zamawiający wywiódł z tych odpowiedzi w sposób niezgodny z Pzp, że dotyczą treści oferty i świadczą o jej niezgodności z warunkami SWZ.

Według odwołującego II wynika to z faktu, że odpowiedzi na pytania, które mają świadczyć o rzekomej niezgodności treści oferty z SWZ, w istocie nie dotyczą treści oferty wykonawcy, a niewiążących założeń projektowych na cele oszacowania wartości zamówienia, które nigdy nie zostały przed terminem składania ofert uzewnętrznione wobec Zamawiającego. Nie mogą więc w żaden sposób stanowić oświadczenia woli wykonawcy w przedmiocie oferty, ani nie są też jego wykładnią autentyczną. Wykonawca bowiem zgodnie z pkt 12 formularza ofertowego składa jasne i klarowne oświadczenie woli, że zawrze umowę na zasadach zgodnych z SWZ, a więc tym samym jego zobowiązanie odpowiada SWZ, w szczególności w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z PFU. Tak złożone

oświadczenie nie budzi żadnych wątpliwości co do jego treści. Jeśli zaś Zamawiający ma wątpliwość co do tego, co oznacza wykonać przedmiot umowy zgodnie z SWZ, to nie stanowi to o niejasności treści oświadczenia woli wykonawcy w przedmiocie oferty, lecz o tym, iż SWZ, zwłaszcza PFU narusza treść art. 99 ust. 1 Pzp. Przepis ten nakazuje bowiem, by opisywać przedmiot zamówienia „w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty".

Odwołujący II argumentował, że nie kwestionuje zgodności z Pzp czynności zadania przez Zamawiającego pytań, a jedynie wskazuje, iż udzielone odpowiedzi nie mogły prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt Pzp z powodu niezgodności oferty z warunkami zamówienia, albowiem pytania te nie dotyczyły treści oferty. W szczególności nie stanowiły wyjaśnień treści oferty w rozumieniu art. 223 ust. 1 PZP, które mogłyby prowadzić do uznania niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Oferta nie zawiera żadnych niejasności, bowiem zobowiązanie do zawarcia umowy zgodnie z SWZ, a więc w tym wykonania przedmiotu umowy zgodnie z PFU jest jasne i klarowne, tym samym nie wymaga wyjaśnienia. Argumentował, że złożył ofertę na wykonanie odcinka drogi ekspresowej zgodnie z SWZ, nie zaś na wykonanie odcinka drogi ekspresowej z obiektem nr 16 na posadowieniu pośrednim lub na posadowieniu bezpośrednim o sposobie uregulowania cieku zgodnym z Koncepcją Programową i pod warunkiem, że warunki gruntowe pod podporą nr 5 są takie same jak pod podporą nr 4.

Co do zarzutu braku niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia z uwagi na brak związku pytań zamawiającego z treścią oferty Odwołujący II podkreślił w pierwszej kolejności, iż zgodnie z pkt 12 formularza ofertowego przygotowanego przez Zamawiającego i stanowiącego załącznik do Tomu I SWZ (Instrukcja dla Wykonawców – IDW) wykonawcy składają następujące oświadczenie:

> (1 2. OŚWIADCZAMY, że zapoznaliśmy się z Warunkami Kontraktu, określonymi w SWZ i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą, na warunkach określonych w SWZ, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego).

Zdaniem odwołującego II, powyższe oświadczenie w sposób jasny i klarowny potwierdza zgodność oferowanego świadczenia z SWZ, bowiem wskazuje, że umowa zostanie zawarta zgodnie z ofertą i na warunkach określonych w SWZ. Jako że formularz ofertowy w żaden sposób nie precyzuje dodatkowo przedmiotu świadczenia wykonawcy, a jedynie określa cenę (essentialia negoti) i pozacenowe kryteria oceny ofert. Wyłącznie wiążący do identyfikacji zaoferowanego świadczenia – które ma zostać opłacone przez Zamawiającego charakter - ma treść SWZ. Wykonawca zgodnie z formularzem ofertowym

po prostu oferuje przedmiot zamówienia zgodny z SWZ i tym samym w świetle tego oświadczenia nie można powiedzieć, że został zaoferowany przedmiot niezgodny z SWZ. Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający nieprzypadkowo stosuje tak lakoniczny w swej treści formularz ofertowy, albowiem zapewnia mu to klarowność i porównywalność ofert wykonawców oraz przerzuca na wykonawców zdecydowanie większe ryzyko, niż miałoby to miejsce, gdyby oferta precyzowała na przykład choćby wstępny projekt obiektów inżynierskich czy przebieg niwelety.

Odwołujący II argumentował, że podstawą odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP jest wyłącznie niezgodność jej treści z warunkami zamówienia. Treść oferty stanowi uzewnętrznione w formularzu ofertowym oświadczenie woli. W kontekście przedstawionego wyżej pkt 12 formularza ofertowego oświadczenie woli wykonawcy nie zawiera niejasności i nie ulega wątpliwości, że wykonawca na jego mocy oferuje przedmiot zamówienia zgodny z SWZ. Tak brzmiące oświadczenie woli w szczególności nie wymaga wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, stanowiących wykładnię autentyczną oświadczenia woli, albowiem nie zawiera niejasności. „Wyjaśnienia" wymaga mianowicie tylko to, co „niejasne". W oświadczeniu o zawarciu umowy na zasadach zgodnych z SWZ niejasne może być wyłącznie rozumienie poszczególnych zapisów SWZ, ale ta niejasność obciąża Zamawiającego na podstawie art. 99 ust. 1 Pzp. Zdaniem odwołującego II fakt zadania tożsamych lub zbliżonych pytań kilku wykonawcom świadczy jedynie, iż (nieistniejący w rzeczywistości) problem ze zrozumieniem SWZ co najwyżej stanowi wadę dokumentacji.

Odwołujący II argumentował, że przedmiot zamówienia typu „zaprojektuj i wybuduj" zgodnie z art. 103 ust. 2 Pzp nie istnieje w dacie jego oferowania. Ma on zostać dopiero zaprojektowany i wybudowany dokładnie na podstawie SWZ, a konkretnie Programu Funkcjonalno-Użytkowego stanowiącego opis przedmiotu zamówienia, formułujący warunki brzegowe projektowania. W tym zakresie przedmiot zamówienia różni się istotnie chociażby od dostawy, gdzie oferowany produkt jest produkowany seryjnie wedle określonych parametrów, a nie pod szczególne zamówienie zamawiającego, a tym samym te parametry mogą się okazać niezgodne z PFU. Jeśli zatem wykonawca oświadcza wprost, że jego świadczenie będzie zgodne z SWZ, to nie można przyjąć, że jego oferta jest niezgodna z SWZ i podlega

odrzuceniu.

Odwołujący II argumentował, że kontrakt typu „Zaprojektuj i wybuduj" immanentnie w ramach PFU przyznaje wykonawcy określony zakres swobody projektowej, która umożliwia optymalizację kosztową projektu i umożliwia konkurencję zaoferowaną ceną. Jednocześnie swoboda projektowa zabezpiecza zamawiającego przed dopłatą wynagrodzenia wykonawcy, a wykonawca musi mieć świadomość, że w ramach swobody projektowej nie należy mu się dodatkowe wynagrodzenie. Typowym przykładem optymalizacji projektu jest ukształtowanie

przez wykonawcy niwelety drogi ekspresowej, w zakresie której ma on swobodę projektową. Stąd też przebieg niwelety w postępowaniu jak niniejsze nie jest wiążący – wiążące pozostaje jedynie punkt dowiązania do sąsiednich odcinków.

Odwołujący II argumentował, że celem racjonalnej wyceny oferty wykonawca musi przyjąć określone założenia projektowe, w tym m. in. przebieg niwelety wraz z obiektami inżynierskimi, czy sposób wzmocnienia podłoża, ale nie oznacza to, że są one w jakikolwiek sposób wiążące wobec faktu, że nie stanowią treści jego oferty jako oświadczenia woli. Mają one charakter wewnętrzny, nie podlegają uzewnętrznieniu, ani zakomunikowaniu zamawiającemu przed terminem składania ofert w jakikolwiek sposób. Nie mogą zatem stanowić treści oferty wykonawcy, ani nawet jej wyjaśnień jako wykładni autentycznej zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp. Wykonawca bowiem zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia nie zgodnie z przyjętymi przez siebie, wewnętrznymi założeniami do wyceny, ale zgodnie z zakresem przyznanej mu w PFU swobody projektowej, co chroni zarówno wykonawcę z uwagi na możliwość optymalizacji kosztowej, jak i zamawiającego z uwagi na brak potrzeby dopłaty wynagrodzenia wykonawcy w ramach swobody projektowej. Przyjęte założenia projektowe wykonawcy stanowią jego ryzyko, że może dojść do konieczności zastosowania innych rozwiązań w ramach swobody projektowej wyznaczonej granicami PFU. Z tego względu wykonawcy do podstawowej wyceny oferty doliczają sobie tzw. premię za ryzyko, tym większą, im większa niepewność co do określonych rozwiązań projektowych. Ta premia jest w istocie rezerwą na wypadek, gdyby określone założenia do wyceny okazały się błędne lub niewykonalne – bowiem błędność tych założeń nie ma wpływu na skuteczność i ważność złożonej oferty. Przyjęcie założeń projektowych jest konieczne, gdyż bez nich nie sposób byłoby wycenić ofertę, nie oznacza to jednak, że wykonawca ma de facto zaprojektować na potrzeby wyceny obiekt w najdrobniejszych szczegółach, z uwzględnieniem wszystkich zapisów PFU. Nie jest to możliwe choćby dlatego, że na etapie PFU niepełne jest rozpoznanie geologiczne z uwagi na brak dostępu Zamawiającego przed uzyskaniem decyzji ZRID do terenu budowy. Można zatem stwierdzić z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, że obiekt, który wycenia wykonawca na podstawie PFU do oferty nie jest tym obiektem, który ostatecznie zaprojektuje i wykona, choć niewątpliwie jest do niego zbliżony. Czy to świadczy o niezgodności oferowanego przedmiotu z SWZ? Oczywiście że nie, gdyż przyjęte założenia projektowe nie mają żadnego związku z treścią oferty, a w szczególności nie stanowią wyjaśnień jej treści, która jest krótka, jasna i klarowna – tak jak chciał to osiągnąć Zamawiający.

Odwołujący II podkreślał, że przedmiotowe pytania są elementem szerszej, wieloletniej i niezgodnej z PZP praktyki GDDKiA odrzucania prawidłowych ofert wykonawców na podstawie ich rzekomej niezgodności z SWZ w kontekście odpowiedzi na pytania o niewiążące założenia projektowe do wyceny oferty. Odwołujący II wskazał, że założenia

projektowe do wyceny oferty nie stanowią żadnego innego dokumentu, ani oświadczenia składanego przez wykonawcę, na jakiej zatem podstawie miałby zamawiający żądać ich wyjaśnień? Wskazywał, że oświadczenie o zawarciu umowy na warunkach SWZ stanowi treść formularza ofertowego, a nie jakiegokolwiek innego dokumentu, czy oświadczenia. Wprost jest zatem ofertą (treścią oferty). Odwołujący II argumentował, że wykonawca, wyceniając ofertę, dokonuje pewnych przybliżeń i niewiążących założeń projektowych, które jednak mogą się okazać nieprzydatne na etapie rzeczywistego projektowania i budowy obiektu. Odwołujący II podkreślał, że wykonawca na etapie wyceny oferty nie ma obowiązku de facto zaprojektować przedmiotu zamówienia w najdrobniejszych szczegółach tak, by uwzględnić wszystkie wymagania PFU. Z natury rzeczy wykonawca dokonuje założeń i przybliżeń w tym zakresie, nie tworząc wszak projektu budowlanego, na którego wykonanie zwykle ma ok. rok czasu.

Odwołujący II argumentował, że jednocześnie wykonawca z tego względu zakłada w wycenie określoną premię za ryzyko, mając świadomość, że jego założenia mogą się okazać pod pewnymi względami nietrafne, w szczególności wobec bardziej szczegółowego rozpoznania geologicznego. Póki zaś oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, należy uznać, że jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za podaną cenę, nawet jeśli wykonawca dokonał nazbyt optymistycznych założeń projektowych, które następnie musiał zrewidować. Co istotne, na mocy pkt 12 formularza ofertowego w sposób bezsprzeczny zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia na zasadach zgodnych z SWZ, w tym PFU, a Zamawiający ma to prawo wyegzekwować, sam lub za pośrednictwem fachowego konsultanta – Inżyniera na mocy warunków kontraktowych FIDIC.

Odwołujący II, z ostrożności procesowej, na wypadek uznania przez Izbę, że jego odpowiedzi na pytania dotyczyły treści oferty (czemu odwołujący II zaprzeczał), a tym samym mogły być podstawą odrzucenia oferty z powodu niezgodności z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, podniósł, iż taka niezgodność nie miała miejsca w zakresie żadnego zarzutu Zamawiającego. Odwołujący II argumentował, że treść oferty jest zobowiązaniem strony, jakiekolwiek inne informacje: „związane z ofertę", „dotyczące, koncepcji, analiz, itp.", „stopnia gotowości wykonawcy", „założenia prowadzące do złożenia oferty" w oczywisty sposób nie są jej treścią. Co innego treść oferty, co innego weryfikacja ofert i ustalenie stopnia gotowości, co innego podstawowe założenia koncepcyjne, co innego możliwość uznania oferty za spełniającą wymogi SWZ, co innego koncepcje analizy i ryzyka wiążące się z realizacją przedmiotu zamówienia. Próbując nieco dopasować charakter założeń, koncepcji i innych wskazanych wyżej określeń do treści czynności prawnych, można się odwołać do instytucji reservatio mentalis, czyli wewnętrznych zastrzeżeń. Polega ona na tym, iż składający oświadczenie dokonuje

czynności prawnej w oparciu o wewnętrzne zastrzeżenia – zamiar wykonania czynności w określony sposób – tutaj

zgodnie z koncepcjami a nie złożonym w treści oferty oświadczeniem. Zdaniem odwołującego II takie wewnętrzne zastrzeżenie nie ma żadnego wpływu na ważność i treść czynności. Stąd też poznanie odpowiedzi na pytania w żaden sposób nie pozostaje w związku z treścią zobowiązania, a więc treścią oferty.

Odwołujący II wskazał, że Zamawiający uznał, że przyjęte przez Wykonawcę bezpośrednie posadowienie mostu na rzece Łopuszance jest jednoznacznie sprzeczne z PFU. Zamawiający twierdził, że przyjęte do wyceny rozwiązanie projektowe Wykonawcy w zakresie posadowienia bezpośredniego jest sprzeczne z pkt 2.1.16.2.5a) – Posadowienie wymagania szczególne PFU. Zgodnie z tym punktem „podpory mostów, zlokalizowane na terenie pokrytym wodą przy przepływie miarodajnym, powinny być posadowione na fundamentach pośrednich. Dno cieku wokół fundamentu podpory powinno być umocnione (np. materacem faszynowo-kamiennym) w sposób odpowiedni do przewidywanego

zagrożenia". Wobec tego Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty stwierdza, iż: „Podkreślić należy, że dla obiektu (mostowego) nr 16, Konsorcjum GAP do Oferty przyjęło rozwiązania projektowe w których podpory tj.:

- podpora nr 1 posadowiona została na rzędnej 188,81 m n.p.m.,
- podpora nr 2 posadowiona została na rzędnej 188,86 m n.p.m.,
- podpora nr 3 posadowiona została na rzędnej 188,32 m n.p.m.,
- podpora nr 4 posadowiona została na rzędnej 187,66 m n.p.m.,
- podpora nr 5 posadowiona została na rzędnej 187,16 m n.p.m.,
- podpora nr 6 posadowiona została na rzędnej 186,94 m n.p.m.,

znajdują się na terenie pokrytym wodą przy przepływie miarodajnym (rzędna wody miarodajnej tj. poziom wielkiej wody wynosi: 190,21 m n.p.m.), nie zostały posadowione na fundamentach pośrednich - co jest niezgodne z ww. wymaganiami Zamawiającego".

Zdaniem odwołującego II, wskazywana przez Zamawiającego sprzeczność ma charakter pozorny, bowiem (i) w SWZ brak jest wiążącego wskazania poziomu wody miarodajnej, (ii) Wykonawca podał własny poziom wody miarodajnej jedynie przybliżony, co też zastrzegł w odpowiedzi z 14 września 2023 r. i tylko dla rozwiązania z KP, (iii) Wykonawca na tym etapie postępowania jedynie wyceniał ofertę i pokazał na jednoznaczne pytanie przekrój obiektu (nie gruntu pod obiektem i cieków), który przyjął do wyceny – a przyjął po prostu rozwiązanie najdroższe.

Odwołujący II podniósł, że poziom wody miarodajnej, został przyjęty przez niego w sposób szacunkowy, a zatem nie ma charakteru ostatecznego, ani wiążącego - nie można zatem przyjąć, iż teren, na którym zlokalizowano podpory będzie pokryty wodą, tym bardziej

iż zależy to tak od ostatecznego ukształtowania terenu, który podczas budowy będzie w całości podlegał zmianom z powodu prowadzenia robót ziemnych i fundamentowych jak od rozwiązania koryta – te kwestie nigdy nie pytał Zamawiający.

Zdaniem odwołującego II, w postanowieniach SWZ nie sposób doszukać się określenia bezpośredniego czy nawet pośredniego poziomu wody miarodajnej. Odczytując dane z KP oraz przedstawionego szkicu, który Wykonawca załączył do odpowiedzi z 14 września 2023 r., dane kształtują się następująco:

	wg niewiążącej Koncepcji Programowej	Szacunki projektanta dla koryta istniejącego	Szacunki projektanta dla koryta poszerzonego
Q 0,3% spiętrzone	190,29	190,25	nie określono
Q 0,3%	190,23	190,21	189,91
Q 0,5%	nie określono	nie określono	189,60
SSQ	188,87	188,87	188,66

Odwołujący II wskazał, że ostatnia pozycja, to jest obliczenia dla koryta poszerzonego, dotyczą jednego z wariantów analizowanych podczas wyceny, w którym koryto uległoby poszerzeniu, zapewniając zatrzymanie wody w jego granicach, bez ingerowania w inne parametry gruntu.

Zdaniem odwołującego II Zamawiający zdawał sobie sprawę z braku wiążącego określenia parametrów wody miarodajnej, co wynika wręcz z samego pytania. W piśmie z dnia 12 września 2023 r. Zamawiający w pkt 3 b) zapytał Wykonawcę: „Jeżeli w przypadku przyjętego przez Wykonawcę do Oferty posadowienia bezpośredniego podpór i przyczółków obiektu Nr 16 w km 12+107 zajdzie konieczność zastosowania posadowienia pośredniego, czy w Ofercie uwzględniono ryzyko Wykonawcy ewentualnego zaprojektowania i wykonania posadowienia pośredniego podpór i przyczółków obiektu w km 12+107 i nie wpłynie to na Zaakceptowaną Kwotę Kontraktową i Czas na Ukończenie?".

Według odwołującego II Zamawiający zdawał sobie sprawę z dwóch faktów – poziom wody miarodajnej jest nieznany, a woda wg szacunkowych obliczeń zalewa grunt na jedynie na wysokość kilkudziesięciu centymetrów (podany poziom posadowienia fundamentów pozostaje właściwie bez znaczenia – jego wskazanie jest dla niego pewną manipulacją,

mającą pokazywać znaczniejsze, nieprawdziwe różnice wysokości). Dokładne pomiary podczas procesu projektowania, poziomy terenu przed i za przeszkodą mogą spowodować, że do zalania terenu nie dojdzie.

Odwołujący II wskazał, że w odpowiedzi na powyższe w piśmie z dnia 14 września 2023 r. potwierdził, że uwzględnił wszelkie tego typu ryzyka projektowe, a zatem także

ryzyko zmiany posadowienia z bezpośredniego na pośrednie, bowiem przyjęte rozwiązania nie mają charakteru ostatecznego z uwagi na brak wiążących danych o poziomach wody: „Jednocześnie wyjaśniamy, iż podane wartości stanowią dane szacunkowe, gdyż

szczegółowe informacje w ww. zakresie Wykonawca będzie posiadał po wykonaniu obliczeń hydrauliczno-hydrologicznych, wykonaniu operatów wodnoprawnych z uwzględnieniem obowiązujących przepisów oraz aktualnych poziomów wód miarodajnych, których wykonanie stanowi część przedmiotu umowy na wykonanie zamówienia publicznego i którymi Wykonawca na etapie kalkulacji ofertowej nie dysponuje.

Na przekazanym przekroju uzupełniono także poziomy fundamentów i posadowienia, które również będą wynikały z ostatecznych opracowań projektowych branży mostowej, wykonanych przez Wykonawcę po podpisaniu umowy i na jej podstawie. W związku z powyższym, prosimy o traktowanie ww. danych jako poglądowych i szacunkowych oraz przyjęcie że ostatecznie możliwe jest, że dane w ww. wykonanych opracowaniach projektowych mogą się różnić, gdyż przekazywane wcześniej jak i obecnie przekroje obiektu, mają charakter rysunków roboczych.

Brak obowiązku szczegółowych, gotowych rozwiązań na obecnym etapie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Tak zatem, brak jakiegokolwiek elementu na takim rysunku nie przesądza o jego nieuwzględnieniu przez Wykonawcę (zob. wyrok KIO 2587/22). Jest to wyłącznie kwestia ogólności (poglądowości) przedłożonych szkiców. Wykonanie szczegółowych rysunków i przekrojów, jako jeden z elementów zobowiązań kontraktowych (zakresu prac projektowych), zostanie przygotowane w opracowanej dokumentacji projektowej, w której rozwiązania zapewniać będą funkcjonalność i bezpieczeństwo użytkowania zgodne z SWZ, przepisami prawa, decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach i zasadami wiedzy technicznej. (…)

W odpowiedzi na powyższe pytanie w pierwszej kolejności wyjaśniamy, że Wykonawca dokonał interpretacji przekazanych przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania wszelkich istotnych danych dotyczących topografii Placu Budowy i warunków podpowierzchniowych, hydrologicznych, klimatycznych i środowiskowych na Placu Budowy tak aby uzyskać w zakresie praktycznie możliwym (biorąc pod uwagę koszt i czas), wszelkie konieczne informacje odnośnie ryzyk, nieprzewidzianych zagrożeń oraz innych okoliczności, które mogą wpływać na Ofertę lub Roboty.

Zaoferowana przez Wykonawcę Zaakceptowana Kwota Kontraktowa została oparta na danych, interpretacjach, niezbędnych informacjach, inspekcjach, badaniach i upewnieniu się, co do wszelkich odnośnych spraw w zakresie wymienionym powyżej.

Biorąc pod uwagę formułę niniejszego postępowania („zaprojektuj i zbuduj”) oraz charakter oferowanej ceny (ryczałtowy), Wykonawca uwzględnił w swojej ofercie różnego

rodzaju ryzyka w sytuacjach przewidzianych w tym zakresie w Warunkach Kontraktu (projektowane postanowienia umowy – Tom II SWZ)”.

Zdaniem odwołującego II brak wiążącego określenia poziomu wody miarodajnej powoduje brak możliwości uznania oferty za niezgodną z SWZ na podstawie jakichkolwiek wniosków wyciąganych przez Zamawiającego z takiej danej, co właściwie powinno kończyć rozważania odwołania, jednak z ostrożności przedstawił dalsze argumenty.

Odwołujący II wskazał również, że Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie -Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej, prowadzi na platformie ISOK (Informatyczny System Osłonny Kraju) zawierającej obowiązujące mapy terenów zagrożenia powodziowego (). W systemie tym brak jest danych dla cieku Łopuszanka – z powodu braku zagrożenia, które sprawia, między innymi na skutek swojej znikomej zupełnie objętości. Na załączonych do odpowiedzi szkicach ciek ma wymiary mniej więcej rowu melioracyjnego i taki jest jego rzeczywisty stan.

Zdaniem odwołującego II, zupełnie odrębny argument za niepoprawnością stanowiska Zamawiającego wynika z innego fragmentu PFU. W części informacyjnej zawarto punkt 3.1. Na liście aktów prawnych pod pozycją 138 znajduje się m.in. wytyczne WR-M-12 „Wytyczne obliczania świateł drogowych mostów i przepustów hydraulicznych”.

Odwołujący II wskazał, że w wytycznych WR-M-12 w punkcie 4.4 znajduje się postanowienie:

> 4.4 Wartości prawdopodobieństwa przewyższenia dla przepływów miarodajnych
>
> 1) w odniesieniu do mostów, wartość prawdopodobieństwa przewyższenia przepływów dla wszystkich klas drogi należy przyjmować równą 0,5%.

Odwołujący zwrócił uwagę, że tymczasem zamawiający wskazał: znajdują się na terenie pokrytym wodą przy przepływie miarodajnym (rzędna wody miarodajnej tj. poziom wielkiej wody wynosi: 190,21 m n.p.m.), nie zostały posadowione na fundamentach pośrednich - co jest niezgodne z ww. wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący II wskazał, że na załączniku do kwestionowanej odpowiedzi wskazano: 190.25*** - Q0.3% spiętrzone 190.21** - Q 0.3% 188.87* - SSQ

Odwołujący II wskazał, że innymi słowy, nie tylko z dokumentów zamówienia nie wynika dlaczego poziom wody miarodajnej należy przyjąć według wskaźnika prawdopodobieństwa Q 0.3%, ale z dokumentów wskazanych przez Zamawiającego wynika zasadność przyjęcia wskaźnika Q 0,5% co oznacza przyjęcie niższego poziomu przepływu.

Odwołujący II podniósł, że ani w z SWZ, ani w Koncepcji Programowej nie podano poziomu wody miarodajnej dla Q 0.5%, nie podał takiego parametru Wykonawca, stąd też

nie da się wskazać, że przy prawidłowo wskazanym poziomie przepływu miarodajnego teren będzie zalewany, a zatem nie można przesądzić, że należało zastosować posadowienie pośrednie – nawet gdyby poziom wody miarodajnej stanowił wiążącą daną SWZ.

Odwołujący II podniósł, że bez specjalistycznych analiz, które są przedmiotem zamówienia i dopiero zostaną wykonane na etapie realizacji umowy o zamówienie publiczne nie wiadomo, jaki będzie ostatecznie poziom wody miarodajnej. Z uwagi na powyższe, Wykonawca również nie jest aktualnie w stanie przesądzić, czy dla mostu na rzece Łopuszance będzie konieczne posadowienie pośrednie, czy bezpośrednie.

Odwołujący II podniósł, że w odniesieniu do przedstawionych przez siebie wartości poziomów wody w piśmie z dnia 14 września 2023 r. „podane wartości stanowią dane szacunkowe, gdyż szczegółowe informacje w ww. zakresie Wykonawca będzie posiadał po wykonaniu obliczeń hydrauliczno-hydrologicznych, wykonaniu operatów wodnoprawnych z uwzględnieniem obowiązujących przepisów oraz aktualnych poziomów wód miarodajnych, których wykonanie stanowi część przedmiotu umowy na wykonanie zamówienia publicznego i którymi Wykonawca na etapie kalkulacji ofertowej nie dysponuje", a zatem wyjaśnił w istocie, że na tym etapie nie jest możliwe wiążące i ostateczne określenie poziomów wody, w tym poziomu wody miarodajnej. Wykonawca nie ma obowiązku wykonać na potrzeby wyceny oferty badań i analiz, które ma wykonać w ramach Zaakceptowanej Ceny Kontraktowej. Zdaniem odwołującego II poziomy wody miarodajnej mogą się zmieniać w czasie i będzie należało bazować na danych aktualnych na dzień projektowania, wobec czego Wykonawca podkreślił w odniesieniu do przyjętego rozwiązania projektowego w zakresie posadowienia, że: „Na przekazanym przekroju uzupełniono także poziomy fundamentów i posadowienia, które również będą wynikały z ostatecznych opracowań projektowych branży mostowej, wykonanych przez Wykonawcę po podpisaniu umowy i na jej podstawie. W związku z powyższym, prosimy o traktowanie ww. danych jako poglądowych i szacunkowych oraz przyjęcie że ostatecznie możliwe jest, że dane w ww. wykonanych opracowaniach projektowych mogą się różnić, gdyż przekazywane wcześniej jak i obecnie przekroje obiektu, mają charakter rysunków roboczych.

Odwołujący II podniósł także, że poziom wody miarodajnej powyżej aktualnego poziomu terenu nie musi przy tym oznaczać, że teren przyległy do przedmiotowego obiektu będzie zalewany po zakończeniu prac budowlanych. Budowa obiektu inżynierskiego zawsze wiąże się z robotami ziemnymi, przemieszczaniem dużych mas ziemnych oraz niwelacjami terenu, które mogą skutkować podniesieniem poziomu terenu na mniejszym lub większym obszarze. Przy niewielkim poziomie zalewania szacowanym na ~20cm (zakładając poprawność przybliżonych obliczeń hydrologicznych oraz prawidłowe wysokościowe odwzorowanie terenu w udostępnionych materiałach poglądowych) nieznaczne ewentualne podniesienie poziomu terenu (jeden z wycenianych wariantów) sprawi, że teren ten nie

zostanie przykryty wodą przy przepływie miarodajnym. „Wykonawca zastrzegł przy tym, iż „Brak obowiązku szczegółowych, gotowych rozwiązań na obecnym etapie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Tak zatem, brak jakiegokolwiek elementu na takim rysunku nie przesądza o jego nieuwzględnieniu przez Wykonawcę (zob. wyrok KIO 2587/22). Jest to wyłącznie kwestia ogólności (poglądowości) przedłożonych szkiców."

Odwołujący II wskazał, że w zakresie pytań dotyczących Mostu na rzece Łopuszance zadanych Zamawiającemu na etapie przygotowania ofert, na pytanie 664: „Prosimy o potwierdzenie, że w przypadku cieków nie zespolonych z przejściami dla zwierząt możliwa jest przebudowa i regulacja cieków" Zamawiający odpowiedział: „Zamawiający wyjaśnia, że przebudowa i regulacja cieków powinna być uwzględniona w raporcie do ponownej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko". Zdaniem odwołującego II skoro PFU wedle wyjaśnień Zamawiającego dopuszcza przebudowę i regulację cieków, to nie sposób jest obliczyć poziomu wody miarodajnej na podstawie wyłącznie naturalnego koryta rzeki przedstawionego w Koncepcji Programowej i odwzorowanego w propozycji projektowej wykonawcy. Z powodu braku takiego wymogu ze strony Zamawiającego, rysunek nie przedstawiał rozważanych wariantów, tak aspektu potencjalnej ingerencji w koryto cieku, czy też podwyższenia poziomu terenu, a jedynie przedstawiał przebieg obiektu mostowego.

Odwołujący II podkreślał dodatkowo, że również decyzja Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Lublinie z dnia 8 kwietnia 2016 r. znak: WOOŚ.4200.1.2011.LP o środowiskowych uwarunkowaniach przewiduje wprost, że w ramach umocnienia i regulacji w korytach rzek i cieków należy przeprowadzić ponowną ocenę oddziaływania na środowisko (str. 12, pkt V.6 „[Stwierdzam konieczność przeprowadzenia oceny oddziaływania ….] Uszczegółowienia informacji dotyczących […] zakresu koniecznych prac umocnieniowych i regulacyjnych w korytach rzek i cieków). Zdaniem odwołującego II wszystko to pokazuje ewidentnie, że na tym etapie nie da się określić bez specjalistycznych obliczeń hydrologicznych, jaki będzie poziom wody miarodajny, jaki będzie przebieg koryta w wyniku jego regulacji i jak w związku z tym powinny być posadowione poszczególne podpory mostu na Łopuszance. Odwołujący II podkreślał również, że koryto rzeki w stanie naturalnym ulega ciągłym zmianom, zatem kształt koryta dnia z etapu Koncepcji Programowej może być obecnie nieaktualny na dzień rozpoczęcia wykonywania umowy. Tym bardziej oznacza to, że podany przez Wykonawcę poziom wody miarodajnej ma jedynie charakter orientacyjny, szacunkowy.

Odwołujący II argumentował, że analogicznie, z odpowiedzi na pytanie nr 445 ewidentnie wynika, że Zamawiający ma pełną świadomość, że szczegółowe parametry obiektów będą dopiero ustalane na etapie projektowania i jest to ryzyko wykonawcy w kontekście przepuszczania tzw. wielkich wód. Wykonawca zapytał: „Dla estakady

zlokalizowanej w km. 12+107 (nad rzeką Łopuszanką), zapisy DŚU nakazują wykonanie obiektu o długości wynoszącej 465 m. Przyjęta długość jest niezasadna z uwagi na uwarunkowania terenowe. Dolina rzeki Łopuszanki w miejscu jej przekroczenia drogą ekspresową wynosi ok. 260 m. Wykonywanie dłuższego obiektu będzie generowało wykonanie wykopów w celu sztucznego, lokalnego poszerzania dolny. Jest to zabieg niekorzystny dla otaczającego środowiska. Prosimy o jednoznaczne stanowisko Zamawiającego czy dopuszcza skrócenie estakady w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko".

Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z punktem V. DŚU ponowna ocena oddziaływania na środowisko powinna m.in. uwzględnić uszczegółowienie informacji dotyczących lokalizacji i charakterystyki obiektów mostowych z uwzględnieniem aspektu zapewnienia przepuszczenia wielkich wód. Jednocześnie w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko należy wykonać weryfikację i uszczegółowienie lokalizacji, rodzaju i parametrów przejść dla zwierząt.

Ponieważ inwestycja będzie prowadzona w systemie "Projektuj i Buduj", do obowiązków Wykonawcy należy opracowanie dokumentacji projektowej i uzyskanie wszelkich wymaganych warunków, opinii, uzgodnień i decyzji oraz przyjęcie rozwiązań zapewniających funkcjonalność i bezpieczeństwo użytkowania zgodnie z SIWZ, przepisami praw, obowiązującymi normami technicznymi w tym zakresie oraz wiedza ekspercką. Zaprojektowane przez Wykonawcę rozwiązania powinny zostać przedstawione w raporcie do ponownej oceny oddziaływania na środowisko i zatwierdzone Postanowieniem RDOŚ na etapie postępowania w sprawie ponownej oceny oddziaływania na środowisko. Dodatkowo Zamawiający informuje, że zgodnie z zapisami SP 10.30.10 Raport o oddziaływaniu na środowisko powinien być oparty na przeprowadzonej inwentaryzacji przyrodniczej obszaru inwestycji, a zaproponowane rozwiązania powinny być następstwem wyników tej inwentaryzacji".

Odwołujący II podniósł, że do celów oferty musiał jednak założyć do wyceny jeden z tych rodzajów posadowienia. W przedmiotowym przypadku założone przez niego ostrożnościowo rozwiązanie projektowe w postaci posadowienia bezpośredniego w postaci wzmocnienia gruntu kolumnami DSM 800 jest rozwiązaniem droższym zgodnie z pozyskanymi z rynku ofertami, niż posadowienie pośrednie na palach CFA 600. Oznacza to, że oferta nie jest w żadnej mierze niedoszacowana z uwagi na przyjęcie rozwiązania bezpośredniego.

	wzmocnienie gruntu DSM 800	pale CFA 600
długość [m]	9 460	4 400
koszt jednostkowy [zł/mb]	250	420

I wartość [zł]

] ~ 2 400 000

] ~ 1 850 000

Odwołujący II argumentował, że pozyskana na etapie przygotowywania odwołania nowa oferta ową różnicę zmniejsza z powodu wyższego kosztu pali CFA co świadczy o tym, jak bardzo założenia do wyceny zmieniają się w czasie, a ostateczne rozwiązanie powstaje na etapie projektowania, gdzie Zamawiający nie dopuści rozwiązania niezgodnego z PFU, nie zatwierdzając projektu.

	wzmocnienie gruntu DSM 800	pale CFA 600
długość [m]	9 460	4 400
koszt jednostkowy [zł/mb]	250	460
wartość [zł]	~ 2 400 000	~ 2 025 000

Odwołujący II podniósł, że podpory „nie znajdują się na terenie pokrytym wodą przy przepływie miarodajnym", a jedynie potencjalnie znalazłyby się na tym terenie, gdyby przyjęte przez niego na etapie wyceny szacunkowe, przybliżone wartości okazały się na tyle trafne, że w istocie taka zależność by miała miejsce. Na chwilę obecną, bez specjalistycznych wyliczeń, których wykonawca nie ma obowiązku wykonywać na etapie wyceny, gdyż stanowią przedmiot zamówienia, za który ma otrzymać wynagrodzenie, nie da się powyższej zależności potwierdzić, ani wykluczyć. Zdaniem odwołującego II skoro tak, to ani Zamawiający, ani Wykonawca nie ma też możliwości przesądzenia, czy w danym miejscu będzie konieczność posadowienia pośredniego, czy też w ramach swobody projektowej Wykonawca będzie mógł zadecydować, czy zastosuje posadowienie pośrednie, czy bezpośrednie. Sprzeczność z zapisami PFU nie tylko nie ma więc charakteru jednoznacznego, ale czysto teoretyczny i pozorny, a Wykonawca zaprezentował Zamawiającemu w sytuacji dwuznacznej rozwiązanie droższe, ale które może mieć inne zalety na etapie wykonania czy eksploatacji – na przykład krótszy czas realizacji obiektu.

Odwołujący II wskazał, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia skutkująca odrzuceniem oferty na podstawie art.

226 ust. 1 pkt 5 Pzp musi być jednoznaczna.

Odwołujący II podniósł, że biorąc pod uwagę znaną mu, częstą argumentację Zamawiającego, z najdalej posuniętej ostrożności (brak takiego zarzutu w uzasadnieniu czynności Zamawiającego) podkreśla, że zna postanowienia PFU. Jak wynika z Tabeli nr 1 do załącznika nr 4 do odpowiedzi z dnia 2 sierpnia 2023 r. w dwóch innych przypadkach – pozycja 4 i 17 (oznaczanie obiektu MS oznaczające most) – Wykonawca przyjął posadowienie pośrednie – z jego oceny wynikało, że możliwość posadowienia bezpośredniego jest zupełnie iluzoryczna w przypadku obiektu nr 4 i nieistniejąca w przypadku obiektu nr 17.

Odwołujący II wskazał, że na etapie przetargu wykonawca nie ma obowiązku wykonywać specjalistycznych analiz, które będą dopiero przedmiotem zamówienia, celem ostatecznego przesądzenia takich parametrów jak poziom wody miarodajnej. Uważał, że per analogiam można tu zastosować bogate orzecznictwo na gruncie art. 651 Kodeksu cywilnego w zakresie braku obowiązku wykonawcy weryfikacji na etapie przetargu projektu zamawiającego pod kątem jego błędów na podstawie wykonania specjalistycznych analiz.

Zdaniem odwołującego II, w kontekście powyższych zarzutów, uznać należy, iż proces oceny i badania ofert przebiegł nieprawidłowo i doszło do odrzucenia oferty z najniższą ceną, która nie powinna podlegać odrzuceniu. Tym samym proces wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 239 ust. 1 i 2 Pzp był nieprawidłowy, bowiem nie uwzględniał wszystkich ofert, które należało uwzględnić przy wyborze. Tym samym czynności odrzucenia jego oferty, jak i wybór najkorzystniejszej oferty winny zostać unieważnione przez Zamawiającego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 204/24, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 204/24 po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 204/24 po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Budimex S.A. w Warszawie. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowych postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego II, załączniki do pism procesowych stron i uczestników, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia,

stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

<u>KIO 202/24</u>

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Art. 108 ust. 1 Pzp stanowi, że Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:

5) jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie;

Art. 109 ust. 1 Pzp stanowi, że Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

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

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Art. 119 Pzp stanowi, że Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub

ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

Art. 226 ust. 1 Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Ustalono, że zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski – Hrebenne", odcinek nr 3: węzeł „Krasnystaw Północ" („Krasnystaw I") wraz z węzłem – węzeł „Izbica" („Tarzymiechy") wraz z węzłem".

Ustalono, że w SWZ zamawiający przewidział min.:

8.2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

8.2.4. zdolności technicznej lub zawodowej:

1. dotyczącej Wykonawcy:

Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej:

a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 200 000 000 PLN netto,

b) budowy lub przebudowy 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I,

c) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 300 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu.

d) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m.

9.1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawcę, w stosunku do którego zachodzi którakolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp.

9.2. Dodatkowo Zamawiający wykluczy Wykonawcę:

5) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub

rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

10.4. Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

10.5. Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca, o którym mowa w pkt. 10.4. IDW zobowiązany jest do złożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt. 10.6., 10.7., 10.8. IDW.

10.6. W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia

Wykonawca składa:

f) oświadczenie Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, o których mowa w:

- art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczących zawarcia z innymi Wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji,

- art. 109 ust. 1 pkt 5-10 ustawy Pzp;

11.1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostepniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych, z zastrzeżeniem postanowień pkt. 6.5. IDW.

11.5. Zamawiający ocenia, czy udostępniane Wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności

technicznej lub zawodowej, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem Wykonawcy.

11.9. Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia oświadczenie, o którym mowa w pkt. 10.2. IDW podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby.

11.10. Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp, zobowiązany jest do przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt. 10.6. lit. a) oraz c)-g) IDW

potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy do wykluczenia z postępowania. Do podmiotów udostępniających zasoby stosuje się odpowiednio

postanowienia pkt. 10.7.1. - 10.7.3. IDW.

(por. SWZ, w aktach postępowania, w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że termin składania ofert upłynął w dniu 6 czerwca 2023 r. Do upływu terminu składania ofert swą ofertę zamawiającemu złożył m.in. wykonawca Mostostal Warszawa S.A.

(por. informacja z otwarcia ofert, w aktach postępowania, w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Następnie ustalono, że do swej oferty wykonawca Mostostal Warszawa S.A. załączył dokument JEDZ. W formularzu JEDZ wykonawca Mostostal w ramach Części II: Informacje dotyczące wykonawcy, lit. C Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów oświadczył, że będzie polegał na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów i zasad kwalifikacji.

Ustalono także, że wykonawca Mostostal Warszawa S.A. załączył do złożonej przez siebie oferty Zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia podpisane przez Acciona Construcción S.A., w dniu 30 maja 2023 r. Zgodnie z zobowiązaniem, podmiot ten udostępnił wykonawcy Mostostal Warszawa swój zasób w postaci wiedzy i doświadczenia celem wykazania spełniania warunku określonego w pkt. 8 SWZ „Warunki udziału w postępowaniu", pkt 8.2.4 ppkt 1 lit.c) TOM I SWZ. Oświadczył tez, że jego wiedza i doświadczenie nabyte podczas realizacji ww. zadania zostaną wykorzystane poprzez nasz udział w wykonaniu części zamówienia jako podwykonawca części robót mostowych w okresie wykonywania przedmiotu zamówienia.

Ustalono także, że wraz z ofertą wykonawca Mostostal Warszawa S.A. złożył także formularz JEDZ Acciona Construcción S.A. podpisany w dniu 30 maja 2023 r., w którym podmiot ten udzielił m.in. następujących odpowiedzi pytania:

porozumienia z innymi wykonawcami mające na celu zakłócenie konkurencji

Czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji?

Proszę podać odpowiedź

NIE

winien poważnego wykroczenia zawodowego

Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego? W stosownych przypadkach zob. definicje w prawie krajowym, stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia.

Proszę podać odpowiedź

NIE

winien wprowadzenia w błąd, zatajenia informacji lub niemożności przedstawienia wymaganych dokumentów lub uzyskania poufnych informacji na temat przedmiotowego postępowania

Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji:

a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;

b) zataił te informacje;

c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz

d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?

Proszę podać odpowiedź

NIE

(por. oferta wykonawcy Mostostal Warszawa S.A., na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w dniu 15 grudnia 2023 r. zamawiający, działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Mostostal Warszawa S.A. do złożenia

podmiotowych środków dowodowych. W wezwaniu zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest złożyć m.in.

1. W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia Wykonawców z udziału w postępowaniu, należy złożyć następujące dokumenty: (…)

Z uwagi, iż Wykonawca polega na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby, zgodnie z pkt 11.10 IDW zobowiązany jest złożyć w odniesieniu do tego podmiotu, podmiotowe środki dowodowe, o których mowa w pkt 1 lit a) oraz c)- g) potwierdzające, że w stosunku do tego podmiotu nie zachodzą podstawy do jego wykluczenia i składa dokumenty zgodnie z opisem pkt 10.7.1-10.7.3 IDW.

2. W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu należy złożyć:

c) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty.

(por. ww. wezwanie zamawiającego, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego wykonawca Mostostal Warszawa S.A., celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4. 1 IDW, złożył wykaz „Zdolność techniczna lub zawodowa – Wykaz robót budowlanych" z dnia 21 grudnia 2023 r. W wykazie tym wymienił pod pozycją nr 3 inwestycję pn. „Droga szybkiego ruchu A-63, Oviedo – La Espina, Odcinek: Doriga – Cornellana" Zadanie obejmowało budowę mostu nad rzeką Narcea o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu 875 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu" zrealizowaną przez Acciona Construcción S.A. na rzecz Administración General del Estado, Ministerio de Fomento.

(por. ww. wykaz, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego wykonawca Mostostal Warszawa S.A. złożył także m.in. oświadczenie o aktualności danych Acciona Construcción S.A. podpisane 19.12.2023 r. W treści swojego oświadczenia o aktualności danych zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca

Acciona Construcción S.A. podał, że aktualne pozostają oświadczenia dotyczące podstaw wykluczenia opisane w art. 108 ust. 1, jak i 109 ust. 1 ustawy Pzp.

(por. ww. oświadczenie, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w dniu 9 stycznia 2024 r. zamawiający zawiadomił odwołującego I o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. Oferta odwołującego I została sklasyfikowana na miejscu drugim.

(por. ww. zawiadomienie, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Ustalono także, że 5 lipca 2022 r. hiszpańska Izba Ochrony Konkurencji (IOK) Krajowej Rady Komisji ds. Rynków i Konkurencji (CNMC) wydała decyzję. (por. dowód: ww. decyzja, złożona przez odwołującego I w dniu 8 lutego 2024 r.)

W postanowieniu tym stwierdzono m.in.:

grupa skupiająca firmy budowlane spotykała się co tydzień, aby analizować przetargi na roboty budowlane publikowane na różnych platformach (strona 8.493).

Na tych spotkaniach firmy przekazywały sobie nawzajem decyzje o podziale -między nimi wszystkimi lub w podgrupie - części lub całości prac, które obejmowały opracowania techniczne będące przedmiotem ofert składanych w ramach przetargów na roboty budowlane i budownictwo kubaturowe ogłaszanych przez różne organy administracji publicznej w Hiszpanii. Spotkania były również wykorzystywane do monitorowania prac zleconych w ramach grupy.

Ponadto, na spotkaniach spółki wymieniały się innymi poufnymi informacjami handlowymi, takimi jak zamiar lub brak zamiaru wzięcia udziału w przetargach lub intencja utworzenia Konsorcjum oraz informacją nt. jego członków, co było zrozumiałe w obliczu faktu podziału pracy, która stanowiłaby część tych ofert.

Grupa ta zwana jest dalej zamiennie Grupą lub G7.

(pkt 32 decyzji)

W skład grupy wchodził również podmiot Acciona (por. pkt 33 decyzji).

W punkcie 46 Decyzji CNMC wskazano następujące rodzaje usług, które były wspólnie zamawiane przez firmy budowlane objęte Decyzją - weryfikacja przedmiarów, (…) - przekładki mediów, - objazdy,

- ochrona środowiska (OŚ), zastąpiono następujące wersje;
- wskazówki do prezentacji prac związanych z działaniami środowiskowymi (…) oraz
- dodatkowe wskazówki do prezentacji działań w zakresie ochrony środowiska (…),
- bezpieczeństwo i higiena pracy (BHP), (…)
- Zasady dotyczące szczegółowej analizy budów spólki AENA, (…)
- zasady przygotowania opracowania planu zapewnienia jakości (PZJ), (…)
- dodatkowe uwagi do przygotowania prac geodezyjnych i geotechnicznych, (…)
- następujące wzory:
- formularza raportu zgodności Grupy, (…)
- formularza zamówień Grupy, (…)
- sposób płatności za prace zakontraktowane przez Grupę, który wynosił 180 dni. (…)
- lista spółek należących do grupy wraz z ich danymi kontaktowymi; oraz
- lista spółek powiązanych ze spółkami Grupy (…)

(373)

Artykuł 71 ust. 1 lit. b) ustawy 9/2017 z dnia 8 listopada o zamówieniach publicznych (LCSP) stanowi, że osoby, które zostały prawomocnie ukarane za poważne naruszenie w zakresie zakłócenia konkurencji, podlegają zakazowi zawierania umów z podmiotami należącymi do sektora publicznego. Rozstrzygnięcie niniejsze, które kończy postępowanie w sprawie nałożenia sankcji i od którego nie przysługuje odwołanie administracyjne, dowodzi odpowiedzialności kilku spółek za naruszenie art. 1 uok, które należy zakwalifikować jako naruszenie w zakresie zakłócenia konkurencji, zgodnie ze wspomnianym art. 71 ust. 1 lit. b) LCSP. (…) (374)

Zakaz zawierania umów musi mieć określony czas trwania i zakres, tak więc w przypadku, gdy nie zostały one wyraźnie określone w odpowiedniej uchwale administracyjnej lub sądowej, należy je ustalić w procedurze ad hoc (art. 72 ust. 2

LCSP). (…)

Niniejsza decyzja nie określa czasu trwania i zakresu zakazu zawierania umów. W związku z tym muszą one zostać określone w drodze procedury przeprowadzonej zgodnie z art. 72.2 LCSP. W tym celu postanawia się przesłać zaświadczenie o przyjęciu niniejszej decyzji do Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (Rady Konsultacyjnej ds. Zamówień Publicznych).

W pkt VII decyzji stwierdzono:

Po pierwsze. Izba orzeka, że w przedmiotowej sprawie doszło do bardzo poważnego naruszenia art. 62 ust. 4 lit. a) w związku z art. 1 ustawy 15/2007 z dnia 3 lipca o ochronie konkurencji i art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, na warunkach określonych w czwartej podstawie prawnej.

Po drugie. Uznaje następujące podmioty jako odpowiedzialne za te naruszenia:

- Acciona Construcción, S.A.
- Dragados, S.A.
- FCC Construcción, S.A.
- Ferrovial Construcción, S.A.
- Obrascón Huarte Lain, S.A.
- Sacyr Construcción, S.A.

Po trzecie. Nakłada następujące kary na spółki uznane za odpowiedzialne: - Acciona Construcción, S.A.: 29.400.000 euro (…)

Kolejno ustalono, że Acciona 26 września 2022 r. wniosła odwołanie od ww. Decyzji do Izby Postępowań Administracyjnych Sądu Krajowego w Madrycie (Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en Madrid), zaś sprawa jest w toku. Acciona nie zgadza się z ww. Decyzją. W charakterze dowodu w ww. postępowaniu złożyła m.in. opinię KPMG - Ekspertyza ekonomiczna w ramach decyzji CNMC z dnia 5 lipca 2022 r. w sprawie S/0021/20 Civil Works 2 z dnia 19 grudnia 2022 r. (por. załącznik nr 3 do pisma procesowego przystępującego Mostostal).

Kolejno ustalono, że w dniu 22 grudnia 2022 r., Izba Postępowań Administracyjnych Sądu Krajowego w Madrycie wydała postanowienie zabezpieczające, w którym postanowiła: Zawiesić wykonalność decyzji z dnia 5 maja lipca 2022 r. wydanej przez Izbę ds. Konkurencji CNMC, w sprawie S/0021/20 - Civil works 2, zarówno w odniesieniu do nałożenia kary pieniężnej w wysokości 29.400.000 euro, jak i co do przekazania decyzji o nałożeniu sankcji do Państwowej Rady Konsultacyjnej ds. Zamówień Publicznych w celu przeprowadzenia procedury mającej na celu określenie czasu trwania i zakresu zakazu zawierania umów; (por. ww. postanowienie, załącznik nr 6 do pisma procesowego przystępującego Mostostal z dnia 6 lutego 2024 r.).

Ustalono także, że w przypadku Acciona nie dokonano wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 73.2 hiszpańskiej ustawy 9/2017 z 8 listopada (por. wyciąg z ww. rejestru, załącznik nr 8 do pisma procesowego przystępującego Mostostal)

Ustalono także, że na terenie Hiszpanii obowiązują następujące przepisy: ustawa 9/2017 z 8 listopada

Artykuł 71. Zakazy zawierania umów.

1. Nie mogą zawierać umów z podmiotami przewidzianymi w art. 3 niniejszej ustawy ze skutkami określonymi w art. 73, osoby, wobec których zachodzi którakolwiek z poniższych okoliczności :

a) (…)

b) Zostały ukarane surowo za poważne naruszenie w sprawach zawodowych, które podważa ich uczciwość, dyscyplinę rynkową, zakłóca zasady konkurencji, (…)

Art. 72

2. Zakaz zawierania umów z przyczyn przewidzianych w podpunktach a) i b) punktu 1 poprzedniego artykułu będzie bezpośrednio rozstrzygany przez organy zamawiające, jeżeli wyrok lub uchwała administracyjna wyraźnie określiły jego zakres i czas trwania, obowiązujący w okresie w nich wskazanym.

W przypadku, gdy wyrok lub decyzja administracyjna nie zawiera orzeczenia w sprawie zakresu lub czasu trwania zakazu zawierania umów; w przypadkach określonych w podpunkcie e) rozdziału pierwszego poprzedniego artykułu; oraz w przypadkach, o których mowa w rozdziale drugim, również poprzedniego artykułu, zakres i czas trwania zakazu ustala się w drodze postępowania przeprowadzonego w tym celu, zgodnie z postanowieniami niniejszego artykułu.

3. Uprawnienie do określenia czasu trwania i zakresu zakazu zawierania umów w przypadku podpunktu a) i b)

rozdziału 1 poprzedniego artykułu, w przypadkach, w których nie pojawia się w odpowiednim zdaniu lub uchwale, oraz uprawnienie do ogłoszenia zakazu zawierania umów w przypadku podpunktu e) rozdziału 1 poprzedniego artykułu w odniesieniu do obowiązku przekazania informacji przewidzianych w art. 82.4 i art. 343, przysługuje Ministrowi Finansów i Służby Cywilnej, na wniosek Państwowej Rady Doradczej ds. Zamówień Publicznych, lub organom właściwym na poziomie Wspólnot Autonomicznych w przypadku wyżej wymienionego podpunktu e).

Art. 73

2. Wszystkie zakazy zawierania umów, z wyjątkiem tych, w których występuje którakolwiek z okoliczności określonych w podpunktach c), d), g) i h) rozdz. pierwszej artykułu 71, po przyjęciu odpowiedniej uchwały, zostaną niezwłocznie przekazane do rejestracji w Oficjalnym Rejestrze Oferentów i Niejawnych Przedsiębiorstw Sektora Publicznego lub jego odpowiedniku we Wspólnotach Autonomicznych, w zależności od zakresu zakazu zawierania umów i organu, który go ogłosił.

Organy zamawiające Wspólnot Autonomicznych, miast autonomicznych Ceuta i Melilla lub podmiotów lokalnych znajdujących się na ich terytorium powiadamiają o zakazie zawierania umów odpowiednie Rejestry Oferentów Wspólnot Autonomicznych lub, jeśli

takie nie istnieją, Oficjalny Rejestr Oferentów i Sklasyfikowanych Przedsiębiorstw Sektora Publicznego.

Wpis o zakazie zawierania umów w odpowiednim Rejestrze Oferentów wygasa po upływie 3 miesięcy od zakończenia okresu jego obowiązywania i jest anulowany z urzędu we wspomnianym Rejestrze po upływie wyżej wymienionego okresu.

3. Zakazy zawierania umów, o których mowa w art. 71 pkt. 1 a) i b), stają się skuteczne od dnia, w którym wyrok lub decyzja administracyjna stają się ostateczne w przypadkach, w których wyrok lub decyzja administracyjna określają zakres i okres obowiązywania zakazu.

We wszystkich innych przypadkach skutki będą wywoływane od daty wpisu do odpowiedniego rejestru.

Niezależnie od powyższego, w przypadkach przewidzianych w art. 71 pkt 1 a) i b), w przypadkach, w których skutki zakazu zawierania umów powstają od momentu wpisu do odpowiedniego rejestru, organ właściwy do rozstrzygnięcia postępowania w sprawie określenia zakresu i czasu trwania zakazu może przyjąć, z urzędu lub na wniosek strony, środki tymczasowe, które uzna za stosowne w celu zapewnienia skuteczności decyzji, która może zostać przyjęta.

(por. załącznik nr 7 do pisma procesowego przystępującego Mostostal).

W sprawie o sygn. akt KIO 202/24 Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 202/24 zasługiwało częściowo na uwzględnienie.

Zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp (pkt II uzasadnienia odwołania) oraz art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp (pkt III uzasadnienia odwołania) Izba uznała za niezasadne, jako przedwczesne.

Odwołujący I uważał, że zamawiający zaniechał obowiązku wykluczenia przystępującego Mostostal z udziału w postępowaniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp powołując się na fakt, że hiszpańska Izba Ochrony Konkurencji (IOK) Krajowej Rady Komisji ds. Rynków i Konkurencji (CNMC) wydała decyzję z dnia 5 lipca 2022 r., w której stwierdziła, że Acciona Construcción, S.A.- podmiot, na którego zasoby powołał się Mostostal celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, naruszyła art. 62 ust. 4 lit. a) w związku z art. 1 hiszpańskiej ustawy 15/2007 z dnia 3 lipca o ochronie konkurencji oraz art. 101 TFUE.

Zdaniem odwołującego I tym samym zostało stwierdzone, że Acciona zawarła z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie uczciwej konkurencji (art. 108

ust. 1 pkt 5 Pzp), co powoduje także uznanie, że Acciona w sposób zawiniony poważnie naruszyła obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość (art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp).

Dodatkowo w pkt 22 odwołania odwołujący I podniósł, że zgodnie z art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, w przypadku wystąpienia przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp obowiązuje 3-letni okres wykluczenia z postępowania od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Zdaniem odwołującego I okres wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp należało w tym przypadku liczyć od dnia wydania uchwały CNMC, tj. od 5 lipca 2022 r.

Na wstępie Izba stwierdziła, że prawdą jest, iż 5 lipca 2022 r. hiszpańska Izba Ochrony Konkurencji (IOK) Krajowej Rady Komisji ds. Rynków i Konkurencji (CNMC) wydała decyzję. W decyzji tej stwierdzono m.in.:

grupa skupiająca firmy budowlane spotykała się co tydzień, aby analizować przetargi na roboty budowlane publikowane na różnych platformach (strona 8.493).

Na tych spotkaniach firmy przekazywały sobie nawzajem decyzje o podziale -między nimi wszystkimi lub w podgrupie - części lub całości prac, które obejmowały opracowania techniczne będące przedmiotem ofert składanych w ramach przetargów na roboty budowlane i budownictwo kubaturowe ogłaszanych przez różne organy administracji publicznej w Hiszpanii. Spotkania były również wykorzystywane do monitorowania prac zleconych w ramach grupy.

Ponadto, na spotkaniach spółki wymieniały się innymi poufnymi informacjami handlowymi, takimi jak zamiar lub brak zamiaru wzięcia udziału w przetargach lub intencja utworzenia Konsorcjum oraz informacją nt. jego członków, co było zrozumiałe w obliczu faktu podziału pracy, która stanowiłaby część tych ofert.

Grupa ta zwana jest dalej zamiennie Grupą lub G7.

(pkt 32 decyzji)

Nie było także sporne, że w skład grupy wchodził również podmiot Acciona (por. pkt 33 decyzji).

Prawdą jest także, że w pkt VII decyzji hiszpańska Izba Ochrony Konkurencji (IOK) Krajowej Rady Komisji ds. Rynków i Konkurencji (CNMC) stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie doszło do bardzo poważnego naruszenia art. 62 ust. 4 lit. a) w związku z art. 1 ustawy 15/2007 z dnia 3 lipca o ochronie konkurencji i art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Jako jeden z podmiotów odpowiedzialnych za te naruszenia została także uznana - Acciona Construcción, S.A., a więc podmiot, na którego zasoby powołał się przystępujący Mostostal, celem wykazania warunku udziału w postępowaniu.

(por. dowód: ww. decyzja, złożona przez odwołującego I w dniu 8 lutego 2024 r.)

Jednakże nie można było się zgodzić z odwołującym I, że okres wykluczenia Acciona na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp i art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp należało liczyć od dnia wydania decyzji CNMC, tj. od 5 lipca 2022 r., tak jak to wskazał w pkt 22 odwołania.

Po pierwsze, odwołujący I nie dostrzegł, że w wydanej uchwale w pkt 374, CNMC wskazała, że Zakaz zawierania umów musi mieć określony czas trwania i zakres, tak więc w przypadku, gdy nie zostały one wyraźnie określone w odpowiedniej uchwale administracyjnej lub sądowej, należy je ustalić w procedurze ad hoc (art. 72 ust. 2 LCSP). (…).

Niniejsza decyzja nie określa czasu trwania i zakresu zakazu zawierania umów. W związku z tym muszą one zostać określone w drodze procedury przeprowadzonej zgodnie z art. 72.2 LCSP. W tym celu postanawia się przesłać zaświadczenie o przyjęciu niniejszej decyzji do Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (Rady Konsultacyjnej ds. Zamówień Publicznych).

Stosownie bowiem do art. 72 ust. 2 hiszpańskiej ustawy 9/2017 z 8 listopada (LCSP):

> 2. Zakaz zawierania umów z przyczyn przewidzianych w podpunktach a) i b) punktu 1 poprzedniego artykułu będzie bezpośrednio rozstrzygany przez organy zamawiające, jeżeli wyrok lub uchwała administracyjna wyraźnie określiły jego zakres i czas trwania, obowiązujący w okresie w nich wskazanym.

W przypadku, gdy wyrok lub decyzja administracyjna nie zawiera orzeczenia w sprawie zakresu lub czasu trwania zakazu zawierania umów; w przypadkach określonych w podpunkcie e) rozdziału pierwszego poprzedniego artykułu; oraz w przypadkach, o których mowa w rozdziale drugim, również poprzedniego artykułu, zakres i czas trwania zakazu ustala się w drodze postępowania przeprowadzonego w tym celu, zgodnie z postanowieniami niniejszego artykułu.

Jak wynikało z przytoczonego fragmentu uchwały, CNMC, choć miała taką możliwość w świetle prawa hiszpańskiego, to jednak odstąpiła od określenia w niej czasu trwania i zakresu zawierania umów przez Acciona z organami administracji, odsyłając w tym zakresie do odrębnej procedury.

Skutkiem niezawarcia przez CNMC takiego rozstrzygnięcia w wydanej decyzji było to, że zakaz zawierania przez Acciona umów z organami administracji nie wszedł w życie. Powyższe wynikało z art. 73 ust. 3 hiszpańskiej ustawy LCSP. Stosownie bowiem do art. 73 ust. 3 hiszpańskiej ustawy 9/2017 z 8 listopada (LCSP):

> 3. Zakazy zawierania umów, o których mowa w art. 71 pkt. 1 a) i b), stają się skuteczne od dnia, w którym wyrok lub decyzja administracyjna stają się ostateczne <u>w przypadkach, w których wyrok lub decyzja administracyjna określają zakres i okres obowiązywania zakazu.</u>

<u>We wszystkich innych przypadkach skutki będą wywoływane od daty wpisu do odpowiedniego rejestru.</u>

Przystępujący Mostostal wykazał także, że w przypadku Acciona nie dokonano wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 73 hiszpańskiej ustawy 9/2017 z 8 listopada.

(por. wyciąg z ww. rejestru, załącznik nr 8 do pisma procesowego przystępującego Mostostal).

Po drugie zaś, odwołujący I nie dostrzegł, że Acciona 26 września 2022 r. wniosła odwołanie od ww. Decyzji do Izby Postępowań Administracyjnych Sądu Krajowego w Madrycie (Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en Madrid), zaś sprawa jest w toku. Dostrzeżenia wymagało też, że w dniu 22 grudnia 2022 r., Izba Postępowań Administracyjnych Sądu Krajowego w Madrycie wydała postanowienie zabezpieczające, w którym postanowiła:

Zawiesić wykonalność decyzji z dnia 5 lipca 2022 r. wydanej przez Izbę ds. Konkurencji CNMC, w sprawie S/0021/20 - Civil works 2, zarówno w odniesieniu do nałożenia kary pieniężnej w wysokości 29.400.000 euro, jak i co do przekazania decyzji o nałożeniu sankcji do Państwowej Rady Konsultacyjnej ds. Zamówień Publicznych w celu przeprowadzenia procedury mającej na celu określenie czasu trwania i zakresu zakazu zawierania umów;

(por. ww. postanowienie, załącznik nr 6 do pisma procesowego przystępującego Mostostal z dnia 6 lutego 2024 r.).

Powyższe oznaczało, że Izba Postępowań Administracyjnych Sądu Krajowego w Madrycie zawiesiła skutki Decyzji CNMC z dnia 5 lipca 2022 r. tak co do nałożenia grzywny, jak i wstrzymała procedurę, mającą na celu określenie czasu trwania i zakresu zakazu zawierania umów, która – jak wskazano wcześniej - jest warunkiem koniecznym, aby zakaz ten wszedł w życie.

Potwierdzeniem powyższego hiszpańskiego stanu prawnego i praktyki jego stosowania była także Opinia dotycząca wykonalności zakazu zawierania umów z podmiotami sektora publicznego przez osoby, które zostały prawomocnie ukarane za poważne naruszenia w obszarze zakłócania konkurencji, sporządzona przez prof. dr A. R. M.-L.. W opinii tej jej autor stwierdził:

Z powyższych regulacji wynika, że zakaz zawierania umów staje się skuteczny dopiero po określeniu jego zakresu i okresu obowiązywania oraz, w stosownych przypadkach, wpisaniu go do odpowiedniego rejestru3 .

W związku z tym, jeśli uchwała CNMC nie określa czasu jego obowiązywania i zakresu, a ukarana spółka złożyła wniosek i uzyskała zawieszenie przekazania sprawy do Państwowej Rady Konsultacyjnej ds. Zamówień Publicznych w celu przeprowadzenia procedury jego ustalenia, zakaz zawierania umów nie jest wykonalny; to znaczy, nie

wywołuje on skutku prawnego w postaci uniemożliwienia spółce ukaranej decyzją CNMC dalszego bycia wykonawcą w sektorze publicznym

(por. załącznik nr 5 do pisma procesowego przystępującego Mostostal).

W ocenie Izby, przeciwko stanowisku odwołującego I, który uważał, że zamawiający, już na tym etapie miał obowiązek uznać Acciona za podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, przemawiała także konieczność respektowania przez organy państw członkowskich Unii Europejskiej zasady wzajemnego zaufania, uznawanej za zasadę ogólną prawa Unii Europejskiej. W ocenie Izby, zamawiający krajowy kierując się ww. zasadą, powinien respektować decyzje podjęte przez organy i sądy kompetentne w sprawach z zakresu prawa konkurencji i zamówień publicznych, wydane w kraju pochodzenia zagranicznego wykonawcy. W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko wyrażone w opinii prawnej prof. dr hab. Piotra Bogdanowicza z dnia 4 lutego 2024 r. W opinii tej wyrażono m.in. następujące stanowisko:

Zgodnie z zasadą wzajemnego zaufania, stanowiącą zasadę ogólną prawa Unii Europejskiej, oraz mając na uwadze konieczność dokonywania prounijnej wykładni prawa krajowego, w tym przypadku art. 108 ust. 1 pkt 5 oraz art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP w świetle art. 57 ust. 4 fit. d) lub c) Dyrektywy 2014/24/UE, Zamawiający — będący w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej emanacją państwa — jest obowiązany uznać wstrzymanie wykonania Decyzji CNMC na mocy Postanowienia Sądu, a tym samym uznać, że Decyzja CNMC nie wywołuje jakichkolwiek skutków prawnych w kontekście ubiegania się przez Acciona o udzielenie zamówienia publicznego w Postępowaniu.

(…)

Zamawiający nie jest uprawniony do wykluczenia Acciona z Postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP, uznając uprzednio, iż wydanie Decyzji CNMC stanowi "wiarygodną przesłankę" w rozumieniu art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP, że Acciona zawarła z innymi wykonawcami w Hiszpanii porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, lub, że wydanie Decyzji CNMC potwierdza, iż Acciona poważnie naruszyła obowiązki zawodowe, zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP. Postanowienie Sądu powoduje bowiem, że wykonanie Decyzji CNMC zostało wstrzymane, a tym samym nie doszło do wywarcia skutków prawnych określonych przez prawo hiszpańskie w związku z Decyzją CNMC, tj. przekazania akt sprawy do Junta Consultiva de Contratación Póblica del Estado w celu rozpoczęcia procedury związanej z ustaleniem zakresu i okresu wykluczenia Acciona z postępowań w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym wydanie Decyzji nie może mieć znaczenia z perspektywy oceny przez Zamawiającego wystąpienia podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP lub art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP.

Dodatkowo podkreślenia wymagało, że jeżeli odwołujący I uważał, że zamawiający, pomimo ww. faktów, jednak już na tym etapie miał obowiązek uznać Acciona za podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, to powinien odnieść się merytorycznie do dowodu złożonego przez przystępującego Mostostal w postaci opinii KPMG - Ekspertyza ekonomiczna w ramach decyzji CNMC z dnia 5 lipca 2022 r. w sprawie S/0021/20 Civil Works 2 z dnia 19 grudnia 2022 r. (por. załącznik nr 3 do pisma procesowego przystępującego Mostostal). Opinia ta została złożona przez Acciona w ramach trwającej w Hiszpanii procedury sądowej. W opinii tej jej autorzy przedstawiali argumenty, w których zwalczali stanowisko wyrażone przez CMMC w decyzji z dnia 5 lipca 2022 r. Stanowisko odwołującego I zaś ograniczyło się jedynie do kwestionowania tej opinii jako niewiarygodnej z uwagi na to, że została sporządzona na zlecenie Acciona. W ocenie Izby, sporządzenie tej opinii na zlecenie Acciona istotnie nakazywało podchodzenie do analizy jej treści z dużą ostrożnością. Powyższe jednak nie zwalniało odwołującego I z obowiązku merytorycznego odniesienia się do tego dowodu w sytuacji, gdy domagał się aby zamawiający, nie czekając na rozstrzygnięcie sądu hiszpańskiego, już na tym etapie na podstawie nieprawomocnej decyzji CMCS miał uznać Acciona za podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym i prawnym odwołujący I bezzasadnie wywodził, jakoby Acciona już od dnia 5 lipca 2022 r. (czyli od dnia wydania decyzji przez CNMC) podlegała wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp i art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp. W ocenie Izby stanowisko odwołującego I, jakoby w stosunku do Acciona już rozpoczął się okres podlegania wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, nie zasługiwało na uwzględnienie. Wobec

powyższego Izba stwierdziła, że zarzuty dotyczące naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, w okolicznościach danej sprawy, podlegały oddaleniu, jako przedwczesne.

Zasadne okazały się zarzuty naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp (pkt IV uzasadnienia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 202/24).

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga cel, dla którego wykonawcy składają zamawiającemu dokument JEDZ. Jednym z celów składania tego dokumentu jest także zachowanie przejrzystości i transparentności procedur i przedstawienie zamawiającemu kompletu informacji celem ustalenia, czy wobec wykonawcy zachodzą przesłanki

wykluczenia, w tym przypadku przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp. W oparciu o przekazywane dane zamawiający powinien mieć zatem możliwość samodzielnego zweryfikowania sytuacji podmiotowej danego wykonawcy w kontekście przypadków, do których nawiązuje art. 108 ust. 1 pkt 5, jak i art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W analizowanej sprawie podmiot trzeci - Acciona w dokumencie JEDZ podpisanym w dniu 30 maja 2023 r udzielił m.in. następujących odpowiedzi pytania: porozumienia z innymi wykonawcami mające na celu zakłócenie konkurencji

Czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji?

Proszę podać odpowiedź

NIE

winien poważnego wykroczenia zawodowego

Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego? W stosownych przypadkach zob. definicje w prawie krajowym, stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia.

Proszę podać odpowiedź

NIE

Jak wynikało z przywołanych fragmentów dokumentu JEDZ, podmiot Acciona nie poinformował zamawiającego, że 5 lipca 2022 r. została w stosunku do niego wydana decyzja hiszpańskiej Izby Ochrony Konkurencji (IOK) Krajowej Rady Komisji ds. Rynków i Konkurencji (CNMC), w której stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie doszło do bardzo poważnego naruszenia art. 62 ust. 4 lit. a) w związku z art. 1 ustawy 15/2007 z dnia 3 lipca o ochronie konkurencji i art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Rozstrzygnięcie to pochodziło od kompetentnego organu hiszpańskiego, właściwego w sprawach z zakresu ochrony konkurencji.

Zdaniem Izby, zatajenie ww. informacji miało doniosły charakter, gdyż pozbawiło zamawiającego możliwości samodzielnej oceny, czy wobec Acciona zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W ocenie Izby od ujawnienia informacji o wydaniu ww. decyzji z dnia 5 lipca 2022 r. nie zwalniała Acciona okoliczność, że nie zgadzał się z tą decyzją i skorzystał z przysługujących mu wobec niej środków prawnych. Podkreślenia wymagało, że obowiązkiem Acciona było jedynie zgodne z rzeczywistością udzielenie odpowiedzi na pytania zawarte w formularzu JEDZ. Rolą wykonawcy było ujawnienie faktu wydania wobec niego decyzji CNMC i opisanie okoliczności wydania tego rozstrzygnięcia. W ramach odpowiedzi na pytania zawarte w formularzu JEDZ Acciona miał również prawo uzasadnić, dlaczego nie zgadza się z decyzją CNMC i jakie środki prawne wobec niej podjął. W ocenie Izby to nie do

decyzji wykonawcy należy ocena, czy podlega on wykluczeniu z postępowania na podstawie przesłanek wykluczenia. Decyzja ta należy do zamawiającego, który ma prawo ją podjąć na podstawie całokształtu ujawnionych mu przez wykonawcę informacji.

Zdaniem Izby, z obowiązku ujawnienia przez Acciona w dokumencie JEDZ faktu wydania wobec niego decyzji CNMC z dnia 5 lipca 2022 r. nie zwalniał fakt, że w dniu 22 grudnia 2022 r., Izba Postępowań Administracyjnych Sądu Krajowego w Madrycie wydała postanowienie zabezpieczające, w którym postanowiła:

Zawiesić wykonalność decyzji z dnia 5 lipca 2022 r. wydanej przez Izbę ds. Konkurencji CNMC, w sprawie S/0021/20 - Civil works 2, zarówno w odniesieniu do nałożenia kary pieniężnej w wysokości 29.400.000 euro, jak i co do przekazania decyzji o nałożeniu sankcji do Państwowej Rady Konsultacyjnej ds. Zamówień Publicznych w celu przeprowadzenia procedury mającej na celu określenie czasu trwania i zakresu zakazu zawierania umów;

(por. ww. decyzja, załącznik nr 6 do pisma procesowego przystępującego Mostostal z dnia 6 lutego 2024 r.).

Zdaniem Izby uzyskanie przez Acciona powyższego zabezpieczenia oznaczało jedynie zawieszenie skutków (wykonalności) zaskarżonej decyzji z dnia 5 lipca 2022 r. Celem uzyskanego zabezpieczenia było jedynie zapobieżenie wystąpienia nieodwracalnych dla Acciona skutków, gdyby decyzja została wykonana przed prawomocnym zakończeniem się procedury sądowej. W ocenie Izby nic nie stało także na przeszkodzie, aby Acciona ujawniła tę okoliczność zamawiającemu w dokumencie JEDZ.

Zachowanie Acciona, który pomimo spoczywającego na nim obowiązku nie ujawnił w JEDZ faktu wydania wobec niego

decyzji CNMC z dnia 5 lipca 2022 r., należało zatem uznać za działanie podjęte w warunkach rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa. Zdaniem Izby zachowanie Acciona odbiegało bowiem w sposób rażący od staranności, której można było wymagać od niego, jako profesjonalisty. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa zamawiającemu dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Zachowanie Acciona mogło mieć także istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż doprowadziło do wprowadzenia zamawiającego w błąd, że po stronie Acciona nie występują żadne okoliczności, które mogą być interpretowane jako mogące się wpisywać w przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp i w efekcie doprowadziło do wyboru oferty przystępującego Mostostal jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Izby w analizowanej sprawie niedopuszczalne jest skorzystanie przez Acciona z procedury samooczyszczenia, o której mowa w art. 110 ust. 2 Pzp. Jak wskazuje

się w orzecznictwie Izby, skorzystanie z takiej możliwości uwarunkowane jest przyznaniem się podmiotu do określonych faktów, co następnie otwiera mu drogę do opisania działań, jakie podjęto celem zapobieżenia wystąpieniu w przyszłości podobnych naruszeń. Dowód podjęcia środków naprawczych powinien zostać przedstawiony z własnej inicjatywy przez Acciona na etapie składania dokumentu JEDZ. Tymczasem w tej sprawie Acciona zataiła przed zamawiającym istotne informacje dotyczące swej sytuacji podmiotowej.

Zdaniem Izby w analizowanej sprawie niedopuszczalne jest także zastąpienie podmiotu Acciona na podstawie art. 122 ustawy Pzp innym podmiotem ani samodzielne wykazanie przez Mostostal warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 lit. c SWZ.

Dostrzeżenia wymagało, że Acciona zataiła przed zamawiającym istotne informacje dotyczące swej sytuacji podmiotowej, a zatem nie ma możliwości zastąpienia tego podmiotu przez inny podmiot trzeci czy też umożliwienia Mostostal samodzielnego wykazania spornego warunku. Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie Izby, nie ma możliwości zastąpienia informacji nieprawdziwej – prawdziwą, gdyż byłoby to sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W konsekwencji należy uznać, że przystępujący Mostostal, który polegał na zasobach Acciona celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1. lit. c SWZ, nie wykazał również spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Skoro, jak stwierdzono, Acciona podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, to w konsekwencji na tej samej podstawie podlega wykluczeniu z postępowania przystępujący Mostostal. Wykonawca ten, dążąc do uzyskania zamówienia posłużył się wprowadzającymi w błąd informacjami co do podstaw wykluczenia podmiotu Acciona, na którego zasoby się powoływał, celem wykazania warunku, o którym mowa w pkt 8.2.4.1. lit. c SWZ. Jak wykazał odwołujący I, zgodnie z informacjami zamieszczonymi przez Mostostal na własnej stronie internetowej wykonawca ten informuje, że „od 1999 roku strategicznym partnerem Mostostal Warszawa jest Acciona SA. (…) Głównym udziałowcem Mostostal Warszawa jest Acciona Construcción SA.”. Biorąc powyższe pod uwagę należało przyjąć, że przestępujący Mostostal, w okolicznościach danej sprawy, musiał mieć świadomość istnienia decyzji CNMC wydanej wobec swej spółki-matki i wskutek rażącego niedbalstwa dopuścił do sytuacji, w której Acciona w dokumencie JEDZ nie ujawniła tego faktu zamawiającemu.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8 i art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, okazały się zasadne.

KIO 204/24

Art. 8 ust. 1 Pzp stanowi, że Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Art. 223 ust. 1 Pzp stanowi, że W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Art. 226 ust. 1 Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Art. 239 ustawy Pzp stanowi, że:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Art. 242 ust. 1 Pzp stanowi, że Najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie: 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu; (…)

Ustalono, że zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski – Hrebenne", odcinek nr 3: węzeł „Krasnystaw Północ" („Krasnystaw I") wraz z węzłem – węzeł „Izbica" („Tarzymiechy") wraz z węzłem".

Kolejno ustalono, że zamawiający przewidział w SWZ m.in.:

16.5. Ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta" oraz niżej wymienione wypełnione dokumenty:

1) Wykaz płatności (Tom IV SWZ);

2) Formularz „Kryteria pozacenowe"

16 .7. Zamawiający nie żąda złożenia wraz z Ofertą przedmiotowych środków dowodowych.

Kolejno ustalono, że zgodnie z pkt 12 formularza ofertowego, stanowiącego załącznik do Tomu I SWZ (IDW), wykonawcy zobowiązani byli do złożenia m.in. następującego oświadczenia:

12. OŚWIADCZAMY, że zapoznaliśmy się z Warunkami Kontraktu, określonymi w SWZ i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą, na warunkach określonych w SWZ, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.

(por. wzór formularza ofertowego, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym złożonym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że pkt 2.1.16.2.5a) PFU – Posadowienie wymagania szczególne, zamawiający przewidział m.in.:

„podpory mostów, zlokalizowane na terenie pokrytym wodą przy przepływie miarodajnym, powinny być posadowione na fundamentach pośrednich. Dno cieku wokół fundamentu podpory powinno być umocnione (np. materacem faszynowo-kamiennym) w sposób odpowiedni do przewidywanego zagrożenia".

(por. PFU, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym złożonym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w części informacyjnej PFU zawarto punkt 3.1. (wykaz aktów prawnych aktualnych lub dotychczasowych (w zakresie wiedzy technicznej) oraz inne dokumenty).

Na liście aktów prawnych i dokumentów, pod pozycją 138, znajduje się m.in. wytyczne WR-M-12 „Wytyczne obliczania świateł drogowych mostów i przepustów

hydraulicznych".

W wytycznych WR-M-12 w punkcie 4.4 znajduje się postanowienie:

4.4 Wartości prawdopodobieństwa przewyższenia dla przepływów miarodajnych

1) w odniesieniu do mostów, wartość prawdopodobieństwa przewyższenia przepływów dla wszystkich klas drogi należy przyjmować równą 0,5%.

(por. PFU oraz ww. wytyczne, złożone przez odwołującego II w charakterze dowodu).

Kolejno ustalono, że w reakcji na pytanie jednego z wykonawców o nr 664:

Prosimy o potwierdzenie, że w przypadku cieków nie zespolonych z przejściami dla zwierząt możliwa jest przebudowa i regulacja cieków.

Zamawiający udzielił odpowiedzi: Zamawiający wyjaśnia, że przebudowa i regulacja cieków powinna być uwzględniona w raporcie do ponownej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko.

(por. odpowiedź z dnia 17 marca 2023 r. na pytanie nr 664, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym złożonym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w reakcji na pytanie jednego z wykonawców o nr 1445:

Dla estakady zlokalizowanej w km. 12+107 (na rzeką Łopuszanką), zapisy DŚU nakazują wykonanie obiektu o długości

wynoszącej 465 m. Przyjęta długość jest niezasadna z uwagi na uwarunkowania terenowe. Dolina rzeki Łopuszanki w miejscu jej przekroczenia drogą ekspresową wynosi ok. 260 m. Wykonywanie dłuższego obiektu będzie generowało wykonanie wykopów w celu sztucznego, lokalnego poszerzania dolny. Jest to zabieg niekorzystny dla otaczającego środowiska. Prosimy o jednoznaczne stanowisko Zamawiającego czy dopuszcza skrócenie estakady w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko.

Zamawiający udzielił odpowiedzi:

Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z punktem V. DŚU ponowna ocena oddziaływania na środowisko powinna m.in. uwzględnić uszczegółowienie informacji dotyczących lokalizacji i charakterystyki obiektów mostowych z uwzględnieniem aspektu zapewnienia przepuszczenia wielkich wód. Jednocześnie w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko należy wykonać weryfikację i uszczegółowienie lokalizacji, rodzaju i parametrów przejść dla zwierząt. Ponieważ inwestycja będzie prowadzona w systemie „Projektuj i Buduj", do obowiązków Wykonawcy należy opracowanie dokumentacji projektowej i uzyskanie wszelkich wymaganych warunków, opinii, uzgodnień i decyzji oraz przyjęcie rozwiązań zapewniających funkcjonalność i bezpieczeństwo użytkowania zgodnie z SIWZ, przepisami praw, obowiązującymi normami technicznymi w tym zakresie oraz wiedza ekspercką. Zaprojektowane przez Wykonawcę rozwiązania powinny zostać przedstawione w raporcie do ponownej oceny oddziaływania na środowisko i zatwierdzone Postanowieniem RDOŚ na etapie postępowania w sprawie ponownej oceny oddziaływania na środowisko. Dodatkowo Zamawiający informuje, że zgodnie z zapisami SP 10.30.10 Raport o oddziaływaniu na środowisko powinien być oparty na przeprowadzonej inwentaryzacji przyrodniczej obszaru inwestycji, a zaproponowane rozwiązania powinny być następstwem wyników tej inwentaryzacji.

(por. odpowiedź z dnia 7 kwietnia 2023 r. na pytanie nr 1445, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym złożonym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że termin składania ofert upłynął w dniu 6 czerwca 2023 r. Do upływu terminu składania ofert swą ofertę zamawiającemu złożył m.in. odwołujący II. Odwołujący II w swym formularzu ofertowym złożył oświadczenie o treści:

> 12 . OŚWIADCZAMY, że zapoznaliśmy się z Warunkami Kontraktu, określonymi w SWZ i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą, na warunkach określonych w SWZ, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.

(por. oferta odwołującego II, w aktach postępowania, w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 18 lipca 2023 r., zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego II o udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej Oferty. W wezwaniu zamawiający wskazał m.in.:

W celu weryfikacji Państwa Oferty pod kątem jej zgodności ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, prosimy o wyjaśnienie, czy Państwa Oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, Specyfikacjach na Projektowanie oraz WWiORB, a także prosimy o potwierdzenie, że w cenie Oferty Wykonawca uwzględnił wszystkie koszty związane z realizacją czynności wymienionych m.in. w poniższych punktach. Wyjaśnienia i przyjęte do sporządzenia Oferty założenia powinny w szczególności dotyczyć poniższych kwestii: (…)

> 28 .Prosimy o wskazanie ujętych w cenie Oferty obiektów inżynierskich, z określeniem lokalizacji obiektu, typu obiektu (wiadukt, most, przejście dolne dla średnich zwierząt itp.), klasy obciążenia, wskazanie długości obiektu, szerokości i rodzaju konstrukcji oraz sposobu posadowienia obiektu.

(por. wezwanie zamawiającego z dnia 18 lipca 2023 r., w aktach postępowania, w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na wezwanie odwołujący II złożył pismo z dnia 2 sierpnia 2023 r. W piśmie tym, w odpowiedzi na pytanie nr 28 wskazał, że Założenia dotyczące obiektów inżynierskich prezentuje tabela Nr 1 załącznika Nr 4 do pisma. Złożył załącznik nr 4, w którym przedstawił m.in. tabelę nr 1.

(por. pismo odwołującego II z dnia 2 sierpnia 2023 r., w aktach postępowania, w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 10 sierpnia 2023 r., zamawiający, działając na podstawie 223 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego II do udzielenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących treści złożonej Oferty. W wezwaniu zamawiający wskazał m.in.:

> 5. Wykaz obiektów inżynierskich (dot. odpowiedzi na pytanie nr 28 -załącznik nr 4 tabela 1) a) Czy Wykonawca przyjmując parametry obiektów inżynierskich oraz konstrukcję i sposób posadowienia uwzględnił wszelkie ryzyka wynikające z konieczności zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami zawartymi w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (DŚU), uwzględniając wszystkie ewentualne zmiany warunków wynikające z procedury ponownej oceny oddziaływania na środowisko, usankcjonowane Postanowieniem organu ochrony środowiska, a następnie decyzją ZRID a w przypadku zastrzeżeń organów, wniesionych pisemnie w formie m.in. wezwania lub Postanowienia w ramach postępowania dotyczącego ponownej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko lub w przypadku uwzględnionego odwołania od decyzji ZRID, uwzględnił przywrócenie rozwiązań do zgodności z DŚU? Czy Wykonawca uwzględnił w Ofercie fakt, że ryzyko przywrócenia rozwiązań do zgodności z DŚU nie wpłynie na Zaakceptowaną Kwotę Kontraktową i Czas na Ukończenie?

b) Czy Wykonawca potwierdza przyjęte sposoby posadowienia obiektów inżynierskich wyszczególnionych w załączniku nr 4 w tabeli nr 1?

c) Czy Wykonawca, przyjmując sposób posadowienia obiektów inżynierskich, w szczególności obiektów w km ok. 12+107,50 i w km ok 16+599,48, uwzględnił założenia rozpoznania geologicznego przekazanego przez Zamawiającego na etapie postępowania przetargowego?

d) Czy Wykonawca potwierdza, że przyjęte obiekty inżynierskie o konstrukcji powłokowo-gruntowej spełniają warunki wynikające z zapisów decyzji środowiskowej z dnia 08.04.2016 r., znak: WOOŚ.4200.1.2011.LP i wymagania Zamawiającego?

(por. wezwanie zamawiającego z dnia 10 sierpnia 2023 r., w aktach postępowania, w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na wezwanie odwołujący II złożył pismo z dnia 21 sierpnia 2023 r. W piśmie tym wskazał w odpowiedzi na pytanie nr 5 wyjaśnił, co następuje: a) Wykonawca na wstępie wskazuje i pragnie wyraźnie podkreślić, że ofertę sporządził zgodnie z dokumentacją Postępowania, w tym także przyjmując parametry obiektów inżynierskich oraz konstrukcję i sposób posadowienia uwzględnił wszelkie ryzyka wynikające z konieczności zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w dokumentacji Postępowania (dotyczy także ewentualnego przywrócenia rozwiązań do zgodności z DŚU). Uwzględniono zatem wszelkie ryzyka

wynikające i wskazane w opracowanej i udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji Postępowania;

b) Wykonawca potwierdza przyjęte sposoby posadowienia obiektów inżynierskich wyszczególnionych w załączniku nr 4 w tabeli nr 1;

c) Wykonawca, przyjmując sposób posadowienia obiektów inżynierskich, w szczególności obiektów w km ok. 12+107,50 i w km ok 16+599,48, uwzględnił założenia rozpoznania geologicznego przekazanego przez Zamawiającego na etapie postępowania przetargowego;

d) Wykonawca potwierdza, że przyjęte obiekty inżynierskie o konstrukcji powłokowo-gruntowej spełniają warunki wynikające z zapisów decyzji środowiskowej z dnia 08.04.2016 r., znak: WOOŚ.4200.1.2011.LP i wymagania Zamawiającego.

(por. pismo odwołującego II z dnia 21 sierpnia 2023 r., w aktach postępowania, w

dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 24 sierpnia 2023 r., zamawiający, działając na podstawie 223 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego II do udzielenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących treści złożonej Oferty. W wezwaniu zamawiający wskazał m.in.:

Wykaz obiektów inżynierskich (załącznik nr 4 tabela 1 do pisma znak: 02/S17/S3/CA/GDDKIA z dnia 02.08.2023 r.)

Z uwagi na udzielone dotychczas przez Wykonawcę odpowiedzi na pytania dotyczące obiektów inżynierskich, Zamawiający zwraca się o wyjaśnienia:

a) Z przekazanej przez Zamawiającego na etapie postępowania przetargowego dokumentacji geologiczno-inżynierskiej wynika, iż w lokalizacji obiektu inżynierskiego Nr 16 (w km 12+107) wskazanego w załączniku nr 4. Tabela nr 1 do pisma Wykonawcy nr 02/S17/S3/CA/GDDKIA z dnia 02.08.2023 r. występują grunty m.in. takie jak namuły, torfy, pyły. W związku z powyższym czy Wykonawca potwierdza przyjęty w Ofercie, wskazany w ww. załączniku nr 4. Tabela nr 1, sposób posadowienia przedmiotowego obiektu Nr 16? Jeżeli tak, to na jakiej podstawie?

b) Czy Wykonawca przyjmując do Oferty parametry obiektów inżynierskich, ich konstrukcję i sposób posadowienia, z uwagi na usytuowanie obiektów w dolinach rzek, uwzględnił warunki hydrologiczne przekazane przez Zamawiającego na etapie postępowania przetargowego?

(por. wezwanie zamawiającego z dnia 24 sierpnia 2023 r., w aktach postępowania, w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na wezwanie odwołujący II złożył pismo z dnia 28 sierpnia 2023 r. W piśmie tym wskazał m.in., co następuje:

Odnosząc się do powyższego pytania, Wykonawca na wstępie wskazuje, iż przygotowując ofertę działał w oparciu i z uwzględnieniem dokumentacji Postępowania, w tym przede wszystkim PFU, a także przepisami prawa. W szczególności zaś wskazujemy:

a) Tak, Wykonawca potwierdza wstępnie założony, wskazany w załączniku nr 4. Tabela nr 1 do pisma Wykonawcy nr 02/S17/S3/CA/GDDKIA z dnia 02.08.2023 r. sposób posadowienia obiektu w km 12+107. Jeśli chodzi o podstawę – niezależnie od analizy dokumentacji Postępowania, Wykonawca w szczególności wskazuje,

iż po analizie warunków gruntowych, na podstawie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej i przeprowadzeniu obliczeń sprawdzających posadowienia podpór obiektu, dla przedmiotowego mostu założono posadowienie bezpośrednie na wzmocnionym podłożu.

b) Tak, Wykonawca niniejszym potwierdza, że niezależnie od innych działań Wykonawcy, przygotowując ofertę uwzględnił w stosownym zakresie warunki hydrologiczne przekazane przez Zamawiającego na etapie postępowania przetargowego.

(por. pismo odwołującego II z dnia 28 sierpnia 2023 r., w aktach postępowania, w

dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 1 września 2023 r., zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego II m.in. do udzielenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących treści złożonej Oferty. W wezwaniu zamawiający wskazał m.in.: Zważywszy na uzyskaną odpowiedź, prosimy o przedstawienie dodatkowych wyjaśnień Wykonawcy:

a) Prosimy o przekazanie rozwiązań projektowych (przekroju podłużnego) obiektu Nr 16 (w km 12+107) wymienionego w załączniku nr 4. Tabela nr 1 do pisma Wykonawcy nr 02/S17/S3/CA/GDDKIA z dnia 02.08.2023 r. ze wskazaniem lokalizacji (zgodnie z pikietażem drogi ekspresowej z Koncepcji Programowej) planowanych przyczółków i podpór obiektu Nr 16, a także informację czy pokrywają się one z lokalizacją wykonanych otworów wiertniczych zawartych w przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji geologiczno-inżynierskiej (jeżeli tak, to prosimy o wskazanie ich numerów zgodnie z DGI).

b)W jaki sposób przy sporządzaniu Oferty i przyjęciu parametrów obiektu Nr 16 (w km 12+107) wymienionego w załączniku nr 4. Tabela nr 1 do pisma Wykonawcy nr 02/S17/S3/CA/GDDKIA z dnia 02.08.2023 r. Wykonawca uwzględnił zapisy decyzji środowiskowej z dnia 08.04.2016 r., znak: WOOŚ.4200.1.2011.LP w zakresie przejść dla zwierząt?

(por. wezwanie zamawiającego z dnia 1 września 2023 r., w aktach postępowania, w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na wezwanie odwołujący II złożył pismo z dnia 8 września 2023 r. W piśmie tym wskazał m.in., co następuje: a)

Wykonawca przekazuje w załączeniu przekrój podłużny obiektu nr 16 km 12+107 z wskazaną lokalizacją podpór zgodnie z pikietażem drogi ekspresowej z Koncepcji Programowej oraz opisaną lokalizacją otworów geologicznych.

Tak, potwierdzamy iż lokalizacja przyczółków i podpór obiektu pokrywają się z lokalizacją wykonanych otworów wiertniczych zawartych w przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji geologiczno-inżynierskiej oprócz podpory nr 5. Dla podpory nr 5 założono parametry gruntu jak dla sąsiedniej podpory nr 4. Numery otworów pokrywających się z podporami obiektu przyjętego przez Wykonawcę, zgodnie z załączonym rysunkiem: lll_OB_15_4; lll_OB_15_5, lll_OB_15_6, lll_OB_15_7, lll_OB_15_8, lll_OB_15_11,

lll_OB_15_12, lll_OB_15_13, lll_OB_15_15, lll_OB_15_16, lll_OB_15_18. b)

W przygotowanej ofercie, Wykonawca uwzględnił wszystkie wymogi nakładane na inwestycję zapisami decyzji środowiskowej z dnia 08.04.20l6r., znak: WOOŚ.4200.l.20ll.LP.

Obiekt nr 16 (w km l2+l07) wymieniony w załączniku nr 4. Tabela nr l do pisma Wykonawcy nr 02/Sl7/S3/CA/GDDKIA z dnia 02.08.2023 r. jest mostem nad rzeką Łopuszanką pełniącym funkcje przejścia dolnego dla zwierząt średnich. W związku z powyższym, uwzględniony w ofercie kształt obiektu 16 (w km l2+l07) w szczególności uwzględnia zapisy decyzji środowiskowej zawarte punktach nr: 3.13, 3.15. 3.21 - 3.26, 3.28

Do wyjaśnień załączono m.in. przekrój podłużny trasy i przekrój obiektu

(por. pismo odwołującego II z dnia 8 września 2023 r., w aktach postępowania, w

dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 12 września 2023 r., zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego II m.in. do udzielenia odpowiedzi: a) Prosimy o uzupełnienie przekazanego przekroju podłużnego obiektu nr 16 w km 12+107 o poniższe dane:

- poziom wody normalnej …… m n.p.m.
- poziom wielkiej wody …….. m n.p.m. o prawdopodobieństwie p=……
- poziom wielkiej wody spiętrzonej …….. m n.p.m.
- poziom góry fundamentu podpór i ław przyczółków (w m n.p.m.)

- poziom spodu fundamentu podpór i ław przyczółków (w m n.p.m.)

- sposób posadowienia podpór i przyczółków.

b) Jeżeli w przypadku przyjętego przez Wykonawcę do Oferty posadowienia bezpośredniego podpór i przyczółków obiektu Nr 16 w km 12+107 zajdzie konieczność zastosowania

posadowienia pośredniego, czy w Ofercie uwzględniono ryzyko Wykonawcy ewentualnego zaprojektowania i wykonania posadowienia pośredniego podpór i przyczółków obiektu w km 12+107 i nie wpłynie to na Zaakceptowaną Kwotę Kontraktową i Czas na Ukończenie?.

(por. wezwanie zamawiającego z dnia 12 września 2023 r., w aktach postępowania, w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na wezwanie odwołujący II złożył pismo z dnia 14 września 2023 r. W piśmie tym wskazał m.in., co następuje:

Na wstępie, przed odpowiedzią na poszczególne pytania Zamawiającego, Wykonawca pragnie zaznaczyć, iż przedstawione poniżej wstępne założenia zostały przygotowane na etapie sporządzania oferty i kalkulacji oferowanego wynagrodzenia, które ma charakter ryczałtowy. Wykonawca przyjmując ww. założenia bazował na danych przekazanych przez Zamawiającego oraz własnym doświadczeniu w zakresie niezbędnym do prawidłowej kalkulacji ofertowej. Z uwagi jednak na to, że zamówienie będzie realizowane w formule „zaprojektuj i zbuduj", szczegółowe dane w zakresie o który dopytuje Zamawiający, będą wynikały z zaprojektowanych i zatwierdzonych przez Zamawiającego zgodnie z warunkami umowy opracowań projektowych. W szczególności dotyczy to technologii, lokalizacji, rodzaju materiałów, profilów projektowych itp. W związku z powyższym podane przez Wykonawcę w poniższych wyjaśnieniach informacje mają charakter wstępnych założeń, które mogą ulec zmianom na etapie realizacji przedmiotu umowy.

(…)

a) Wykonawca w załączeniu przekazuje przekrój podłużny obiektu nr 16 w km 12+107 uzupełniony o wnioskowane dane.

Jednocześnie wyjaśniamy, iż podane wartości stanowią dane szacunkowe, gdyż szczegółowe informacje w ww. zakresie Wykonawca będzie posiadał po wykonaniu obliczeń hydrauliczno-hydrologicznych, wykonaniu operatów wodnoprawnych z uwzględnieniem obowiązujących przepisów oraz aktualnych poziomów wód miarodajnych, których wykonanie stanowi część przedmiotu umowy na wykonanie zamówienia publicznego i którymi Wykonawca na etapie kalkulacji ofertowej nie dysponuje.

Na przekazanym przekroju uzupełniono także poziomy fundamentów i posadowienia, które również będą wynikały z ostatecznych opracowań projektowych branży mostowej, wykonanych przez Wykonawcę po podpisaniu umowy i na jej podstawie. W związku z powyższym, prosimy o traktowanie ww. danych jako poglądowych i szacunkowych oraz przyjęcie że ostatecznie możliwe jest, że dane w ww. wykonanych opracowaniach projektowych mogą się różnić, gdyż przekazywane wcześniej jak i obecnie przekroje obiektu, mają charakter rysunków roboczych.

Brak obowiązku szczegółowych, gotowych rozwiązań na obecnym etapie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Tak zatem, brak jakiegokolwiek elementu na takim rysunku nie przesądza o jego nieuwzględnieniu przez Wykonawcę (zob. wyrok KIO 2587/22). Jest to wyłącznie kwestia ogólności (poglądowości) przedłożonych szkiców. Wykonanie szczegółowych rysunków i przekrojów, jako jeden z elementów zobowiązań kontraktowych (zakresu prac projektowych), zostanie przygotowane w opracowanej dokumentacji projektowej, w której rozwiązania zapewniać będą funkcjonalność i bezpieczeństwo użytkowania zgodne z SWZ, przepisami prawa, decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach i zasadami wiedzy technicznej. b)

W odpowiedzi na powyższe pytanie w pierwszej kolejności wyjaśniamy, że Wykonawca dokonał interpretacji przekazanych przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania wszelkich istotnych danych dotyczących topografii Placu Budowy i warunków podpowierzchniowych, hydrologicznych, klimatycznych i środowiskowych na Placu Budowy tak aby uzyskać w zakresie praktycznie możliwym (biorąc pod uwagę koszt i czas), wszelkie konieczne informacje odnośnie ryzyk, nieprzewidzianych zagrożeń oraz innych okoliczności, które mogą wpływać na Ofertę lub Roboty.

Zaoferowana przez Wykonawcę Zaakceptowana Kwota Kontraktowa została oparta na danych, interpretacjach, niezbędnych informacjach, inspekcjach, badaniach i upewnieniu się, co do wszelkich odnośnych spraw w zakresie wymienionym powyżej.

Biorąc pod uwagę formułę niniejszego postępowania („zaprojektuj i zbuduj") oraz charakter oferowanej ceny (ryczałtowy), Wykonawca uwzględnił w swojej ofercie różnego rodzaju ryzyka w sytuacjach przewidzianych w tym zakresie w Warunkach Kontraktu (projektowane postanowienia umowy – Tom II SWZ).

Do wyjaśnień załączono przekrój obiektu.

(por. pismo odwołującego II z dnia 14 września 2023 r., w aktach postępowania, w

dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że w dniu 9 stycznia 2024 r. zamawiający zawiadomił odwołującego II o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. oraz o odrzuceniu oferty odwołującego II na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż jej treść jest niezgodna z dokumentami zamówienia. W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego II zamawiający wskazał, co następuje:

Niezgodność treści Oferty z warunkami zamówienia obejmuje następujące elementy: niespełniony został warunek określony w punkcie 2.1.16.2.5a) Program Funkcjonalno-Użytkowy (PFU).

Pismem z dnia 18.07.2023 r., znak: O/LU.D-3.2410.10.2022.34.AW Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum GAP o wyjaśnienie treści złożonej Oferty i wskazanie założeń/rozwiązań technicznych przyjętych do jej sporządzenia. Istotną kwestią jest fakt, że zadane przez Zamawiającego pytanie nr 28 dotyczyło wskazania „[…] ujętych w cenie Oferty obiektów inżynierskich, z określeniem lokalizacji obiektu, typu obiektu (wiadukt, most, przejście dolne dla średnich zwierząt itp.), klasy obciążenia, wskazanie długości obiektu, szerokości i rodzaju konstrukcji oraz sposobu posadowienia obiektu.[…]"

W odpowiedzi na ww. pismo Zamawiającego z dnia 18.07.2023 r., Konsorcjum GAP pismem nr 02/S17/S3/CA/GDDKIA z dnia 02.08.2023 r. w Tabeli Nr 1 Załącznika Nr 4 przedstawiło zestawienie obiektów inżynierskich wraz z ich lokalizacją, parametrami technicznymi, typem obiektu i konstrukcji oraz sposobem posadowienia obiektów jn.

Dodatkowo Wykonawca w piśmie z dnia 21.08.2023 r. nr 03/S17/S3/CA/GDDKIA, stanowiącym odpowiedź na zadane przez Zamawiającego dodatkowe pytania (pismem z dnia 10.08.2023 r. znak: O/LU.D-3.2410.10.2022.36.AW), potwierdził przyjęte sposoby posadowienia obiektów inżynierskich wyszczególnionych w ww. Załączniku Nr 4 w Tabeli nr 1.

W związku z koniecznością udzielenia przez Wykonawcę dodatkowych wyjaśnień m.in. w zakresie posadowienia mostu na rzece Łopuszance (obiekt nr 16 – wg Tabeli nr 1), Zamawiający pismem z dnia 01.09.2023 r., znak: O/LU.D-3.2410.10.2022.40.AW wystąpił o przedłożenie rozwiązań projektowych tj. przekroju podłużnego obiektu nr 16 (w km 12+107) wraz ze wskazaniem lokalizacji planowanych przyczółków i podpór obiektu nr 16, a także o przekazanie informacji, czy pokrywają się one z lokalizacją wykonanych otworów wiertniczych zawartych w przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji geologiczno-inżynierskiej.

Z przekazanego przy piśmie Wykonawcy z dnia 08.09.2023 r. nr 05/S17/S3/CA/GDDKIA przekroju podłużnego obiektu nr 16 w km 12+107 (Załącznik nr 2 do pisma Wykonawcy) wynika, że każdy przyczółek i każda podpora pośrednia zostały posadowione na wzmocnionym podłożu o minimalnym wskaźniku wzmocnienia gruntu wz=0,25.

W związku z tym, że Konsorcjum GAP w wyjaśnieniach z dnia 08.09.2023 r., znak: 05/S17/S3/CA/GDDKIA na przekroju podłużnym drogi S17 nie przedstawiło wszystkich wymaganych danych, które umożliwiłyby weryfikację przyjętych do Oferty przez Wykonawcę założeń, Zamawiający pismem z dnia 12.09.2023 r., znak: O/LU.D- 3.2410.10.2022.41.AW zwrócił się o dodatkowe wyjaśnienia treści Oferty m.in. o uzupełnienie przekazanego przekroju podłużnego obiektu nr 16, w km 12+107 o dane takie jak: - poziom wody normalnej (w metrach n.p.m.), - poziom wielkiej wody (w metrach n.p.m.),

- poziom wielkiej wody spiętrzonej (w metrach n.p.m.),

- poziom góry fundamentu podpór i ław przyczółków (w metrach n.p.m.),

- poziom spodu fundamentu podpór i ław przyczółków (w metrach n.p.m.), - sposób posadowienia podpór i przyczółków.

W odpowiedzi na powyższe, Konsorcjum GAP w Załączniku nr 1 do pisma z dnia 14.09.2023 r. znak: 06/S17/S3/CA/GDDKIA przedstawiło przekrój podłużny obiektu nr 16 – MS(ES)/PZDsz-11 km 12+108 zawierający ww. dane. Na przekroju podłużnym Wykonawca podał: rzędną wody normalnej, rzędną wielkiej wody, rzędną wielkiej wody spiętrzonej, poziom góry fundamentu podpór i ław przyczółków (w metrach n.p.m.) a także poziom spodu fundamentu podpór i ław przyczółków (w metrach n.p.m.) jn. (■■■)

Fragment przekroju podłużnego obiektu MS(ES)/PZDsz-11 km 12+108 od podpory 4 do podpory 6.

Z wyjaśnień Wykonawcy wynika, że do Oferty przyjął rozwiązania projektowe dla obiektu (mostowego) nr 16, w których:

- rzędna wody normalnej wynosi: 188,87 m n.p.m.,

- rzędna wielkiej wody wynosi: 190,21 m n.p.m.,

- rzędna wielkiej wody spiętrzonej wynosi: 190,25 m n.p.m.

- poziom posadowienia przyczółka (podpory nr 1), w km 12+118 wynosi: 188,81 m n.p.m., a poziom góry fundamentu tego przyczółka wynosi: 190,01 m n.p.m.,

- poziom posadowienia podpory nr 2, w km 12+136 wynosi: 188,86 m n.p.m., a poziom góry fundamentu podpory nr 2 wynosi: 190,07 m n.p.m.,

- poziom posadowienia podpory nr 3, w km 12+161 wynosi: 188,32 m n.p.m., a poziom góry fundamentu podpory nr 3 wynosi: 189,52 m n.p.m.

- poziom posadowienia podpory nr 4, w km 12+185 wynosi: 187,66 m n.p.m., a poziom góry fundamentu podpory nr 4 wynosi: 188,86 m n.p.m

- poziom posadowienia podpory nr 5, w km 12+210 wynosi: 187,16 m n.p.m., a poziom góry fundamentu podpory nr 5 wynosi: 188,36 m n.p.m.

- posadowienie przyczółka (podpory nr 6), w km 12+228 przyjęto na rzędnej 186,94 m n.p.m., a poziom góry fundamentu tego przyczółka wynosi: 188,14 m n.p.m.

Ponadto Konsorcjum GAP podało informacje o rodzaju posadowienia, każdego przyczółka i każdej podpory pośredniej tego obiektu mostowego, jako posadowienie bezpośrednie na wzmocnionym podłożu, o minimalnym wskaźniku wzmocnienia gruntu rodzimego wz=0,25.

Biorąc pod uwagę przedstawione na etapie pytań technicznych wyjaśnienia Konsorcjum GAP, dotyczące sposobu posadowienia obiektu nr 16 należy stwierdzić, że przyjęte przez Wykonawcę założenia do Oferty są niezgodne z wymaganiami

Zamawiającego określonymi w punkcie 2.1.16.2.5a) – Posadowienie wymagania szczególne

Programu Funkcjonalno–Użytkowego, który wskazuje, że:

„podpory mostów, zlokalizowane na terenie pokrytym wodą przy przepływie miarodajnym, powinny być posadowione na fundamentach pośrednich. Dno cieku wokół fundamentu podpory powinno być umocnione (np. materacem faszynowo-kamiennym) w sposób odpowiedni do przewidywanego zagrożenia".

Podkreślić należy, że dla obiektu (mostowego) nr 16, Konsorcjum GAP do Oferty przyjęło rozwiązania projektowe w których podpory tj.:

- podpora nr 1 posadowiona została na rzędnej 188,81 m n.p.m.,

- podpora nr 2 posadowiona została na rzędnej 188,86 m n.p.m.,

- podpora nr 3 posadowiona została na rzędnej 188,32 m n.p.m.,

- podpora nr 4 posadowiona została na rzędnej 187,66 m n.p.m.,

- podpora nr 5 posadowiona została na rzędnej 187,16 m n.p.m.,

- podpora nr 6 posadowiona została na rzędnej 186,94 m n.p.m.,

znajdują się na terenie pokrytym wodą przy przepływie miarodajnym (rzędna wody miarodajnej tj. poziom wielkiej wody wynosi: 190,21 m n.p.m.), nie zostały posadowione na fundamentach pośrednich - co jest niezgodne z ww. wymaganiami Zamawiającego.

Wykonawca przyjął niezgodne z wymaganiami Zamawiającego założenia. W konsekwencji złożona przez Wykonawcę Oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu, jak wykazano powyżej.

(por. ww. zawiadomienie, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

W sprawie o sygn. akt KIO 204/24 Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 204/24 zasługiwało na uwzględnienie.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego II z powodu sprzeczności treści jego oferty z dokumentami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Jak wskazuje się jednolicie w orzecznictwie Izby, odrzucenie oferty wykonawcy na tej podstawie musi nastąpić w razie stwierdzenia niebudzącej wątpliwości sprzeczności oferty wykonawcy z jednoznacznymi postanowieniami, wynikającymi z dokumentów zamówienia.

Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego II wskazał, że treść oferty odwołującego II w zakresie rozwiązań projektowych dla obiektu (mostowego) nr 16 miała być sprzeczna z postanowieniem punktu 2.1.16.2.5a) – Posadowienie

wymagania szczególne Programu Funkcjonalno–Użytkowego - „podpory mostów, zlokalizowane na terenie pokrytym wodą przy przepływie miarodajnym, powinny być

posadowione na fundamentach pośrednich. Dno cieku wokół fundamentu podpory powinno być umocnione (np. materacem faszynowo-kamiennym) w sposób odpowiedni do przewidywanego zagrożenia".

Jak wynikało z postanowienia PFU, przywołanego przez zamawiającego, konieczność posadowienia podpór na fundamentach pośrednich była wymagana przez zamawiającego tylko w przypadku, gdy zostaną zlokalizowane na

terenie pokrytym wodą przy przepływie miarodajnym. Po drugie zaś, wymóg ten dotyczył posadowienia pośredniego jedynie podpór, a nie całego obiektu mostowego.

Dostrzeżenia wymagało jednak, że w dokumentach zamówienia zamawiający nie określił wiążącego poziomu miarodajnego przepływu wody dla cieku Łopuszanka, który miał być pokonywany przez obiekt mostowy nr 16. Poziomu miarodajnego zamawiający nie podał także w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Nie było sporne między stronami, że do niewiążącej Koncepcji Programowej załączono „Analizę hydrologiczno-hydrauliczną" wykonaną w sierpniu 2020 r., w której wyliczono miarodajne poziomy wód w oparciu o nieaktualne już Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. 2000 nr 63 poz. 735 z późniejszymi zmianami). Nie było także sporne, że w dokumentach tych wartość prawdopodobieństwa przewyższenia przepływów określono jako 0,3%.

Podkreślenia jednak wymagało, że w pkt 3.1. PFU, na liście aktów prawnych i dokumentów, pod pozycją 138, znajdowały się m.in. wytyczne WR-M-12 „Wytyczne obliczania świateł drogowych mostów i przepustów hydraulicznych". W wytycznych WR-M-12 w punkcie 4.4 znajdowało się zaś postanowienie:

> 4.4 Wartości prawdopodobieństwa przewyższenia dla przepływów miarodajnych
>
> 1) w odniesieniu do mostów, wartość prawdopodobieństwa przewyższenia przepływów dla wszystkich klas drogi należy przyjmować równą 0,5%.

Nie było sporne między stronami, że prawdopodobieństwo 0,3% oznacza, że należy przyjąć przepływy raz na 333 lata, a prawdopodobieństwo 0,5 % – raz na 200 lat. Im rzadsze zjawisko, tym bardzie dotkliwe, bardziej katastroficzne. Dlatego też woda miarodajna, którą określa w danych warunkach gruntowych poziom wielkiej wody jest wyższa dla współczynnika Q 0,3%, a niższa dla współczynnika Q 0,5%.

Tymczasem zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego II nie wyliczył i nie podał poziomu wody miarodajnej ustalonej zgodnie z wytycznymi, do których odwoływał się PFU. Zamawiający oparł się na wyjaśnieniach odwołującego II

twierdząc, że poziom wody miarodajnej (rzędna wody miarodajnej tj. poziom wielkiej wody) wynosi: 190,21 m n.p.m. Uszło jednak uwadze zamawiającego, że odwołujący II wyznaczył tę rzędną wg prawdopodobieństwa Q 0,3%, a dodatkowo czyniąc to szacunkowo i zastrzeżeniami, o czym będzie mowa dalej. Zamawiający zatem nie tylko nawet nie wykazał, ale nawet nie wskazał, jaki będzie poziom wody miarodajnej dla cieku Łopuszanka obliczony wg wytycznych, do których sam odsyłał w PFU. W konsekwencji zamawiający nie może twierdzić, że na pewno podpory obiektu nr 16 zostaną zlokalizowane na terenie pokrytym wodą przy przepływie miarodajnym.

Na marginesie należało wskazać, że wyznaczenie przez odwołującego II w wyjaśnieniach rzędnych wg nieobowiązującego prawdopodobieństwa Q 0,3%, zostało dopuszczone przez zamawiającego. Dostrzeżenia wymagało bowiem, że w swym w wezwaniu zamawiający nie oczekiwał podania od niego poziomu wody miarodajnej ustalanej zgodnie z wytycznymi. Jak wynikało wprost z treści wezwania, zamawiający oczekiwał podania rzędnej wysokiej wody dla wybranego przez wykonawcę prawdopodobieństwa.

Niezależnie od błędu zamawiającego, który nie dostrzegł, że odwołujący II w swych wyjaśnieniach wyznaczył tę rzędną wg prawdopodobieństwa Q 0,3% (a więc w sposób, w okolicznościach danej sprawy, mniej korzystny dla siebie), to także w sposób nieprawidłowy odczytał intencje odwołującego II jako jego wiążące zobowiązanie do wykonania obiektu w sposób opisany w wyjaśnieniach.

Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego II pominął fakt, że wykonawca w swych wyjaśnieniach zawarł istotne zastrzeżenia. Owszem wykonawca przekazał zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie przekrój podłużny obiektu nr 16 w km 12+107 uzupełniony o wnioskowane w wezwaniu dane. W wyjaśnieniach poczynił jednak pewne zastrzeżenia, które należało wziąć pod uwagę przy analizie składanego przekroju. Odwołujący II złożył bowiem także następujące oświadczenie: Jednocześnie wyjaśniamy, iż podane wartości stanowią dane szacunkowe, gdyż szczegółowe informacje w ww. zakresie Wykonawca będzie posiadał po wykonaniu obliczeń hydrauliczno-hydrologicznych, wykonaniu operatów wodnoprawnych z uwzględnieniem obowiązujących przepisów oraz aktualnych poziomów wód miarodajnych, których wykonanie stanowi część przedmiotu umowy na wykonanie zamówienia publicznego i którymi Wykonawca na etapie kalkulacji ofertowej nie dysponuje.

Na przekazanym przekroju uzupełniono także poziomy fundamentów i posadowienia, które również będą wynikały z ostatecznych opracowań projektowych branży mostowej, wykonanych przez Wykonawcę po podpisaniu umowy i na jej podstawie. W związku z powyższym, prosimy o traktowanie ww. danych jako poglądowych i szacunkowych oraz przyjęcie że ostatecznie możliwe jest, że dane w ww. wykonanych opracowaniach

projektowych mogą się różnić, gdyż przekazywane wcześniej jak i obecnie przekroje obiektu, mają charakter rysunków roboczych.

Jak wynikało z przytoczonych fragmentów wyjaśnień odwołującego II, sygnalizował on wyraźnie zamawiającemu jedynie poglądowy, szacunkowy charakter przekazywanego przekroju. Powyższe zastrzeżenia wykonawcy były uzasadnione. Z uwagi na formułę postępowania, to jest projektuj i buduj, ostateczne wyznaczenie poziomu wody miarodajnej dokonywane będzie dopiero po zawarciu umowy i na etapie projektowania, po przeprowadzeniu specjalistycznych

wyliczeń, wg prawidłowego wskaźnika prawdopodobieństwa, z uwzględnieniem kształtu terenu budowy, oraz w oparciu o aktualne dane, których wykonawca nie miał obowiązku pozyskać na etapie szacowania ceny ofertowej.

Co więcej, dostrzeżenia wymagało, że w treści swego wezwania zamawiający wskazał ponadto:

b) Jeżeli w przypadku przyjętego przez Wykonawcę do Oferty posadowienia bezpośredniego podpór i przyczółków obiektu Nr 16 w km 12+107 zajdzie konieczność zastosowania posadowienia pośredniego, czy w Ofercie uwzględniono ryzyko Wykonawcy ewentualnego zaprojektowania i wykonania posadowienia pośredniego podpór i przyczółków obiektu w km 12+107 i nie wpłynie to na Zaakceptowaną Kwotę Kontraktową i Czas na Ukończenie?.

Jak wynikało z powyższego fragmentu wezwania, zamawiający miał świadomość tego, że otrzymane wyjaśnienia mogą mieć charakter poglądowy, szacunkowy i wstępny. Wykonawca w odpowiedzi na to ostatnie pytanie zamawiającego potwierdził też, że Biorąc pod uwagę formułę niniejszego postępowania („zaprojektuj i zbuduj") oraz charakter oferowanej ceny (ryczałtowy), Wykonawca uwzględnił w swojej ofercie różnego rodzaju ryzyka w sytuacjach przewidzianych w tym zakresie w Warunkach Kontraktu (projektowane postanowienia umowy – Tom II SWZ). Wykonawca zatem poinformował zamawiającego, że w cenie ofertowej uwzględnił także ryzyko zmiany posadowienia z bezpośredniego na pośrednie.

W ocenie Izby zamawiający przy ocenie wyjaśnień nie uwzględnił powołanych wyraźnie zastrzeżeń i całokształtu odpowiedzi odwołującego II, wywodząc wbrew ich treści, że przekazany przekrój obrazuje wiążący, niezamienialny zamiar odwołującego II wykonania podpór spornego obiektu z zastosowaniem posadowienia bezpośredniego. Zdaniem Izby powyższa treść wyjaśnień odwołującego II nakazywała ostrożność przy traktowaniu przekazywanych informacji jako treści „oferty", rozumianej jako stanowcze zobowiązanie wykonawcy do wykonania określonego świadczenia.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający dodatkowo przykładowo wskazał, że w miejscu podpór nr 4 i 5 obiektu nr 16 występują grunty słabonośne. Zamawiający wskazał bowiem m.in.: Z przekazanej Wykonawcom w tym Odwołującemu na etapie postępowanie

przetargowego Dokumentacji Geologiczno-Inżynierskiej (DGI) wynika, że podpory pośrednie w pobliżu rzeki Łopuszanki tj. podpora nr 4 i nr 5 zlokalizowane są na gruntach słabonośnych, gdzie miąższość gruntów słabonośnych wynosi od 2 m-3 m do nawet 10 m. Zgodnie z obowiązującą wiedzą techniczną grunty organiczne nie nadają się do bezpośredniego posadowienia obiektów i wskazują na konieczność wgłębnego wzmocnienia podłoża gruntowego.

Na powyższą okoliczność wskazywał także w swym piśmie procesowym przystępujący Mostostal.

Dostrzeżenia wymagało, że powyższe okoliczności faktyczne nie stanowiły podstawy faktycznej czynności odrzucenia oferty odwołującego II zaskarżonej w odwołaniu. Jeśli zamawiający uważał, że niemożliwość bezpośredniego posadowienia podpór obiektu nr 16 wynika także z występowania na tym terenie gruntów słabonośnych, czy innych warunków geologicznych, to argumentację w tym zakresie powinien przedstawić wykonawcy w uzasadnieniu czynności odrzucenia jego oferty, czego jednak zabrakło.

Izba podziela zatem w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż „(…) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegającego na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące

okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (…)".

Zasadnym wydaje w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskie z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych,

może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów".

Dodatkowo przystępujący Mostostal podniósł w swym piśmie procesowym, że oferta odwołującego II podlegała odrzuceniu z powodu niewniesienia wadium w sposób prawidłowy. Powyższy zarzut nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę. Po pierwsze, takie stanowisko przystępującego Mostostal okazało się sprzeczne ze stanowiskiem zamawiającego, który nie odrzucił oferty odwołującego II z ww. powodu. Stanowisko uczestnika, jako sprzeczne ze stanowiskiem strony, do której przystąpił, należało pominąć. Ponadto, zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu. Oferta odwołującego II nie została odrzucona z powodu złożenia nieprawidłowego wadium, stąd też w odwołaniu próżno było szukać wywodów na ten temat.

Kierując się powyższymi rozważaniami, Izba stwierdziła, że odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 204/24 zasługiwało na uwzględnienie. Izba uznała bowiem, że czynność odrzucenia oferty odwołującego II z dnia 9 stycznia 2024 r., z takim niedostatecznym uzasadnieniem faktycznym i prawnym, jakie sporządził zamawiający, nie odpowiadała prawu i powinna zostać unieważniona.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenia Izby, o którym mowa w pkt 1 - 3 sentencji, miały charakter merytoryczny. Z kolei orzeczenia Izby zawarte w pkt 4, 5 sentencji miały charakter formalny, gdyż dotyczyły kosztów

postępowań, a zatem były postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1-3 sentencji) i formalnym (pkt 4 i 5 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

W sprawie o sygn. akt KIO 202/24 stwierdzone przez Izbę naruszenia ustawy Pzp, miały wpływ na wynik postępowania. Zamawiający wybrał bowiem jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego Mostostal, który podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

W sprawie o sygn. akt KIO 204/24 stwierdzone przez Izbę naruszenia ustawy Pzp, mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający z naruszeniem ustawy Pzp odrzucił bowiem ofertę odwołującego II, która – w świetle kryteriów oceny ofert, może być wybrana jako najkorzystniejsza.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu:

1) W sprawie o sygn. akt KIO 202/24 - unieważnienie czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. w Warszawie:

a) jako podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 109 ust.

1 pkt 8 oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp,

b) który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, opisanego w pkt 8.2.4.1. lit. c IDW;

- w sposób wskazany w pkt 1 sentencji wyroku;

2) w sprawie o sygn. akt KIO 202/24 - unieważnienie czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego II oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w sposób wskazany w pkt 3 sentencji wyroku.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 i 3 sentencji.

Odnośnie zarzutów i żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 554 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Stosownie do przywoływanego przepisu, w przypadku uwzględnienia odwołania w części, w sentencji wyroku Izba wskazuje, które zarzuty uznała za uzasadnione, a które za nieuzasadnione.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W sprawie o sygn. akt KIO 202/24 Izba uwzględniła częściowo odwołanie w zakresie zarzutów opisanych w pkt IV uzasadnienia odwołania. Odwołanie podlegało oddaleniu w zakresie pozostałych zarzutów, to jest zarzutów opisanych w pkt II i III uzasadnienia odwołania. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosili zatem wnoszący sprzeciw przystępujący Mostostal w części 1/3 oraz odwołujący I w części 2/3. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego I w kwocie 20.000 zł.

Odwołujący I poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 20.000 zł, tytułem wpisu od odwołania, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 13.333,33 zł (20.000 zł x 2/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od wnoszącego sprzeciw Mostostal na rzecz odwołującego I kwotę 6.666,67 zł (20.000 zł – 13.333,33 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego I, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 202/24 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 w rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

W sprawie o sygn. akt KIO 204/24 Izba uwzględniła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości zamawiający. Na koszty postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 204/24 składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego II w kwocie 20.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego II w wysokości 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 204/24 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego, o kosztach postępowań odwoławczych orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..…