

Sygn. akt: KIO 1543/24, KIO 1568/24

WYROK

Warszawa, dnia 28 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Członkowie: Bartosz Stankiewicz

Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2024 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 30 kwietnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Track

Tec Construction Sp. z o.o. we Wrocławiu i „Polbud-Pomorze” Sp. z o.o. w Łącku sygn. akt: KIO 1543/24,

B. w dniu 2 maja 2024 r. przez odwołującego ZUE S.A. w Krakowie sygn. akt: KIO 1568/24,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

– Skanska S.A. w Warszawie w sprawach sygn. akt: KIO 1543/24 i KIO 1568/24,

– ZUE S.A. w Krakowie w sprawie sygn. akt: KIO 1543/24,

orzeka:

Sygn. akt: KIO 1543/24

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Track Tec Construction Sp. z o.o. we Wrocławiu i „Polbud-Pomorze” Sp. z o.o. w Łącku i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 28 236,00 zł (dwadzieścia osiem tysięcy dwieście trzydzieści sześć złotych) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego,

2.2. zasądza solidarnie od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Track Tec Construction Sp. z o.o. we Wrocławiu i „Polbud-Pomorze” Sp. z o.o. w Łącku na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie kwotę 3 617,00 zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Sygn. akt: KIO 1568/24

1. częściowo umarza postępowanie odwoławcze – w zakresie zarzutów nr 1 lit. b, d, e oraz nr 3 lit. b, d, e,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego ZUE S.A. w Krakowie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 27 217,00 zł (dwadzieścia siedem tysięcy dwieście siedemnaście złotych) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego,

2.2. zasądza od odwołującego ZUE S.A. w Krakowie na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie kwotę 3 617,00 zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1543/24, KIO 1568/24

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 104 Chabówka - Nowy Sącz, na odc. Chabówka - Rabka Zaryte - Mszana Dolna oraz Limanowa - Klęczany - Nowy Sącz”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym

opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 października 2023 r. pod nr 2023/S 201-630658, dalej zwane „postępowaniem”. Postępowanie na roboty budowlane o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1543/24:

W dniu 30 kwietnia 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego wniosło konsorcjum Track Tec Construction Sp. z o.o. ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław i „Polbud–Pomorze” Sp. z o.o. Łącko 18, 88-170 Pakość (dalej zwane „odwołującym” lub „odwołującym konsorcjum Track Tec”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez błędne uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie sformułowanego w pkt. 12.6 Tomu I Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) – Instrukcji dla Wykonawców (dalej: IDW) wymogu, iż „Sumaryczna wartość pozycji RCO („Rozbicia Ceny Ofertowej”) wykonania dokumentacji projektowej i certyfikacji branży STEROWANIE RUCHEM KOLEJOWYM (suma pozycji 1.1.1 i 1.1.2 z zakładki RCO 1.1 oraz całej zakładki RCO 1.2 w skrószycie Zakres podstawowy - RCO - 03. Urządzenia sterowania ruchem kolejowym) nie może przekroczyć 7% wartości oferty netto za wykonanie robót budowlanych branży STEROWANIE RUCHEM KOLEJOWYM (suma pozycji 2.1, 2.2, 2.3 i 2.4 Tabeli elementów scalonych w skrószycie Zakres podstawowy - RCO - 03. Urządzenia sterowania ruchem kolejowym)”, podczas gdy prawidłowa wykładnia treści ww. postanowienia IDW oraz ocena treści oferty Odwołującego winna prowadzić do wniosku, że oferta Odwołującego pozostaje zgodna z warunkami zamówienia, a w konsekwencji bezpodstawne odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego;
- 2.art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez zaniechanie dokonania poprawy oferty Odwołującego w zakresie zaistniałej innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, w zakresie wymogu sformułowanego w pkt. 12.6 IDW, iż „Sumaryczna wartość pozycji RCO wykonania dokumentacji projektowej i certyfikacji branży STEROWANIE RUCHEM KOLEJOWYM (suma pozycji 1.1.1 i 1.1.2 z zakładki RCO 1.1 oraz całej zakładki RCO 1.2 w skrószycie Zakres podstawowy - RCO - 03. Urządzenia sterowania ruchem kolejowym) nie może przekroczyć 7% wartości oferty netto za wykonanie robót budowlanych branży STEROWANIE RUCHEM KOLEJOWYM (suma pozycji 2.1, 2.2, 2.3 i 2.4 Tabeli elementów scalonych w skrószycie Zakres podstawowy - RCO - 03. Urządzenia sterowania ruchem kolejowym)”, mimo iż w stanie faktycznym sprawy zaistniały podstawy dla dokonania poprawy oferty Odwołującego w ww. zakresie, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp, w szczególności poprawa stwierdzonej omyłki nie powoduje istotnych zmian w treści oferty, a w konsekwencji bezpodstawne odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego.

na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu 1:

- 3.art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, względnie przyjęcia na poczet takich wyjaśnień pisma Odwołującego z dnia 13.02.2024 r., podczas gdy wyjaśnienia te pozwoliłyby Zamawiającemu na jednoznaczne potwierdzenie, że oferta Odwołującego jest zgodna z SWZ, względnie, że w stosunku do oferty Odwołującego zachodzą podstawy do zastosowania instytucji poprawy omyłki zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp;

a w konsekwencji powyższego naruszenie:

- 4.art. 232 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej oraz jej przeprowadzenie bez udziału Odwołującego, mimo iż oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu z Postępowania, a tym samym Odwołujący winien być dopuszczony do udziału w aukcji elektronicznej;
- 5.art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez wybór oferty Skanska jako oferty najkorzystniejszej, mimo iż oferta wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu.

Odwołujący wniosł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienia czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej, w przypadku przyjęcia, że oferta odwołującego zawiera niezgodność z dokumentami zamówienia - nakazanie zamawiającemu dokonanie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. poprawy treści oferty odwołującego (w sposób opisany w piśmie odwołującego z dnia 13.02.2024 r.), ponowienie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, powtórzenie czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej z udziałem odwołującego.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Zgodnie z pkt 12.6 IDW: „Sumaryczna wartość pozycji RCO wykonania dokumentacji projektowej i certyfikacji branży STEROWANIE RUCHEM KOLEJOWYM (suma pozycji 1.1.1 i 1.1.2 z zakładki RCO 1.1 oraz całej zakładki RCO 1.2 w skrószycie Zakres podstawowy - RCO - 03. Urządzenia sterowania ruchem kolejowym) nie może przekroczyć 7% wartości oferty netto za wykonanie robót budowlanych branży STEROWANIE RUCHEM KOLEJOWYM (suma pozycji 2.1, 2.2, 2.3 i 2.4 Tabeli elementów

scalonych w skrócie Zakres podstawowy - RCO - 03. Urządzenia sterowania ruchem kolejowym)".

W dniu 13.02.2024 r. odwołujący skierował do zamawiającego pismo, w którym wskazał na wystąpienie w złożonej ofercie omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p., wnioskując o jej poprawienie i ponosząc, że „wypełniając Rozbicie Ceny Ofertowej („RCO”) na potrzeby oferty składanej w Postępowaniu, omyłkowo wypełnił pozycję z zakładki 1.2 RCO 03. Urządzenia sterowania ruchem kolejowym (zawierającą wycenę Certyfikacji podsystemu "Sterowanie"). Przygotowując się do złożenia oferty Wykonawca pozyskał m. in. ofertę TÜV Rheinland Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (podmiot wyspecjalizowany w zakresie certyfikacji urządzeń). Intencją i zamiarem Wykonawcy było skorzystanie z tego właśnie podmiotu zarówno na etapie dokonywanej wyceny, jak i w trakcie samej realizacji zamówienia. Z powodu omyłki popełnionej przez osobę przygotowującą ofertę, do przywołanej pozycji wpisane zostały wartości z innej oferty (z której w analizowanym zamiarze Wykonawca nie zamierzał korzystać).” Na potwierdzenie powyższego odwołujący załączył do złożonego pisma ofertę TÜV Rheinland Polska Sp. z o.o. z dnia 28.11.2023 r. (poprzedzającą złożenie ofert w postępowaniu), potwierdzającą ww. okoliczności. Odwołujący wskazał przy tym, że pozycja 1.2 RCO 03. urządzenia sterowania ruchem kolejowym powinna zawierać kwotę wskazaną w ofercie TÜV Rheinland Polska Sp. z o.o. (80.000,00 zł netto, zamiast podanej tam kwoty 133.800,00 zł netto), skutkować to powinno także odpowiednio zmianą sumarycznej ceny za branżę SRK oraz ceny końcowej oferty zgodnie z różnicą pomiędzy wskazanymi wartościami (133.800 zł i 80.000 zł).

Zamawiający nie skierował do odwołującego zaproszenia do aukcji elektronicznej i po jej przeprowadzeniu, w dniu 22 kwietnia 2024 r. poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada wyrażonym w treści SWZ wymaganiom, jest niezgodna z warunkami zamówienia, zgodnie z uzasadnieniem tam przedstawionym (str. 8-12 informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty), z czym odwołujący się nie zgodził stwierdzając, że jego oferta nie podlega odrzuceniu, a w razie przyjęcia, że zawiera niezgodność z warunkami zamówienia możliwe jest zastosowanie art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p.

Odwołujący podkreślił, że nie jest prawidłowym twierdzenie zamawiającego, jakoby oferta odwołującego była niezgodna z treścią SWZ. Zamawiający w pkt. 12.6 IDW wskazał, że wartość obliczonego wskaźnika procentowego ma nie przekroczyć wartości „7%”, a zatem wartości określonej z dokładnością do pełnej liczby całkowitej, bez miejsc po przecinku. Powoływana przez zamawiającego, w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty, regulacja pkt 12.5 IDW, statuująca wymóg określenia wartości z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, odnosi się natomiast do cen jednostkowych i cen za daną pozycję wpisywanych przez wykonawców w RCO – a zatem całkowicie odmiennej grupy danych i wartości (cen wyrażanych w złotych), aniżeli wartość procentowa, o której mowa w pkt. 12.6 IDW, będąca efektem działania matematycznego. Innymi słowy, prawidłowa wykładnia postanowień IDW winna prowadzić do ustalenia, że wymogiem zamawiającego było, że każdy z wykonawców wypełniając RCO wpisze do niego ceny za poszczególne zakresy zamówienia, z dokładnością do groszy (dwóch miejsc po przecinku) – co bezspornie uczynił odwołujący. Takiego analogicznego wymogu dotyczącego rozwijania wyników obliczeń procentowych do dwóch miejsc po przecinku, zamawiający nie sformułował natomiast w odniesieniu do kwestii, o której mowa w pkt. 12.6 IDW. Tym samym, skoro zamawiający w zakresie opisanym w pkt. 12.6 IDW określił badaną wartość procentową liczbą całkowitą (jako wartość bez miejsc po przecinku), a jednocześnie w odniesieniu do innych elementów (wartości wyrażanych kwotą) jasno określił, że te konkretnie wartości będą podawane z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku, oznacza to, że prawidłowa wykładnia ww. postanowień SWZ winna prowadzić do wniosku, że dokonując sprawdzenia, czy oferta wykonawcy jest zgodna z wymogiem określonym w pkt. 12.6 IDW, Zamawiający winien poczynić swoje obliczenia z dokładnością do pełnej wartości, liczby całkowitej (tj. bez miejsc po przecinku). Zamawiający nie może na etapie badania i oceny ofert zastrzekać czy modyfikować wymagań określonych treścią SWZ, a wszelkie nieprecyzyjne postanowienia SWZ nie mogą wywoływać negatywnych skutków wobec podmiotów uczestniczących w postępowaniu i winny być interpretowane na korzyść wykonawców.

Przenosząc powyższe na badanie oferty odwołującego – nawet biorąc pod uwagę opisaną w piśmie odwołującego z dnia 13.02.2024 r. omyłkę dotyczącą sposobu wypełnienia pozycji z zakładki 1.2 RCO 03. Urządzenia sterowania ruchem kolejowym – oferta nie może być uznana za niezgodną z warunkami zamówienia i podlegającą z tego tytułu odrzuceniu. Jak wskazano bowiem w piśmie zamawiającego, obliczony dla oferty odwołującego wskaźnik procentowy, o którym mowa w pkt. 12.6 IDW, wyniósł z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku: 7,08%. Prawidłowe jednak ustalenie wysokości ww. wskaźnika, celem jego weryfikacji pod kątem zgodności z pkt. 12.6 IDW, z uwzględnieniem:

- a) opisanego wyżej poziomu przewidzianej przez zamawiającego dokładności określenia ww. wskaźnika procentowego;
- b) uniwersalnych zasad matematycznych, wedle których, aby zaokrąglić liczbę z dokładnością do określonego rzędu, należy wziąć pod uwagę cyfrę z rzędu o 1 niższego (tj. jeśli cyfrą z rzędu o 1 niższego jest 0, 1, 2, 3 lub 4 – zaokrąglamy w dół, a jeśli jest to 5, 6, 7, 8 lub 9 – zaokrąglamy w górę)

prowadzi do wniosku, że wskaźnik ten jest zgodny z wymogami zamawiającego, bowiem: 7,08% zaokrąglone do 1

miejsca po przecinku daje wartość 7,1%, zaś następnie zaokrąglone do pełnej liczby całkowitej (jak przewidziano w pkt. 12.6 IDW) – daje wartość 7%. Oferta odwołującego jest zatem zgodna z warunkami SWZ i nie powinna być zostać odrzucona z postępowania, zaś odwołujący winien być zostać zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej. Przeprowadzenie aukcji z pominięciem odwołującego, a następnie wybór (na podstawie wyników aukcji) oferty najkorzystniejszej, skutkuje naruszeniem przez zamawiającego powołanych wyżej przepisów prawa.

W ocenie odwołującego, niezależnie od powyższego - nawet w przypadku przyjęcia, że istotnie oferta odwołującego była w opisanym wyżej zakresie niezgodna z treścią SWZ -zamawiający winien być dokonać jej poprawy działając na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p., zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Wbrew bowiem stwierdzeniom zamawiającego, dokonanie poprawy oferty odwołującego nie spowodowałoby istotne zmiany w treści oferty oraz nie zmieniałoby w istotny sposób oświadczenia woli zawartego w ofercie.

Norma ta daje zamawiającemu możliwość poprawiania uchybień w ofertach merytorycznie poprawnych, w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn wyłącznie formalnych lub niemających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego świadczenia. Wprowadzenie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. (w uprzednio obowiązującej ustawie z dnia 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych: art. 87 ust. 2 pkt 3 miało na celu umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształca w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją, oświadczenia woli wykonawcy, ubiegającego się o zamówienie. Intencją ustawodawcy było bowiem zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach, co wyrażone zostało m.in. w uzasadnieniu do ustawy z dnia 04.09.2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, na co wskazała również Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: KIO) np. w wyroku z dnia 11.12.2018 r. (KIO 2459/18): „Chociaż postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się dużym poziomem formalizmu, to jednak formalizm ten nie może przesłaniać celu postępowania i prowadzić do eliminacji ofert zawierających uchybienia, które mogą zostać poprawione, a których poprawienie nie będzie stało w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. jest właśnie niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności z treścią SIWZ, które nie mają zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco. Podkreślenia wymaga również, że fakt wystąpienia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie stoi na przeszkodzie poprawieniu oferty, gdyż takim właśnie sytuacjom wprost dedykowany jest przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z tym zastrzeżeniem, że wyeliminowanie takiej niezgodności nie może prowadzić do zmian w treści oferty, które miałyby charakter istotny.”. Podobne stanowisko wyrażono w wyroku z dnia 12.03.2018 r., KIO 301/18.

Przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. odnosi się przy tym do poprawy omyłek o charakterze nieoczywistym (w przeciwieństwie do omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 1 i 2 p.z.p., gdzie *expressis verbis* wskazuje się na „oczywistą” omyłkę pisarską lub rachunkową), zaś granicą zastosowania tego przepisu jest wyłącznie to, czy poprawa nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty, o czym każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy: „na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmienne od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej może zatem decydować skala zmiany wielkości ceny, skala zmiany zakresu przedmiotu świadczenia czy warunków jego realizacji. Dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian kluczowe znaczenie ma bowiem ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia” (tak wyrok z dnia 25.04.2022 r., KIO 987/22). Nie stanowi przy tym okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (*essentialia negotii*) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty. Znaczenie ma bowiem wyłącznie to, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach (tak np. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30.07.2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 406/18).

Dalej odwołujący zaznaczył, że poprawienie tzw. innej omyłki może mieć miejsce również po uzyskaniu od wykonawcy stosownych wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 p.z.p., na co wskazała KIO m.in. w wyroku z dnia 15.03.2019 r., KIO 372/19 (wydanym w zdaniem odwołującego analogicznym stanie faktycznym do zaistniałego w niniejszej sprawie), tj. „w zakresie możliwości samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłkowej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, bez udziału wykonawcy, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że jest to wypracowana w orzecznictwie wskazówka zmierzająca do wytyczenia bezpiecznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż

przepis wprost takiej przesłanki nie formułuje. Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia wynikającego z art. 87 ust. 1 Pzp zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi, niemniej nie może mieć charakteru absolutnego gdyż przy rozstrzygnięciu o prawidłowości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp należy brać pod uwagę indywidualny stan każdej rozpatrywanej sprawy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień. Należy podkreślić, że z uwagi na "nieoczywisty" charakter "innych omyłek", o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione. W przedmiotowej sprawie zamawiający nie zwracał się do przystępującego o złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp i jak wynika z dokumentów będących w dyspozycji Izby sam złożył wyjaśnienia w zakresie popełnionej omyłki załączając do nich stosowne dokumenty, które zamawiający wziął pod uwagę i dokonał poprawy oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jak wynika z wyroku z dnia 2 lipca 2018 r. o sygn. akt KIO 1185/18 "Zamawiający poprawia w ofercie: (...) 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty (...). Oczywiście poprawienie takiej omyłki może (a czasami nawet powinno) odbywać się z udziałem wykonawcy, ale to uczestnictwo nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oferty spowodowanej nowym oświadczeniem woli. W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie działanie przystępującego nie doprowadziło do wytworzenia nowej treści oferty spowodowanej nowym oświadczeniem woli." Tym samym w opinii odwołującego, zamawiający bezzasadnie nie skorzystał, w celu dokonania poprawy jego oferty, z pisma odwołującego z dnia 13.02.2024 r., czy też nie wezwał go do złożenia stosownych wyjaśnień, czym również naruszył powołane przepisy.

Odwołujący także podkreślił, że poprawienie omyłki w jego ofercie nie spowodowałoby istotnych zmian w treści jego oferty, ponieważ:

- a) poprawa omyłki skutkowałaby zmianą ceny oferty o kwotę 53.800,00 zł netto (wartość różnicy między wpisaną w RCO kwotą 133.800,00 zł a wartością prawidłową: 80.000,00 zł), co biorąc pod uwagę całą wartość oferty (289.986.486,40 zł netto), stanowi zaledwie 0,019% oferty odwołującego;
- b) pierwotne przekroczenie wartości referencyjnej określonej przez zamawiającego w pkt. 12.6 IDW nastąpiło o 0,8%;
- c) przedmiot omyłki i sposób jej poprawy nie odnosi się do sposobu wykonania zamówienia czy innych istotnych elementów zamówienia, zaś zamawiający przewidział, że wynagrodzenie za realizację zamówienia będzie miało charakter ryczałtowy. Niewątpliwie zaś, w przypadku ryczałtu dokumentom o charakterze kosztorysowym (niezależnie od ich nazewnictwa) przypisuje się drugorzędne (najczęściej jedynie informacyjne i pomocnicze) znaczenie;
- d) odwołujący oświadczył w złożonej ofercie o akceptacji treści SWZ, wyjaśnień do SWZ oraz jej modyfikacji, i nią związania, gwarancji wykonania przez wykonawcę całości zamówienia zgodnie z treścią SWZ, wyjaśnień do SWZ oraz jej modyfikacji wolą i celem odwołującego było złożenie oferty zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i z warunkami wynikającymi z SWZ. Tym samym również niewątpliwą wolą i celem odwołującego było złożenie oferty zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i z warunkami wynikającymi z SWZ. Nie ulega natomiast wątpliwości, że opisana wyżej niezgodność miała charakter omyłki, nie zaś zamierzonego działania wykonawcy, i nie miała zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, według odwołującego, należy stwierdzić, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy ziściły się wszystkie podstawy dla zakwalifikowania omyłki zaistniałej w ofercie odwołującego jako omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p., a tym samym do dokonania jej poprawy w trybie ww. przepisu, w oparciu o posiadaną przez zamawiającego wiedzę co do sposobu takiej poprawy. Zamawiający miał pełną wiedzę i świadomość tego, że zaistniały wszystkie przesłanki do poprawy oferty odwołującego i w świetle otrzymanych wyjaśnień zamawiający nie powinien mieć żadnych wątpliwości co do kwalifikacji zidentyfikowanej przezeń niezgodności jako omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p., ani co do sposobu poprawy takiej omyłki. Należy przy tym podkreślić, iż w przypadku zidentyfikowania, że w danej sprawie zaistniały podstawy dla zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p., czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia oferty potencjalnie najkorzystniejszej, które nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał dokonania poprawy omyłki zaistniałej w ofercie odwołującego i bezzasadnie odrzucił jego ofertę, w sposób nieuprawniony zaniechał tym samym zaproszenia odwołującego do aukcji

elektronicznej i bezzasadnie przeprowadził aukcję bez jego udziału, zatem nieuprawnione było również dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o ich oddalenie odwołania w całości, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym z dnia 20 maja 2024 r.; wniesiono także o obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie sygn. akt: KIO 1543/24 wykonawców Skanska S.A. Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa (dalej zwanego jako „przystępujący Skanska”) i ZUE S.A. ul. Kazimierza Czapińskiego 3, 30-048 Kraków (dalej zwanego jako „przystępujący ZUE”), którzy zgłosili przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący ZUE przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej – pismo z dnia 17 maja 2024 r.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1568/24:

W dniu 2 maja 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego wniósł wykonawca ZUE S.A. ul. Kazimierza Czapińskiego 3, 30-048 Kraków (dalej zwany „odwołującym” lub „odwołującym ZUE”). Odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1.art. 109 ust. 1 pkt 10, ewentualnie 8 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Skanska S.A. z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty, mimo, iż wykonawca ten:

a)złożył w postępowaniu oświadczenie ujęte w wypełnionym załączniku nr 3 do IDW „Wykaz robót budowlanych”, iż w ramach zadania referencyjnego wskazanego pod l.p. nr 1 ww. załącznika – wykonano przebudowę nawierzchni torowej na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej gdzie suma długości przebudowywanych torów wraz ze wzmocnieniem podtorza wynosi ponad 2 km, podczas gdy wzmocnienie podtorza było wykonane poprzez stabilizację podtorza cementem wraz ze wzmocnieniem podłoża gruntowego geowłókniną w torze nr 2 na długości 883 metrów (0,883 km)

b)złożył w postępowaniu oświadczenie ujęte w wypełnionym załączniku nr 4 do IDW – „Wykaz osób skierowanych do realizacji Zamówienia”, iż Pan M.N. ma, po zsumowaniu okresów podanych w wykazie na wskazanych w nim zadaniach, wymagane co najmniej 6 lat doświadczenia zawodowego, o którym mowa w pkt 8.6.2 ppkt 1) tomu I SWZ – IDW, podczas gdy w rzeczywistości nie posiada on wymaganego co najmniej 6 letniego doświadczenia zawodowego, o którym mowa w pkt 8.6.2 ppkt 1) tomu I SWZ – IDW –podane w wykazie okresy nie odnoszą się bowiem w odpowiednich częściach do ww. warunku,

c)złożył w postępowaniu oświadczenie ujęte w wypełnionym załączniku nr 4 do IDW – „Wykaz osób skierowanych do realizacji Zamówienia”, iż Pan G.B. ma, po zsumowaniu okresów podanych w wykazie na wskazanych w nim zadaniach, wymagane co najmniej 6 lat doświadczenia zawodowego, o którym mowa w pkt 8.6.2 ppkt 2) tomu I SWZ – IDW, podczas gdy w rzeczywistości nie posiada on wymaganego co najmniej 6 letniego doświadczenia zawodowego, o którym mowa w pkt 8.6.2 ppkt 2) tomu I SWZ – IDW – podane w wykazie okresy nie odnoszą się bowiem w odpowiednich częściach do ww. warunku,

d)złożył w postępowaniu oświadczenie ujęte w wypełnionym załączniku nr 4 do IDW – „Wykaz osób skierowanych do realizacji Zamówienia”, iż Pan Ł.G. ma, po zsumowaniu okresów podanych w wykazie na wskazanych w nim zadaniach, wymagane co najmniej 6 lat doświadczenia zawodowego, o którym mowa w pkt 8.6.2 ppkt 3) tomu I SWZ – IDW, podczas gdy w rzeczywistości nie posiada on wymaganego co najmniej 6 letniego doświadczenia zawodowego, o którym mowa w pkt 8.6.2 ppkt 3) tomu I SWZ – IDW – podane w wykazie okresy nie odnoszą się bowiem w odpowiednich częściach do ww. warunku,

e)złożył w postępowaniu oświadczenie ujęte w wypełnionym załączniku nr 4 do IDW – „Wykaz osób skierowanych do realizacji Zamówienia”, iż Pan S.S. ma, po zsumowaniu okresów podanych w wykazie na wskazanych w nim zadaniach, wymagane co najmniej 6 lat doświadczenia zawodowego, o którym mowa w pkt 8.6.2 ppkt 4) tomu I SWZ – IDW, podczas gdy w rzeczywistości nie posiada on wymaganego co najmniej 6 letniego doświadczenia zawodowego, o którym mowa w pkt 8.6.2 ppkt 4) tomu I SWZ – IDW – podane w wykazie okresy nie odnoszą się bowiem częściowo do ww. warunku,

2.art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Skanska S.A. mimo, iż jest ona sprzeczna z warunkami zamówienia, wykonawca ten bowiem oświadczył, że zamierza podzlecić roboty elektroenergetyczne (do których zalicza się również roboty związane z siecią trakcyjną), podczas gdy zgodnie z warunkami zamówienia (pkt 24.1 lit. b IDW) w tym zakresie podzlecanie robót jest

zakazane,

zarzuty ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia chociażby jednego z zarzutów nr 1-2,

3.art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Skanska S.A. w trybie tego przepisu do uzupełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 8.6.1 lit. a) tomu I SWZ – IDW (zarzut 3a), w pkt 8.6.2 ppkt 1) (zarzut 3b), w pkt 8.6.2 ppkt 2 (zarzut 3c), w pkt 8.6.2 ppkt 3 (zarzut 3d) oraz w pkt 8.6.2 ppkt 4) tomu I SWZ – IDW (zarzut 3e) a to mając na uwadze fakt, iż:

- a) wykonawca celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1 lit. a) tomu I SWZ – IDW wskazał, iż na zadaniu referencyjnym podanym pod l.p. 1 w wypełnionym załączniku nr 3 do IDW „Wykaz robót budowlanych” wskazał, iż w ramach zadania referencyjnego wykonano „przebudowę nawierzchni torowej na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej gdzie suma długości przebudowywanych torów wraz ze wzmocnieniem podtorza wynosi ponad 2 km”, podczas gdy – jak wynika z dołączonych referencji – wzmocnienie podtorza było wykonane na długości 0,883 km (od km 21,715 do km 22,598),
- b) wykonawca celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.2 ppkt 1) tomu I SWZ – IDW podał w odniesieniu do Pana M.N., iż osoba ta ma co najmniej 6 letnie doświadczenie zawodowe, o którym mowa w pkt 8.6.2 ppkt 1) tomu I SWZ – IDW na zadaniach wskazanych w złożonym przez wykonawcę oświadczeniu, podczas gdy zsumowanie rzeczywistych okresów doświadczenia, jakie można w tym zakresie przypisać Panu M.N. wskazuje, że nie można za jego pomocą wykazać spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
- c) wykonawca celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.2 ppkt 2) tomu I SWZ – IDW podał w odniesieniu do Pana G.B., iż osoba ta ma co najmniej 6 letnie doświadczenie zawodowe, o którym mowa w pkt 8.6.2 ppkt 2) tomu I SWZ – IDW na zadaniach wskazanych w złożonym przez wykonawcę oświadczeniu, podczas gdy zsumowanie rzeczywistych okresów doświadczenia, jakie można w tym zakresie przypisać Panu G.B. wskazuje, że nie można za jego pomocą wykazać spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu,
- d) wykonawca celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.2 ppkt 3) tomu I SWZ – IDW podał w odniesieniu do Pana Ł.G., iż osoba ta ma co najmniej 6 letnie doświadczenie zawodowe, o którym mowa w pkt 8.6.2 ppkt 3) tomu I SWZ – IDW na zadaniach wskazanych w złożonym przez wykonawcę oświadczeniu, podczas gdy zsumowanie rzeczywistych okresów doświadczenia, jakie można w tym zakresie przypisać Panu Ł.G. wskazuje, że nie można za jego pomocą wykazać spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu,
- e) wykonawca celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.2 ppkt 4) tomu I SWZ – IDW podał w odniesieniu do Pana S.S., iż osoba ta ma co najmniej 6 letnie doświadczenie zawodowe, o którym mowa w pkt 8.6.2 ppkt 4) tomu I SWZ – IDW na zadaniach wskazanych w złożonym przez wykonawcę oświadczeniu, podczas gdy zsumowanie rzeczywistych okresów doświadczenia, jakie można w tym zakresie przypisać Panu S.S. wskazuje, że nie można za jego pomocą wykazać spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu,

4.art. 224 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Skanska S.A. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnej części składowej ceny w postaci „wzmocnienie podłoża pod nowe nasypy kolejowe materacem geosyntetycznym” w sytuacji, gdy zaoferowana w tym zakresie cena przez Skanska S.A. już prima facie wskazuje, iż jest ona rażąco niska (nie pozwalająca na wykonanie w tym zakresie robót bez straty).

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności badania i oceny ofert, przeprowadzenia ponownej oceny ofert, a w jej ramach wykluczenia wykonawcy Skanska S.A. w Krakowie (dalej także jako „wykonawca Skanska”) z udziału w postępowaniu, jak i/lub odrzucenia jego oferty, ewentualnie w braku zaistnienia przesłanek do wykluczenia/odrzucenia oferty, dokonania wezwania w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych opisanych w odwołaniu, jak i do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p. w odniesieniu do pozycji „wzmocnienie podłoża pod nowe nasypy kolejowe materacem geosyntetycznym”, w ramach których to wyjaśnień wykonawca winien wykazać wraz ze stosownymi dowodami, iż zaoferowana w tym zakresie cena nie jest rażąco niska. Ponadto wniesiono o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów powołanych w treści odwołania celem wykazania niżej wskazanych faktów, w tym dodatkowo wniósł - na podstawie art. 536 p.z.p. o zobowiązanie zamawiającego do przedstawienia dowodów w postaci wpisów do dzienników budów dla zadań opisanych w wypełnionym przez wykonawcę Skanska załączniku nr 4 do IDW – wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia, pokazujących daty podjęcia i zakończenia niżej wskazanych funkcji, dla osób:

aM.N. – dla wszystkich 5 zadań wskazanych w ww. wykazie – daty podjęcia i zakończenia funkcji kierownika budowy na

każdym z 5 zadań,

bG.B. – dla zadania pod pozycjami 1 i 3 z wykazu – daty podjęcia i zakończenia funkcji kierownika budowy dla zadania 1, i kierownika robót torowych dla zadania 3,

cŁ.G. – dla zadania pod pozycją nr 1 z wykazu – daty podjęcia i zakończenia funkcji kierownika budowy/kierownika robót mostowych,

uzasadnienie powyższego wniosku znajduje się w uzasadnieniu odwołania. Wniesiono także o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm prawem przepisanych.

Uzasadniając odwołanie, w części, która nie została wycofana przez odwołującego, podnoszono jak niżej.

I. Podanie nieprawdy przez wykonawcę Skanska (zarzut 1a i 3a)

W SWZ postawiono wymóg w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych polegający na posiadaniu doświadczenia w wykonaniu roboty budowlanej w ramach jednej umowy, na zakres której składają się Budowa lub Przebudowa nawierzchni torowej na linii kolejowej co najmniej jednotorowej zelektryfikowanej lub elektryfikowanej, gdzie suma długości Budowanych lub Przebudowywanych torów wraz ze wzmocnieniem podtorza lub kompleksową wymianą podtorza wynosiła co najmniej 2 km. Z podanego warunku wynika zatem jednoznacznie, że w ramach wykazywanej roboty konieczne było wykazanie budowy lub przebudowy na długości co najmniej 2 km nie tylko torów, ale na tej długości należało wykonać tory ze wzmocnieniem (lub wymianą) podtorza.

Wykonawca Skanska oświadczył w złożonym przez siebie oświadczeniu – podmiotowym środku dowodowym w postaci wypełnionego załącznika nr 3 do IDW – „Wykaz robót budowlanych”, że na wskazywanym tam zadaniu referencyjnym (pn.: Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych na odcinku Charsznica – Wolbrom – Jaroszewiec Olkusi w ramach projektu „Prace na liniach kolejowych nr 62,660 na odcinku Tunel – Bukowno – Sosnowiec Pld.”) wykonano „przebudowę nawierzchni torowej na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej gdzie suma długości przebudowanych torów wraz ze wzmocnieniem podtorza wynosi ponad 2 km”.

W ocenie odwołującego nie jest to prawdą – w ramach tego zadania wzmocnienie podtorza nastąpiło na długości 883 m (0,883 km) zamiast ponad 2 km. Długość ta (883 m) wynika z referencji przedłożonych przez Skanska, gdzie czytamy, że: „e) Stabilizacja podtorza cementem wraz ze wzmocnieniem podłoża gruntowego geowłókniną w torze nr 2 na stacji Wolbrom od km 21,715 do km 22,598”, zatem daje to 883 metry.

W konsekwencji mamy do czynienia ze spełnieniem wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. Aby bowiem mogło dojść do wykluczenia wykonawcy na podstawie tego przepisu winne być spełnione trzy warunki (tak KIO w wyroku z dnia 14 kwietnia 2023 r., sygn. KIO 841/23), a więc:

awykonawca musi przedstawić zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd. Nie chodzi przy tym o skuteczne wprowadzenie zamawiającego w błąd, wystarczająca jest sama hipotetyczna możliwość, że przedstawione informacje mogą wprowadzić zamawiającego w błąd. Wprowadzenie zamawiającego w błąd może nastąpić zarówno poprzez przedstawienie mu obiektywnie fałszywych informacji, jak również informacji obiektywnie prawdziwych, które jednak w konkretnych okolicznościach i w konkretnym kontekście sytuacyjnym mogą wywoływać mylne wyobrażenie u zamawiającego odnośnie istniejącego stanu rzeczy,

bprzedstawienie takich informacji winno być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy,

cinformacje przedstawione przez wykonawcę powinny cechować się tym, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co najczęściej należy odnieść do decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu bądź zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy. Innymi słowy o istotnym wpływie na decyzje zamawiającego można mówić w przypadku, gdy wprowadzające w błąd informacje są kluczowe dla rankingu ofert, bytu konkretnego wykonawcy i jego oferty w danym postępowaniu, wyboru oferty konkretnego wykonawcy jako najkorzystniejszej czy nawet unieważnienia całego postępowania o udzielenie zamówienia.

Przekładając powyższe na niniejszą sprawę należy zauważyć, że wykonawca Skanska złożył oświadczenie obiektywnie nieprawdziwe – wskazał, że długość przebudowywanych torów wraz ze wzmocnieniem podtorza wynosiła co najmniej 2 km, podczas gdy długość przebudowywanych torów wraz ze wzmocnieniem podtorza wynosiła 883 m. Spełniona zatem jest pierwsza przesłanka. Po drugie mamy do czynienia przynajmniej z niedbalstwem w tym zakresie – nie można nie zauważyć, że gdyby wykonawca Skanska dochował staranności wymaganej od profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego (w tym składającego oferty w ramach zamówień publicznych) z pewnością mógłby zauważyć, że długość przebudowywanego torowiska wraz ze wzmocnieniem podtorza była z pewnością krótsza niż wymagana długość ponad 2 km. O niedbalstwie świadczy też w tym zakresie fakt, iż odwołujący mógł ustalić powyższą kwestię, więc z pewnością także i Skanska, gdyby dochowała należytej staranności mogłaby tą kwestię ustalić. Po trzecie, wreszcie, nieprawidłowa informacja miała istotny wpływ na wynik postępowania (a więc tym bardziej „mogła mieć” taki wpływ). Na podstawie tegoż oświadczenia zamawiający uznał w dniu 22 kwietnia 2024 r., iż wykonawca spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania, a treść oferty odpowiada

treści SWZ.

Jednocześnie nie sposób nie zauważyć, że w istocie w niniejszym przypadku można mówić wręcz o przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 p.z.p., a to przypadku rażącego niedbalstwa. Jeżeli bowiem okoliczności te (podania w tym zakresie nieprawdy) jest w stanie ustalić odwołujący opierając się na dołączonym do oferty dokumencie wskazania wymaga, że wykonawca Skanska nie dochował nawet najniższej staranności w weryfikacji prawdziwości swoich twierdzeń, co uzasadnia twierdzenie o rażącym niedbalstwie. Ponadto fakt, iż w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził on zamawiającego w błąd jest potwierdzony faktem wyboru oferty Skanska jako najkorzystniejszej. Analogicznie rzecz przedstawia się z tym, aby miało to (mogło mieć) istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu (w niniejszym przypadku dokonanie wyboru).

Przedmiotowe okoliczności jednocześnie przesądzą o zasadności ewentualnego zarzutu nr 3a, a to z tego powodu, iż gdyby z jakiegokolwiek powodu Izba uznała, że nie są spełnione przesłanki art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 p.z.p., to z całą pewnością mamy do czynienia z faktem, iż wykonawca Skanska nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1 lit. a) tomu I SWZ – IDW – wskazywane zadanie referencyjne nie może być dowodem na spełnienie ww. warunku z wyżej wskazywanych okoliczności (faktem, iż na zadaniu tym nie doszło do przebudowy na długości 2 km torów wraz ze wzmocnieniem podtorza).

II.Podanie nieprawdy przez wykonawcę Skanska (zarzut 1c i 3c)

Odwołujący zaznaczył, że celem wykazania zdolności technicznych (zawodowych) konieczne było wykazanie dysponowaniem określonymi osobami, w tym osobą – kierownikiem robót torowych (8.6.2 ppkt 2 IDW). Wykonawca Skanska wskazał w tym zakresie pana G.B. podając dla niego 3 zadania, na których miałby zdobyć w sumie 82 miesiące.

Zgodnie natomiast z warunkiem konieczne było wykazanie „co najmniej 6 lat doświadczenia zawodowego, w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy lub Kierownika robót lub Inspektora Nadzoru (samodzielna funkcja techniczna w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych na robotach związanych z Budową lub Przebudową Infrastruktury kolejowej w zakresie robót torowych”, jednak okresy podane w wykazie nie odpowiadają rzeczywistości.

W odniesieniu do pierwszego zadania (Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na odcinku Wadowice – Andrychów (od km 18,600 do km 31,046), zaprojektowanie i wybudowanie mijanki w Barwałdzie Średnim w ramach projektu „Rewitalizacja linii kolejowej nr 117 odcinek Kalwaria Zebrzydowska Lanckorona – Wadowice – granica województwa (etap I) realizowanego w ramach RPO Województwa Małopolskiego na lata 2014 – 2020) wykonawca Skanska wskazał w wykazie okres od 06.2020 do 01.2022 r., gdzie w tym okresie miał pełnić funkcję kierownika budowy, podczas gdy zadanie to, jak i wiele wcześniejszych, było wykonywane jako zadanie projektuj i buduj. Tak więc w pierwszych miesiącach realizacji zadania nie pełnił on funkcji kierownika budowy, gdyż budowy jeszcze nie było. Wedle posiadanych danych zatwierdzenie projektu budowlanego nastąpiło 29 czerwca 2021 r., a więc prace mogły rozpocząć się w lipcu 2021 r., a nie czerwcu 2020 r. – tak decyzja Wojewody Małopolskiego z 29 czerwca 2021 r., znak 28/BZ/2021. Daje to zatem 13 miesięcy mniej niż wynika z oświadczenia.

Odnosnie do zadania nr 2 „Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu POLiŚ 5.2 – 6 „Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa – Zawiercie” w tym wykonanie robót na stacjach: Częstochowa Osobowa, Poraj, Myszków” było to zadanie realizowane przez samego odwołującego, i tak samo jak w poprzednich zadaniach daty są nieprawidłowe. W wykazie jest okres od 05.2018 do 01.2020 r. podczas gdy pan G.B. był, w związku z planowanym rozpoczęciem prac na 2 września 2018 r., zgłoszony na koniec sierpnia 2018 r. - tak zgłoszenie pana G.B. (pismo odwołującego z 28.08.2018 r., znak ZAW/2018/08/990/MTW). Tym samym pełnił on funkcję na robotach nie wcześniej niż z początkiem września, co daje 3 miesiące mniej w doświadczeniu niż wskazane w wykazie.

Wreszcie odnośnie inwestycji nr 3 („Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej Kraków – Medyka – granica państwa na odcinku Podłęże – Bochnia w km 16,000 – 39,000”) odwołujący nie kwestionuje co do zasady dat wskazanych w wykazie (choć pierwsze pozwolenie było wydane w dniu 19.12.2012 r., a więc nie sposób całego miesiąca – jak wynika to z oświadczenia wykonawcy Skanska) – odpada więc jeden miesiąc z wykazu, co wynika z decyzji Wojewody Małopolskiego nr 13/2012 z dnia 19.12.2012 r.. W sumie jest to zatem 17 miesięcy

W konsekwencji w ocenie odwołującego należy uznać, że pan G.B. nie ma 82 miesięcy doświadczenia (o którym mowa w 8.6.2 ppkt 2 IDW), ale ma nie więcej niż 64 miesiące, co powoduje, że warunek nie jest spełniony, a jednocześnie ziszczyły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. Znów jednak powstaje pytanie, czy nie można mówić w tej sytuacji o rażącym niedbalstwie, czy może nawet o działaniu umyślnym – wszak jak widać schemat postępowania wykonawcy Skanska nie jest raczej przypadkowy, a w odniesieniu do każdej osoby jak do tej pory podał on nieprawdziwe informacje. W sytuacji, gdyby Izba uznała, że nie jest to powód do wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu, co najmniej zasadne jest wezwanie go do złożenia uzupełnienia wykazu celem wykazania spełnienia w tym zakresie (8.6.2 ppkt 2 IDW) warunki udziału w postępowaniu.

Dalej odwołujący podkreślił, że podjęcie stosownych funkcji winno być podane w dziennikach budów, do których dostęp ma zamawiający (w odniesieniu do tych postępowań, w których sam był inwestorem) – jednakże zamawiający nie podał odwołującemu prostej informacji odnośnie dat w jakich poszczególne osoby pełniły wskazane w zapytaniu funkcje, zastępując się tym, iż jest to niby informacja przetworzona (co spowodowało wystąpienie przez odwołującego z wnioskiem, o którym mowa w pkt III wniosków odwołania). Przy tym podkreślenia wymaga, że wpisy te mają istotne znaczenie – gdyż mogą dodatkowo potwierdzać stanowisko odwołującego odnośnie nie posiadania przez ww. osoby stosownego doświadczenia – jeżeli bowiem w danym okresie dana osoba w ogóle nie pełniła wskazywanej przez wykonawcę Skanska funkcji, to tym bardziej nie mogła pełnić tej funkcji na robotach związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej (jak jest to wskazane w 8.6.2 ppkt 1 IDW), czy na takich robotach w zakresie robót torowych (8.6.2 ppkt 2 IDW).

Odnosząc się do wniosku o zobowiązanie zamawiającego do przedstawienia dokumentów odwołujący wskazał, że zwrócił się do zamawiającego, w ramach dostępu do informacji publicznej, z wnioskiem o udostępnienie prostych danych dotyczących okresów pełnienia funkcji przez wskazane przez Skanska osoby, po czym otrzymał on odpowiedź od zamawiającego, iż ten jego zdaniem są to dane „przetworzone” (co jest absurdalnym uzasadnieniem – są to informacje proste – wymagające jedynie odczytania z odpowiedniego dokumentu – ergo nie jest to w żaden sposób informacja przetworzona) i wymaga od ZUE wykazania szczególnego interesu publicznego. Powyższe działanie zamawiającego jest o tyle niedorzeczne, że sam w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego występował do Urzędu Miejskiego w Mosinie z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej, gdzie dokładnie (w odpowiedzi na twierdzenia UM) odpowiadał co to jest informacja przetworzona i wskazywał jak jakieś dane można odczytać z jakiegoś dokumentu – to jest to informacja prosta), tak pismo zamawiającego z dnia 15 marca 2024 r. do UM w Mosinie (PZ.292.1467.2023.34). W konsekwencji zamawiający w ten sposób stara się odmówić odwołującemu dostępu do tychże dokumentów, co jest całkowicie nieuzasadnione, tym samym konieczny jest wniosek o zobowiązanie zamawiającego do dostarczenia określonych dokumentów złożony zgodnie z art. 536 p.z.p. Wnioskowane dokumenty mogą stanowić istotne dowody w niniejszej sprawie – istotne w świetle nie tylko interesu publicznego (aby zamówienie publiczne nie zostało przyznane podmiotowi, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i który dodatkowo podał nieprawdziwe informacje w składanych oświadczeniach), ale także i zarzutów związanych z podaniem nieprawdy/niewykazaniem spełnienia warunków udziału w niniejszym postępowaniu, co też powoduje, że wniosek ten jest w pełni uzasadniony.

III.Zarzut 2

W warunkach zamówienia było wskazane, że wymagane jest osobiste wykonanie szeregu prac – w tym w zakresie sieci trakcyjnej (por. pkt 24.1 lit. b IDW). Roboty w tym zakresie (sieć trakcyjna) należą do zakresu robót elektroenergetycznych (linia trakcyjna to nic innego jak linia energetyczna). Powyższe jest potwierdzone chociażby w spisie treści załącznika III do SWZ – OPZ, gdzie w pkt 3.7.6 jest mowa o „Elektroenergetyce nietrakcyjnej” (tak bowiem można podzielić Roboty elektroenergetyczne na dotyczące trakcji i nie dotyczące trakcji). Tymczasem wykonawca Skanska w swojej ofercie wskazała, że zamierza podzlecić „roboty elektroenergetyczne” bez wyłączenia z tej kategorii robót dotyczących sieci trakcyjnej, w konsekwencji zaoferował jednoznacznie wykonanie zamówienia w sposób sprzeczny z tym co zostało wskazane w SWZ, co według odwołującego uzasadnia odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.

IV.Zarzut 4

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że w odwołaniu postawiony został także zarzut związany z zaniechaniem wezwania wykonawcy Skanska do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie niezwykle istotnej części zamówienia, jaką są prace dotyczące „wzmocnienia podłoża pod nowe nasypy kolejowe materacem geosyntetycznym”. Jest to istotna część składowa ceny, gdyż bez wykonania w sposób prawidłowy przedmiotowych prac (w tym w przypadku użycia za niskiej jakości materiałów) może dojść do tego, że przejazd będzie całkowicie niemożliwy (z uwagi na to, że przedmiotowe materace mają zabezpieczać torowisko przed obsuwaniem się, lub zapadnięciem się, co uniemożliwiałoby ruch pociągów po torze). Jak pierwotnie wykonawca Skanska w tym zakresie zaoferował kwotę ok. 600 tys. zł, tak po aukcji cena ta zeszła do kwoty ok. 418 tys. zł, która jest niemożliwa do osiągnięcia za takie prace, nie pokrywając nawet kosztów materiałów (vide: przekrój przez konstruujące nasypu kolejowego - załącznik do OPZ, branża geotechniczna).

W opinii odwołującego, według projektu branży geotechnicznej, pozycja C.MG.01 zakłada wykonanie materaca geosyntetycznego oraz zbrojenia nasypu geosyntetykiem na odcinku 44+866 do 45+125, co zdaniem strony obrazuje przekrój wskazany w odwołaniu. Wartości przedmiarowe obliczone na podstawie projektu geotechnicznego i przekrojów torowych. Poniższa analiza cenowa opiera się na danych wynikających z SWZ (OPZ), w tym:

- a) wykonanie materaca geosyntetycznego ma być na podstawie materiału Geotkanina o wytrzymałości długoterminowej 220 kN/m - wg obliczeń ilościowych wynikających z przekrojów torowych stanowiących część dokumentacji

projektowej branży torowej, aby wykonać taki materac należy użyć 13 060 m² netto geotkaniny (netto w tym przypadku oznacza, iż w celu wykazania RNC nie bierzemy większej ilości geotkaniny, która wg wiedzy technicznej i technologicznej powinna być założona na bokach);

b) wykonanie zbrojenia nasypu Geotkaniną o wytrzymałości długoterminowej 100 kN/m - 32 610,34 m² netto (bez koniecznych zakładów technologicznych);

c) objętość kruszywa 0/31,5 materaca geosyntetycznego grubości 50 cm – 3 224,34 m³ netto (netto oznacza, iż kruszywo jest tutaj w stanie zagęszczonym tak jak pokazuje przekrój, a nie w stanie rozluźnionym). Aby uzyskać 1 m³ stanu zagęszczonego wymagane jest o 18% więcej stanu luźnego kruszywa.

Zestawiając powyższe (przedmiary) z cenami rynkowymi mamy razem wartość materiału 455 170,78 zł, prze ofercie Skanska 418 407,92 zł, co daje różnicę 36 762,86 zł, zatem już na tej podstawie zamawiający powinien powziąć wątpliwości odnośnie tego, czy cena jest realna, skoro wykonawca Skanska zaoferował w tym zakresie cenę, która jest niższa nawet niż cena materiałów. Dla wykazania powyższego zastosowano wszystkie okoliczności działające na korzyść wykonawcy Skanska, tj.: mniejsze ilości (nie przewidujące tzw. załadek, a więc ilości w 100% pewne), brak kosztów zakupów, brak materiałów pomocniczych, ofertę dostawcy Viacon, dla materiału geosyntetycznego, gdyż jego specyfika (to jest wytrzymałość długoterminowa) powoduje, iż nie jest on materiałem publikowanym w Sekocenbud czy w jakichkolwiek innych cennikach/publikacjach. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że Viacon jest w tym zakresie dostawcą, na którym z uwagi na specyfikę materiału bazują wykonawcy składający ofertę w postępowaniu.

W sytuacji, gdyby druga strona, czy też inny uczestnik kwestionowali ilości podane w tym zakresie odwołujący wnioskował o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w specjalności budownictwo – roboty torowe, na fakt zgodności podanych ilości z danymi, które wynikają z SWZ (w tym OPZ). Jednocześnie, jak było wskazywane, powyższe obejmuje jedynie koszty materiałów. Doliczając do tego robociznę (w najmniejszym możliwym zakresie) mamy także i pozostałe koszty, co mając na uwadze wyliczenie ze str. 24 odwołania, w związku z cenami wynikającymi z Sekocenbud za I kwartał 2024 (cena jednostkowa 25,70 zł za roboczogodzinę), bez uwzględnienia m.in. kosztów pośrednich („narzuty” w tabeli ze str. 24 odwołania są na poziomie „0”), kosztów zakupu, transportu etc., pokazuje, że przyjmowanie nawet najniższych cen jednostkowych nie pozwala w tym zakresie wykonawcy Skanska wykonać tych prace bez rażącej straty (różnica między ceną zaoferowaną przez Skanska 418 tys. zł, a wyliczeniem odwołującego – 545 tys. zł, wynosi ok 125 tys. zł, a więc ponad 20%), co według odwołującego uzasadnia wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji tej ceny.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wnioskował pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o ich oddalenie w całości jako bezpodstawnego, przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w niniejszym piśmie na okoliczności wskazane w treści odwołania i obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego zgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym kosztami zastępstwa, przedstawiając uzasadnienie swojego stanowiska w piśmie procesowym z dnia 21 maja 2024 r.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie sygn. akt: KIO 1568/24 wykonawcę Skanska S.A. Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa (dalej zwanego jako „przystępujący Skanska”), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego i przedstawił swoje stanowisko w formie pisemnej – pismo z dnia 22 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowych sprawach, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania, stanowiskiem przystępujących, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że połączone do wspólnego rozpoznania odwołania dotyczą materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlegają rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołań i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

W szczególności Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego i przystępujących, że odwołanie w sprawie sygn. akt: KIO 1543/24 zostało wniesione z uchybieniem ustawowego dziesięciodniowego terminu, który miał rozpocząć bieg od dnia 9 lub 13 lutego 2024 r., tj. od daty zaproszenia przez zamawiającego pozostałych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej lub od dnia przesłania zamawiającemu wyjaśnień odwołującego dotyczących korekty jego oferty, co w konsekwencji miało skutkować koniecznością zastosowania art. 515 ust. 3 pkt 1 p.z.p. dla obliczenia terminu na wniesienie odwołania, czyniąc je spóźnionym (art. 528 pkt 3 w zw. z art. 515 ust. 3 pkt 1 p.z.p.), a nie – jak przyjął odwołujący – liczeniem rozpoczęcia terminu na wniesienie odwołania od dnia 22 kwietnia 2024 r., kiedy zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a

p.z.p.).

Skład rozpoznający spór podzielił stanowisko odwołującego konsorcjum Track Tec, że w sprawie nie zachodzi przeszkoda procesowa powodująca konieczność wydania rozstrzygnięcia formalnego i odrzucenia odwołania, zaś termin na jego wniesienie, który upłynął 2 maja 2024 r., należy liczyć zgodnie z brzmieniem art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p., czyli od dnia 22 kwietnia 2024 r. Daleko idącym nadużyciem byłoby bowiem przyjęcie ferowanej przez zamawiającego i przystępujących argumentacji, że odwołujący mógł się domyślać, że skoro nie został zaproszony do aukcji elektronicznej, to od tego momentu rozpoczął bieg na wniesienie odwołania, ponieważ takie stanowisko pomija, że zamawiający wystosował informację o aukcji do wykonawców, których do niej zaprosił, nie przekazując informacji o braku zaproszenia odwołującemu.

W ocenie Izby nic nie stało na przeszkodzie, aby taką decyzję – wraz ze wskazaniem okoliczności faktycznych i prawnych jej podjęcia przez zamawiającego, przekazać odwołującemu, zaś taki brak powoduje, że nie można podzielić argumentacji o uchybieniu zawitemu terminowi. Jeżeli strona uważa, iż zastosowanie znajdzie art. 515 ust. 3 pkt 1 p.z.p., to nie może pomijać, że w normie tej jest mowa o terminie na wniesienie odwołania, który rozpoczyna bieg od możliwości powzięcia wiadomości o danej okoliczności, czyli tutaj o decyzji zamawiającego ws. niezaproszenia odwołującego konsorcjum Track Tec do udziału w aukcji elektronicznej oraz o przyczynie jej podjęcia, co w ustalonym stanie rzeczy jest zależne od tego, czy zamawiający zdecydował się podzielić takimi informacjami z odwołującym. Skoro zatem nie ujawniono odwołującemu okoliczności, od których rozpoczyna bieg termin na zaskarżenie czynności, bądź zaniechania zamawiającego, art. 515 ust. 3 pkt 1 p.z.p. – gdzie jest mowa o okoliczności stanowiącej podstawę do zaskarżenia, a nie o dywagacjach lub możliwych hipotezach – nie znajdzie zastosowania. W szczególności, że zamawiający nawet nie był w stanie jednoznacznie sprecyzować skąd takie okoliczności miałyby wynikać. W tym zakresie nie może znaleźć aprobaty stanowisko zamawiającego, że wykonawca niezaproszony do aukcji powinien wiedzieć, że coś się dzieje z jego ofertą, ponieważ nie ma pełnego dostępu do informacji na platformie, na której prowadzone jest postępowanie. Takich okoliczności zamawiający nie udowodnił, ani nawet w sposób jednoznaczny nie sprecyzował czego i na jakiej podstawie odwołujący miałby się domyślać w związku z ograniczonym dostępem do platformy. Pomijając już, że nie wskazano skąd odwołujący miałby powziąć wiadomość o okolicznościach faktycznych i prawnych uzasadniających brak zaproszenia go przez zamawiającego do aukcji, czyli o okolicznościach, bez których wykonawca nie jest w stanie sformułować odwołania.

Należy także zaznaczyć, że aby podjąć decyzję o podważeniu czynności zamawiającego, w tym w ramach weryfikacji czy istnieje legitymacja materialna o charakterze określonym w art. 505 ust. 1 p.z.p., niezbędne jest poznanie stanowiska zamawiającego, który w zakresie oceny oferty odwołującego wypowiedział się dopiero 22 kwietnia 2024 r. wskazując, że stwierdził w ofercie wadę, która nie podlega konwalidacji i powoduje jej odrzucenie. Dopiero w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., zamawiający ujawnił jak ocenia tą ofertę, i że nie podziela stanowiska o możliwości jej poprawy w sposób wskazany w piśmie odwołującego z dnia 13 lutego 2024 r. Zatem przed rozstrzygnięciem postępowania odwołujący mógłby najwyżej domyślać co się dzieje w przetargu i spekulować jakie to czynności zamawiający mógłby podejmować, kiedy teoretyzowanie co inny profesjonalny podmiot mógłby mieć na myśli – a czego w żaden sposób nie wyraził – nie wpisuje się w model zawodowego charakteru działalności przedsiębiorcy działającego na rynku zamówień publicznych. Konkludując, zamawiający i przystępujący nie wykazali, aby odwołujący mógł wcześniej niż 22 kwietnia 2024 r. powziąć wiedzę o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, czyli w zakresie wyniku oceny oferty odwołującego dokonanej przez zamawiającego oraz o podstawie faktycznej i prawnej niezaproszenia go do aukcji elektronicznej, zatem zawity termin na wniesienie środka zaskarżenia został przez odwołującego dochowany.

Ponadto, zgodnie z oświadczeniem złożonym na posiedzeniu, odwołujący ZUE dokonał modyfikacji swojego stanowiska procesowego i wycofał zarzuty nr 1 lit. b, d, e oraz nr 3 lit. b, d, e, co skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego w tym zakresie i znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 tenoru sentencji wyroku sygn. akt: KIO 1543/24.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w połączonych do wspólnego rozpoznania sprawach mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał procesowy, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o dokumenty zamówienia, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku przetargu, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniach i przedłożony materiał dowodowy – stwierdziła, że sformułowane przez odwołujących zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a zatem rozpoznawane odwołania nie zasługują na uwzględnienie. Dokonana przez skład orzekający kontrola czynności zamawiającego skutkowała stwierdzeniem, iż zamawiający w sposób właściwy odrzucił ofertę odwołującego konsorcjum Track Tec i dokonał prawidłowego wyboru oferty przystępującego Skanska jako oferty

najkorzystniejszej w postępowaniu.

W przedmiocie odwołania sygn. akt: KIO 1543/24, Izba wskazuje co następuje.

Skład orzekający oddalił zarzut nr 1 z *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 p.z.p. poprzez błędne uznanie, że oferta odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia z pkt 12.6 tomu I SWZ (IDW), gdy zdaniem odwołującego prawidłowa wykładnia treści ww. postanowienia IDW oraz ocena oferty odwołującego winna prowadzić do wniosku, że oferta pozostaje zgodna z warunkami zamówienia, a w konsekwencji została bezpodstawnie odrzucona przez zamawiającego.

Izba ustaliła, że w pkt 12.6 IDW (tom I SWZ) zamawiający wskazał, że „Sumaryczna wartość pozycji RCC wykonania dokumentacji projektowej i certyfikacji branży STEROWANIE RUCHEM KOLEJOWYM (suma pozycji 1.1. 1.1.2 z zakładki RCO 1.1 oraz całej zakładki RCO 1.2 w skrószycie Zakres podstawowy - RCO - 03. Urządzenie sterowania ruchem kolejowym) nie może przekroczyć 7% wartości oferty netto za wykonanie robót budowlanych branży STEROWANIE RUCHEM KOLEJOWYM (suma 9 pozycji 2.1, 2.2, 2.34 Tabeli elementów scalonych w skrószycie Zakres podstawowy RCO - 03. Urządzenia sterowania ruchem kolejowym)”. Sumaryczna wartość tych pozycji w RCO odwołującego konsorcjum Track Tec (przywołanych także na str. 9-10 informacji z dnia 22.04.2024 r. o wyborze i o odrzuceniu oferty odwołującego) wynosi 781.700,00 zł, a wartość netto oferty za wykonanie robót budowlanych branży SRK 11.885.000,00 zł, zatem ww. wskaźnik procentowy wynosi 7,08%, co nie było kwestionowane przez odwołującego.

Dalej Izba ustaliła, że w pkt 12.5 IDW wskazano „Wykonawca musi dołączyć do oferty wypełnione Rozbicie Ceny Ofertowej („RCO”). Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje RCO, gdzie zarówno ceny jednostkowe, jak i cena za daną pozycję jest podana z matematycznym zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku i jest różna od zera. Każda pozycja RCO powinna zostać wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym. Nie dopuszcza się wliczania kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO.”

Strony różniły się w zakresie przyjętej wykładni postanowień SWZ (pkt 12.5, pkt 12.6 IDW) i co do możliwości dokonania zaokrąglenia wartości wskaźnika 7,08%, kiedy zdaniem odwołującego prawidłowa wykładnia postanowień IDW winna prowadzić do ustalenia, że wymogiem zamawiającego było, że każdy z wykonawców wypełniając RCO wpisze do niego ceny za poszczególne zakresy zamówienia, z dokładnością do groszy (dwóch miejsc po przecinku) – co uczynił odwołujący (pkt 12.5 IDW). Takiego analogicznego wymogu, dotyczącego rozwijania wyników obliczeń procentowych do dwóch miejsc po przecinku, zamawiający nie sformułował w odniesieniu do kwestii, o której mowa w pkt 12.6 IDW. Tym samym, skoro zamawiający w zakresie opisanym w pkt 12.6 IDW określił badaną wartość procentową liczbą całkowitą (jako wartość bez miejsc po przecinku), a jednocześnie w odniesieniu do innych elementów (wartości wyrażanych kwotą) jasno określił, że te konkretnie wartości będą podawane z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku, według odwołującego oznacza to, że prawidłowa wykładnia ww. postanowień SWZ winna prowadzić do wniosku, że dokonując sprawdzenia, czy oferta wykonawcy jest zgodna z wymogiem określonym w pkt. 12.6 IDW, zamawiający winien poczynić swoje obliczenia z dokładnością do pełnej wartości, liczby całkowitej (tj. bez miejsc po przecinku).

Z taką wykładnią jednak nie sposób się zgodzić, ponieważ pomija jasne i jednoznaczne brzmienie dokumentacji postępowania, w której również nie występują żadne obiektywne niejasności czy niejednoznaczności, które mogłyby zostać rozstrzygnięte na korzyść podmiotów, które są jej adresatami. Odwołujący przekroczył wymagany wskaźnik procentowy, więc czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu jego oferty jest prawidłowa – w postępowaniu nie doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Natomiast, aby dokonać zaokrąglenia nieprawidłowego wskaźnika procentowego odwołującego (7,08%), który przekracza wartość wskazaną w pkt 12.6 IDW (7%), treść dokumentacji postępowania musiałaby być inna. Zamawiający bowiem w żadnym miejscu SWZ nie dopuścił możliwości zaokrąglenia tego wskaźnika, w tym ani wartości setnych do dziesiętnych, ani wartości dziesiętnych do całości – odwołujący podnosił, że wskaźnik 7,08% po zaokrągleniu daje wartość 7,1%, która po zaokrągleniu do pełnej liczby całkowitej daje wartość 7%, zupełnie pomijając, że zamawiający nie dopuścił jakichkolwiek zaokrągleń wskaźnika, w przeciwieństwie do cen wyrażonych w zł (pkt 12.5 IDW). Zatem jeżeli zamawiający dopuszczał zasadę zaokrąglenia danej wartości, to jednoznacznie określał to w SWZ, co kategorycznie wskazuje, że jeżeli intencją zamawiającego byłoby również dokonywanie zaokrąglenia wskaźnika procentowego, to ustanowiłby taką regułę w IDW. Innymi słowy, jeżeli wolą zamawiającego byłoby uznanie za spełniające warunki przetargu ofert wykonawców również w przypadku, gdy limit wskaźnikowy zostanie przekroczony, ale dopuszczalne byłoby zaokrąglenie tej wartości procentowej, to mając na uwadze brzmienie całości dokumentacji postępowania, kwestia możliwości dokonania zaokrąglenia powinna zostać wprost wskazana w dokumentacji postępowania, czego nie zrobiono.

W szczególności, że tym etapie postępowania, treść SWZ powinna być interpretowana literalnie i ściśle – stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelných zasad zamówień publicznych, określonych w art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. dotyczących zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, tak aby z jednej strony wykonawcy nie mieli trudności z odczytaniem wymogów zamawiającego oraz weryfikacją ofert konkurencji, a także aby ograniczyć nieuprawnioną uznaniowość przy ocenie ofert. Na tym etapie nie można odstąpić od klarownego

brzmienia dokumentacji postępowania, jej treść wiąże wykonawców, zamawiającego i Krajową Izbę Odwoławczą, przy tym w ocenie składu orzekającego brzmienie wymogów z pkt 12.5 i 12.6 IDW jest obiektywnie precyzyjne i jednoznaczne.

Dodatkowo Izba zgadza się z zamawiającym, że pkt 12.5 IDW dotyczy cen; jest tam mowa o operacji na pieniądzu, nie ulega więc wątpliwości, że prawidłowym jest, iż wartość podaną w zł, zgodnie z SWZ, należy zaokrąglić w sposób wskazany w tym punkcie, tj. „cena za daną pozycję jest podana z matematycznym zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku i jest różna od zera”, kiedy w pkt 12.6 IDW nie mamy liczb wyrażonych w pieniądzu, chodzi bowiem o szacowanie wartości pozycji RCO. Jak wyjaśnił zamawiający, przy cenie, gdzie mamy do czynienia z jednostkami pieniężnymi, które dzielą się na grosze, zamawiający zdecydował o określeniu w SWZ zasady zaokrąglenia kwoty do dwóch miejsc po przecinku z zastosowaniem zasad matematycznych, aby nie posługiwać się wartościami z wieloma miejscami po przecinku, stawiając taki wymóg w pkt 12.5 IDW. Jednocześnie takiej reguły nie ustanowiono dla wskaźnika procentowego z pkt 12.6 IDW; w dokumentacji postępowania nie dopuszczono żadnych zaokrągleń tego wskaźnika. Ponadto, pkt 12.5 IDW dotyczy zupełnie innej materii niż pkt 12.6 IDW, gdzie jest mowa o wskaźniku w wartości wyrażonej w procentach, określonej przez zamawiającego jako liczba całkowita, której nie można przekroczyć (7%). Jeżeli zatem wykonawca przekroczy wskaźnik z pkt 12.6 IDW, niezależnie o jaką wartość (tu 7,08%), a w SWZ nie dopuszczono możliwości dokonywania jakichkolwiek zaokrągleń tej wartości, to wskaźnik procentowy nie może zostać w żaden sposób zmieniony (jak postulował odwołujący zaokrąglony najpierw do 7,1% a potem do 7%). Zamawiającym w dokumentacji postępowania nie dopuścił bowiem do możliwości zaokrąglenia tej wartości i siłą rzeczy nie określił reguł takiej czynności (tak, jak mamy w pkt 12.5 IDW, kiedy dopuszczono do zaokrąglenia i wskazano sposób jego dokonania), więc nie można takich zasad ustanawiać i dookreślać na etapie po otwarciu ofert, dokonując modyfikacji SWZ, zaś jakiegokolwiek przekroczenie 7% wskaźnika jest wadą merytoryczną oferty, powodującą niezgodność z pkt 12.6 IDW.

Rekapitulując, nie tylko z literalnego brzmienia, ale także z wykładni przedmiotowych postanowień IDW wynika, że dotyczą one zupełnie innych kwestii, a rozumienie wskazane przez odwołującego w żadnej mierze nie może zostać zaakceptowane, ponieważ nie jest to wykładnia SWZ z perspektywy punktu widzenia odbiorcy, który z należytą starannością wymaganą w obrocie dokonuje odtworzenia oświadczenia zamawiającego (czyli jak wykonawca powinien zrozumieć omawianą treść SWZ), a bardzo subiektywne stanowisko sformułowane na potrzeby postępowania odwoławczego, będące próbą autorskich zabiegów interpretacyjnych dokumentacji, dopasowaną do błędu, jaki odwołujący popełnił w ofercie przekraczając określony w pkt 12.6 IDW wskaźnik, z całkowitym pominięciem treści i reguł wykładni oświadczenia zamawiającego z SWZ.

W zakresie zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 p.z.p., poprzez zaniechanie dokonania poprawy oferty odwołującego zaistniałej innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, w zakresie wymogu sformułowanego w pkt. 12.6 IDW, mimo iż w opinii odwołującego, w stanie faktycznym sprawy, zaistniały podstawy dla dokonania poprawy jego oferty w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p., skład orzekający stwierdził, że odwołujący nie udowodnił, aby zaistniała wada oferty miała charakter omyłki. W ocenie Izby, z ustalonego stanu rzeczy wynika, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia ma charakter, który nie podlega sanowaniu na gruncie ustawy p.z.p., więc czynność odrzucenia oferty odwołującego konsorcjum Track Tec była prawidłowa.

Na podstawie materiału procesowego Izba ustaliła, że w piśmie z dnia 13 lutego 2024 r., skierowanym przez odwołującego do zamawiającego, podnoszono że: „(...) Wykonawca wskazuje, że wypełniając Rozbicie Ceny Ofertowej („RCO”) na potrzeby oferty składanej w Postępowaniu, omyłkowo wypełnił pozycję z zakładki 1.2 RCO 03. Urządzenia sterowania ruchem kolejowym (zawierającą wycenę Certyfikacji podsystemu "Sterowanie"). Przygotowując się do złożenia oferty Wykonawca pozyskał m.in. ofertę TÜV Rheinland Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (podmiot wyspecjalizowany w zakresie certyfikacji urządzeń). Intencją i zamiarem Wykonawcy było skorzystanie z tego właśnie podmiotu zarówno na etapie dokonywanej wyceny, jak i w trakcie samej realizacji zamówienia. Z powodu omyłki popełnionej przez osobę przygotowującą ofertę, do przywołanej pozycji wpisane zostały wartości z innej oferty (z której w analizowanym zamiarze Wykonawca nie zamierzał korzystać). Na potwierdzenie powyższego Wykonawca załącza do niniejszych wyjaśnień ofertę TÜV Rheinland Polska Sp. z o.o. z dnia 28 listopada 2023 r. (tj. poprzedzającą złożenie ofert w Postępowaniu).” – tak str. 1-2 pisma odwołującego z dnia 13.02.2024 r., do której dołączono korespondencję elektroniczną pomiędzy konsorcjantem odwołującego, a podmiotem TÜV Rheinland Polska Sp. z o.o. ul. Wolności 347, 41-800 Zabrze (dalej zwanym jako „spółka TUV”), por. też str. 7 odwołania konsorcjum Trac Tec.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. zamawiający jest zobowiązany poprawić w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Wada oferty, o której mowa w tej normie to niedokładność/błąd, który ma charakter omyłki, co nie oznacza, że użycie przez ustawodawcę określenia omyłka wskazuje, że intencją tego instrumentu jest korygowanie potocznie nazywanych „pomyłek”, czyli błędów wykonawcy w zakresie tworzenia elementów oferty. W ocenie Izby, zgodnie z twierdzeniami odwołującego, w

sprawie nie doszło do omyłki (błędu, które może zostać poprawiony w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p.), a do wpisania do oferty określonej wartości, gdzie odwołujący po otwarciu ofert twierdzi, że prawidłowa wartość powinna być inna i próbuje ten fakt udowodnić.

Mając jednak na uwadze materiał dowodowy, nawet to twierdzenie nie zostało przez stronę wykazane, ponieważ przedstawione dowody nie wskazują, aby odwołującemu złożono ofertę w rozumieniu przepisów prawa cywilnego, ani żeby „oferta” spółki TUV została przyjęta. Udowodniono jedynie, że odwołującemu złożono wstępne oświadczenie, które przez pryzmat prawa cywilnego należy zakwalifikować jako zaproszenie do negocjacji („Po pozytywnym dla Państwa wyniku postępowania uzgodnimy ostateczne warunki współpracy.” tak str. 2 e-maila spółki TUV z dnia 28.11.2023 r.). W związku z czym odwołujący nie wykazał twierdzeń, których wykazanie jego zdaniem umożliwiłoby zakwalifikowanie ustalonego stanu rzeczy jako tzw. innej omyłki, a i te twierdzenia, które odwołujący podnosił – nawet gdyby je udowodnił – nie byłyby wystarczające, ponieważ nie udowodniono, że odwołujący był związany jakąkolwiek relacją ze spółką TUV, do czego konieczne byłoby wykazanie, że przed otwarciem ofert odwołujący złożył jakiekolwiek oświadczenie wskazujące na wolę skorzystania z oferty tej spółki. Udowodniono jedynie fakt, że odwołujący badał rynek formułując zapytanie, na które uzyskał niewiążącą odpowiedź. Sam odwołujący także podnosił, że „pozyskał m.in. ofertę TÜV Rheinland Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze”.

W ocenie składu orzekającego zaakceptowanie postulowanej przez odwołującego trajektorii postępowania oznaczałoby także zgodę na zmianę treści oferty, po otwarciu ofert, poprzez wskazywanie retroaktywnej woli skorzystania z innego dostawcy/podwykonawcy, stanowiąc całkowite wypaczenie instrumentu poprawienia omyłki na gruncie p.z.p. – będąc akceptacją na zmianę treści oferty w oparciu o całkowicie nieweryfikowalne twierdzenia odwołującego. I jedynie dodatkowo należy zaznaczyć, że Izba zgadza się również z zamawiającym i przystępującym ZUE, że nie zostały spełnione również dalsze przesłanki wymagane art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p., przyjmując za własną argumentację wyrażoną na str. 8-9 odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 maja 2024 r. i str. 5-6 stanowiska procesowego przystępującego ZUE z dnia 17 maja 2024 r., dotyczącą braku możliwości samodzielnego zidentyfikowania wady, która mogłaby zostać uznana za omyłkę oraz braku możliwości ustalenia przez zamawiającego sposobu jej poprawienia, czyli braku możliwości poprawy oferty odwołującego bez dokonywania nieuprawnionych negocjacji dotyczących treści oferty.

W konsekwencji powyższego nie mógł zostać również uwzględniony zarzut nr 3 odwołania dotyczący naruszenia art. 223 ust. 1 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 16 p.z.p., poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, względnie przyjęcia na poczet takich wyjaśnień pisma odwołującego z dnia 13 lutego 2024 r., bowiem z ustalonego stanu rzeczy wynika, że zamawiający trafnie wskazał w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, że z tego pisma wynika, że nie doszło do wady oferty wypełniającej przesłanki art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p., a wzywianie odwołującego do złożenia wyjaśnień byłoby nieuprawnione. Obarczony ciężarem dowodu odwołujący również przeciwnych okoliczności nie udowodnił.

Izba oddaliła także zarzuty nr 4 i nr 5 z *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 232 ust. 1 w zw. z art. 16 p.z.p. oraz art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 16 p.z.p., ponieważ zamawiający zasadnie nie zaprosił odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, jako wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu z postępowania, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.) i dokonał prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez przystępującego Skanska, z pominięciem oferty odwołującego konsorcjum Trac Tec.

W zakresie odwołania sygn. akt: KIO 1568/24, skład orzekający wskazuje jak niżej.

Odwołujący postawił w odwołaniu zarzut nr 1 naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 10, ewentualnie 8 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego Skanska z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty, mimo iż wykonawca ten: a) złożył w postępowaniu oświadczenie ujęte w wypełnionym załączniku nr 3 do IDW „Wykaz robót budowlanych”, że w ramach zadania referencyjnego wskazanego pod l.p. nr 1 ww. załącznika - wykonano przebudowę nawierzchni torowej na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej gdzie suma długości przebudowywanych torów wraz ze wzmocnieniem podtorza wynosi ponad 2 km, podczas gdy według odwołującego wzmocnienie podtorza było wykonane poprzez stabilizację podtorza cementem wraz ze wzmocnieniem podłoża gruntowego geowłókniną w torze nr 2 na długości 883 metrów (0,883 km).

Izba w całości podzieliła trafne stanowisko zamawiającego i przystępującego Skanska, że przystępujący posiada wymaganą zdolność zawodową – doświadczenie w wykonaniu roboty budowlanej w ramach jednej umowy, na zakres której składają się budowa lub przebudowa nawierzchni torowej na linii kolejowej co najmniej jednotorowej zelektryfikowanej lub elektryfikowanej, gdzie suma długości budowanych lub przebudowywanych torów wraz ze wzmocnieniem podtorza lub kompleksową wymianą podtorza wynosiła co najmniej 2 km (rozdział 8 pn. Warunki jakie muszą spełniać wykonawcy, pkt 8.6., ppkt 8.6.1 lit. a IDW, str. 13), na wykazanie której przystępujący w wykazie robót budowlanych wskazał: „Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych na odcinku Charsznica -

Wolbrom - Jaroszewiec Olkusi w ramach projektu „Prace na liniach kolejowych nr 62, 660 na odcinku Tunel - Bukowno - Sosnowiec Płd.”, na rzecz PKP S.A., przedmiot wykonywanych robót: „W ramach zadania (jednej umowy) wykonano: przebudowę nawierzchni torowej na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej gdzie suma długości przebudowanych torów wraz ze wzmocnieniem podtorza wynosi ponad 2 km” (vide poz. 1, str. 2 wykazu robót budowlanych z dnia 12.03.2024 r. przystępującego Skanska).

Mając na uwadze treść referencji przystępującego Skanska, odwołujący podnosił, że w jego ocenie „nie jest to prawdą – w ramach tego zadania wzmocnienie podtorza nastąpiło na długości 883 m (0,883 km) zamiast ponad 2 km. Długość ta (883 m) wynika z referencji przedłożonych przez Skanska, gdzie czytamy, że: „e) Stabilizacja podtorza cementem wraz ze wzmocnieniem podłoża gruntowego geowłókniną w torze nr 2 na stacji Wolbrom od km 21,715 do km 22,598”, zatem daje to 883 metry.”.

W ramach materiału dowodowego zamawiający przedłożył dokumentację podwykonawczą dla tego zadania, z której wynika, że w ramach zamówienia wzmocniono również podtorze na szlaku Charsznica - Wolbrom, na odcinku od km 16,200 - 17,200, czyli o długości 1 000 m (tak załącznik nr 1 do odpowiedzi na odwołanie, str. 8 Dokumentacja Powykonawcza, opis pod tabelą nr 4.5, tj. „Na odcinku 16,200 - 17,200 zastosowane zostało wzmocnienie podtorza poprzez ułożenie geowłókniny.”). Jak również na szlaku Wolbrom - Jaroszewiec Olkusi na odcinkach w km 30,500 - 31,300; 31,300 - 33,500; 33,200 - 33,300 oraz 33,400 - 34,762 (tak załącznik nr 1.1 do odpowiedzi na odwołanie, Dokumentacja Powykonawcza, str. 9 opis pod tabelą 4.5, tj. „Na odcinkach 30,500 - 31,300; 33,500 - 31,300; 33,200 - 33,300; 33,400 - 34,762 zastosowane zostało wzmocnienie podtorza poprzez ułożenie geowłókniny.”. Z dowodów tych jednoznacznie wynika, że w ramach zamówienia referencyjnego wzmocnienie podtorza zostało wykonane łącznie na długości 6 345 m, czyli na znacznie dłuższym odcinku niż wynikało to z wymagań spornego warunku udziału w przetargu (co najmniej 2 km), który został spełniony.

Powyższe jedynie dodatkowo potwierdzają dokumenty przedłożone przez przystępującego Skanska wraz z jego pisemnym stanowiskiem procesowym, tj. wskazane na str. 25-26: załącznik do protokołu odbioru, protokół z dnia 3 grudnia 2018 r. z odbioru robót podlegających zakryciu, protokół odbioru końcowego z dnia 30 czerwca 2021 r. (załączniki nr 1-3 DP do pisma przystępującego z dnia 22.05.2024 r.) i pismo zamawiającego z dnia 14 maja 2024 r., dotyczące wykonania robót w zakresie przebudowy nawierzchni kolejowej wraz ze wzmocnieniem podtorza we wskazanych tam lokalizacjach (załącznik nr 4 do pisma procesowego przystępującego Skanska z dnia 22.05.2024 r.).

Na rozprawie odwołujący formułował dodatkowe okoliczności, których nie wskazano w odwołaniu, kwestionując sposób wzmocnienia podtorza w ramach referencyjnej roboty, podnosząc, że geowłóknina nie jest materiałem wzmacniającym a filtrującym, kiedy formułowanie dodatkowych zarzutów jest na obecnym etapie spóźnione (o czym szerzej także w dalszej części uzasadnienia), zaś okoliczność, że podczas robót referencyjnych dotyczących przebudowy podtorza dokonano wzmocnienia podłoża gruntowego geowłókniną wynika z fragmentu referencji, który odwołujący zacytował w odwołaniu.

Po drugie, nawet gdyby przyjąć, że to stanowisko nie zostało podniesione z niedochowaniem zawitego terminu na wskazanie wszystkich okoliczności faktycznych w odwołaniu, a wynika z odpowiedzi na odwołanie – z czym skład orzekający się nie zgadza – to i tak w ocenianym warunku zamawiający nie określił wymaganego sposobu wzmocnienia podtorza, więc nie można tego dookreślać po upływie terminu na złożenie ofert, który jest absolutną barierą do dokonywania zmian w SWZ. Wymagane doświadczenie referencyjne bada się i sprawdza wyłącznie w ramach brzmienia warunku, a nie w zakresie postulowanych przez odwołującego wymagań, które formułuje wobec swojej konkurencji, nawet nie na etapie wniesienia odwołania, a na rozprawie. Pomijając już, że nie udowodniono, iż w warunku dla tego postępowania zamawiający powinien postawić wymóg wzmocnienia podtorza za pomocą np. geowłókniny i cementu, a nie geowłókniny, i takiego doświadczenia wymagać od wykonawców składających oferty w przetargu.

Po trzecie, skład orzekający nie widzi podstaw, aby zakwestionować przyjęty przez inwestora prac referencyjnych sposób realizacji robót budowlanych w ramach zamówienia z poz. 1 wykazu robót przystępującego. Jeżeli odwołujący chciał podważyć właściwe i należyte zrealizowanie zamówienia, w tym zlecony i zrealizowany sposób wzmocnienia podtorza, to w procesie kontrykcyjnym stanowisko strony, że uważa, że geowłóknina ma właściwości higroskopijne, to stanowczo zbyt mało dla podważania prawidłowej realizacji robót budowlanych. Jeżeli zdaniem odwołującego sposób wzmocnienia podtorza był wadliwy (ponieważ geowłóknina to nie materiał stabilizujący, a filtrujący), to umknęło jego uwadze, że roboty budowlane zlecał i realizował profesjonalny podmiot, przy udziale kadry posiadającej stosowne uprawnienia i ponoszącej odpowiedzialność cywilną, karną oraz dyscyplinarną, w tym nie udowodniono, aby dokumentacja projektowa, opracowana przez mgr. inż. A.Ł. (posiadającego uprawnienia do projektowania i kierowania robotami budowlanymi o specjalności inżynierskiej kolejowej bez ograniczeń w zakresie kolejowych obiektów budowlanych, tak decyzja o nadaniu uprawnień projektantowi z dnia 26.06.2015 r., str. 12 dokumentacji projektowych przedłożonych przez zamawiającego) była w jakikolwiek sposób wadliwa, a przyjęty przez projektanta sposób wzmocnienia podłoża błędny. Nic takiego obarczony ciężarem dowodu odwołujący ZUE nie udowodnił.

Po czwarte, skład orzekający zaliczył na poczet materiału dowodowego złożony przez odwołującego fragment załącznika do zarządzenia nr 9/2009 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 4 maja 2009 r., warunki techniczne utrzymania podtorza kolejowego Id-3 str. 28, 140, 141, aczkolwiek na podstawie przedstawionego wycinka dokumentu nie sposób ustalić jakichkolwiek okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia. Trzy wybrane przez odwołującego strony z przedmiotowego dokumentu nie mają żadnej mocy dowodowej, bowiem wycinek z dokumentu, który mógłby być dowodem, sam w sobie dowodu stanowić nie może. A i nawet z tych trzech stron nie wynika, że geowłóknina pełni wyłącznie funkcję filtrującą, zatem nie może być używana do wzmocnienia podtorza, jak przyjął inwestor w zamówieniu referencyjnym. Taki wycinek w żadnej mierze nie jest również dowodem podważającym zasadność decyzji autora dokumentacji projektowej zadania referencyjnego, przedłożonej przez zamawiającego, że do wzmocnienia podtorza na wskazanym kilometrażu należy zastosować geowłókninę, a nie inny sposób jego stabilizacji.

I jedynie na marginesie należy dodać, że wiedza czym jest geowłóknina i do czego służy, w tym, że może zostać zastosowana, w zależności od potrzeb, jako materiał separacyjny/filtrujący/wzmacniający/stabilizujący/ochronny podłoże jest wiedzą powszechną. Tak samo jak fakt, że właśnie dzięki właściwościom przepuszczającym wodę znajduje szerokie zastosowanie przy budowie dróg, linii kolejowych, stabilizacji osuwisk, nasypów, skarp, czy w zastosowaniu ogólnobudowlanym, itp. Warstwa z geosyntetyku w postaci geowłókniny oddziela podłoże gruntowe od warstwy nasypowej, a dzięki swoim parametrom mechanicznym może wzmacniać konstrukcję, do ustalenia czego nie jest potrzebna wiedza specjalistyczna. Ustalenie możliwych zastosowań geowłókniny, podobnie jak ustalenie zastosowania innych materiałów budowlanych, nie wymaga więc opinii biegłego. Obnaża to również teza, z jaką o przeprowadzenie takiego dowodu zawnioskował odwołujący, a która nie wymaga w istocie – dla jej zanegowania – więcej niż wiedzy notoryjnej, dostępnej dla każdego człowieka mającego zorientowanie w podstawowych zagadnieniach z tego zakresu. Przy czym dowód ten i tak nie byłby przydatny dla ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sporu, ponieważ nie jest w żaden sposób związany z brzmieniem warunku, którego brak spełnienia (wprowadzenie w tym zakresie zamawiającego w błąd) zarzucono przystępującemu, nie zdołałby podważyć prawidłowości dokumentacji projektowej inwestora dotyczącej sposobu realizacji danych robót budowlanych w konkretnych warunkach, a docelowo kwalifikacji służb zamawiającego, i co najważniejsze dotyczy okoliczności faktycznych, których nie wskazano w rozpoznawanym odwołaniu, wychodząc poza zakres zaskarżenia.

Na rozprawie odwołujący formułował również nowe stanowisko dotyczące tego, że roboty referencyjne stanowiły remont, a nie przebudowę, co nie tylko nie zostało wskazane w odwołaniu, ale także nie znajduje żadnego potwierdzenia w dokumentacji projektowej przedłożonej przez zamawiającego i protokołach odbioru oraz w piśmie inwestora z dnia 14 maja 2024 r. złożonych przez przystępującego Skanska.

Mając na uwadze zgromadzony materiał dowodowy, Izba stwierdziła, że nie została spełniona nawet pierwsza przesłanka art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 p.z.p., bowiem uniwersalną obroną i przez to *a priori* eliminującą możliwość kwalifikacji postępowania przystępującego Skanska poprzez omawianą normę, jest stwierdzenie, że podane przez niego informacje są prawdziwe, a zatem, że stan błędu po stronie zamawiającego nie powstał i nie mógł powstać. Innymi słowy, nie potwierdziło się, że przystępujący Skanska złożył zamawiającemu nieprawdziwe oświadczenie o spełnieniu warunku posiadania wymaganego doświadczenia z lit. a ppkt 8.6.1 pkt 8.6 rozdziału 8 IDW, więc nie mogło dojść do wprowadzenia zamawiającego w błąd, co powoduje, że nie doszło do naruszenia prawa w postaci art. 109 ust. 1 pkt 8/10 p.z.p. i zarzut nr 1 lit. a odwołania, jako niepotwierdzony w ustalonym stanie rzeczy, został przez skład orzekający oddalony. Ponadto, skoro nie udowodniono, żeby przystępujący Skanska nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, nie znajdzie także uzasadnienia zastosowanie art. 128 ust. 1 p.z.p. i wezwanie go do uzupełnienia w tym przedmiocie, co powoduje, że nie podlegał uwzględnieniu przez Izbę także niewykazany przez odwołującego ZUE zarzut nr 3 lit. a z *petitum* odwołania.

W zakresie zarzutu nr 1 lit. c – naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10, ewentualnie 8 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego Skanska z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty, mimo iż według odwołującego wykonawca: c) złożył w postępowaniu oświadczenie ujęte w wypełnionym załączniku nr 4 do IDW - „Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia”, iż pan G.B. ma, po zsumowaniu okresów podanych w wykazie na wskazanych w nim zadaniach, wymagane co najmniej 6 lat doświadczenia zawodowego, o którym mowa w pkt 8.6.2 ppkt 2) tomu I SWZ IDW, podczas gdy w rzeczywistości nie posiada on wymaganego co najmniej 6 letniego doświadczenia zawodowego, o którym mowa w pkt 8.6.2 ppkt 2) tomu I SWZ podane w wykazie okresy nie odnoszą się bowiem w odpowiednich częściach do ww. warunku – Izba wskazuje co następuje.

W dokumentacji postępowania zamawiający postawił warunek dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym kierownikiem robót torowych, który posiada „co najmniej 6 lat doświadczenia zawodowego, w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy lub Kierownika robót lub Inspektora Nadzoru (samodzielna funkcja techniczna w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych

obiektów budowlanych na robotach związanych z Budową lub Przebudową Infrastruktury kolejowej w zakresie robót torowych." (rozdział 8 pn. Warunki jakie muszą spełniać wykonawcy, pkt 8.6., ppkt 8.6.2 poz. 2 tabeli ze str. 16 IDW).

Przystępujący przedłożył wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, gdzie jako wymaganego kierownika robót torowych wskazano pana G.B. (tak poz. 2, str. 5 wykazu osób z dnia 12.03.2024 r. przystępującego Skanska) oraz trzy roboty budowlane, w ramach których osoba ta zajmowała stanowisko odpowiednio kierownika budowy/kierownika robót torowych i nabywała doświadczenie opisane w wykazie kadry. W zakresie poszczególnych inwestycji, będących doświadczeniem pana G.B., odwołujący postawił następujące zarzuty, wskazując, że „okresy podane w wykazie nie odpowiadają rzeczywistości”, tak pkt 28, str. 14 odwołania. Szczegółowo, w zakresie poszczególnych zadań, Izba wskazuje jak niżej:

1) „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na odcinku Wadowice - Andrychów (od km 18,600 do km 31,046), zaprojektowanie i wybudowanie mijanki w Barwałdzie Średnim w ramach projektu „Rewitalizacja linii kolejowej nr 117 odcinek Kalwaria Zebrzydowska Lanckorona - Wadowice granica województwa (etap I) realizowanego w ramach RPO Województwa Małopolskiego na lata 2014 - 2020 - w ramach zadania wykonano roboty związane z przebudową Infrastruktury kolejowej w zakresie robót torowych”

Zdaniem odwołującego – pkt 29 i pkt 30, str. 15 odwołania – przystępujący Skanska wskazał w wykazie okres od 06.2020 r. do 01.2022 r., gdzie pan G.B. miał pełnić funkcję kierownika budowy, podczas gdy to zadanie było wykonywane jako zadanie projektuj i buduj, więc w pierwszych miesiącach realizacji zadania nie pełnił on funkcji kierownika budowy, gdyż budowy jeszcze nie było. Wedle posiadanych przez odwołującego danych zatwierdzenie projektu budowlanego nastąpiło 29 czerwca 2021 r., prace mogły rozpocząć się w lipcu 2021 r., a nie czerwcu 2020 r. (decyzja Wojewody Małopolskiego z 29.06.2021 r., znak 28/BZ/2021); daje to zatem 13 miesięcy mniej niż wynika z oświadczenia przystępującego.

W tym zakresie skład orzekający wskazuje, że zamawiający udowodnił, że w dniu 9 czerwca 2020 r. nastąpiło przekazanie terenu budowy (tak protokół przekazania terenu budowy z dnia 09.06.2020 r., załącznik nr 9 do odpowiedzi na odwołanie, str. 1 i str. 2-3 gdzie również w pkt 3 przedstawiciele wykonawcy i w pkt 14 osoby pełniące funkcje techniczne na budowie wskazano m.in. pana G.B. – kierownika budowy), co jednoznacznie wykazuje, że od dnia 9 czerwca 2020 r. pan G.B. rozpoczął pełnić wskazaną w wykazie osób funkcję. Natomiast odwołujący myli rozpoczęcie pełnienia funkcji, czego wymagano w warunku, z zatwierdzeniem projektu budowlanego i udzieleniem pozwolenia na budowę. Przystępujący także dodatkowo udowodnił, że przed datą wydania decyzji przez Wojewodę Małopolskiego realizowano w ramach inwestycji prace budowlane, w tym prace przygotowawcze (*vide* dokumenty złożone przez przystępującego Skanska: protokół z dnia 23.06.2020 r. o dopuszczeniu wykonawcy do podjęcia zamknięcia torowego, protokół udostępnienia terenu budowy na czas wyładunku szyn długich z dnia 23.03.2020 r., protokół odbioru robót za okres od 13.05.2020 r. do 30.06.2020 r., protokół odbioru robót za okres od 01.08.2020 r. do 31.08.2020 r., protokół odbioru robót za okres od 01.10.2020 r. do 27.11.2020 r., protokół odbioru robót za okres od 19.12.2020 r. do 31.12.2020 r., protokół odbioru robót za okres od 01.01.2020 do 26.02.2020 – stanowiące załączniki nr 2a GB, 3a GB, 4a GB, 5a GB, 6a GB, 7a GB, 8a GB do stanowiska procesowego przystępującego z dnia 22.05.2024 r.), zaś obciążony ciężarem dowodowym odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnych.

2) „Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu POLiŚ 5.2 - 6 „Prace na linii kolejowej nr 1 na odcinku Częstochowa - Zawiercie” w tym wykonanie robót na stacjach: Częstochowa Osobowa, Poraj, Myszków - w ramach zadania wykonano roboty związane z przebudową Infrastruktury kolejowej w zakresie robót torowych”

Odwołujący wskazał – pkt 31 i pkt 32, str. 15 odwołania, iż było to zadanie realizowane przez samego odwołującego i tak samo, jak w poprzednich zadaniach daty są nieprawidłowe. W wykazie jest okres od 05.2018 r. do 01.2020 r. podczas gdy pan G.B. był, w związku z planowanym rozpoczęciem prac na 2 września 2018 r., zgłoszony na koniec sierpnia 2018 r. - tak zgłoszenie pana G.B. (pismo odwołującego z 28.08.2018 r., znak ZAW/2018/08/990/MTW). Tym samym pełnił on funkcję na robotach nie wcześniej niż z początkiem września, co daje 3 miesiące mniej w doświadczeniu niż wskazane w wykazie.

Izba stwierdziła, że z korespondencji elektronicznej złożonej przez zamawiającego z CRI Region Śląsk realizującego zamówienie wynika, że osoba ta pełniła funkcję kierownika budowy od maja 2018 r. do stycznia 2020 r., co jest spójne z dokumentem zgłoszenia pana G.B. jako kierownika budowy z dnia 9 maja 2018 r. do CRI Region Śląsk przez przedstawiciela ZUE (tak załączniki nr 10-11 do odpowiedzi na odwołanie), które jednoznacznie potwierdzają daty wskazane przez przystępującego Skanska w wykazie osób. Jedynie dodatkowo potwierdza to dowód przedstawiony przez przystępującego dotyczący zaakceptowania w dniu 14 maja 2018 r. przez odwołującego ZUE zmiany na stanowisku kierownika budowy (załącznik nr 9a GB do stanowiska procesowego przystępującego z dnia 22.05.2024 r.), zatem odwołanie w tym zakresie zostało oddalone.

3) „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej Kraków - Medyka - granica państwa na odcinku Podłęże - Bochnia w km 16,000 - 39,000 - w ramach zadania wykonano roboty związane z przebudową

Infrastruktury kolejowej w zakresie robót torowych”

W odwołaniu wskazano, że „Wreszcie odnośnie inwestycji nr 3 („Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej Kraków - Medyka - granica państwa na odcinku Podłęże - Bochnia w km 16,000 - 39,000”) odwołujący nie kwestionuje co do zasady dat wskazanych w wykazie (choć pierwsze pozwolenie było wydane w dniu 19.12.2012 r., a więc nie sposób całego miesiąca - jak wynika to z oświadczenia wykonawcy Skanska) -odpada więc jeden miesiąc z wykazu, co wynika z decyzji Wojewody Małopolskiego nr 13/2012 z dnia 19.12.2012 r. W sumie jest to zatem 17 miesięcy”. – tak pkt 33 str. 15 odwołania.

W ocenie Izby zamawiający i przystępujący trafnie zauważyli, że odwołujący nie zakwestionował podanego w wykazie przez przystępującego Skanska terminu realizacji robót, wskazując, że skoro 19 grudnia wydano decyzję Wojewody Małopolskiego, to przystępujący nie może zaliczyć grudnia jako pełnego miesiąca doświadczenia. Jednakże pominięto, że zgodnie z wykazem osób zamawiający żądał wskazania okresu trwania „od data (m-c, rok) do data (m-c, rok)”, więc supozycja odwołującego o wprowadzeniu w błąd nie znajduje uzasadnienia – podany przez przystępującego okres realizacji robót „12.2012 - 04.2016” odpowiada prawdzie i jest zgodny z wymaganym przez zamawiającego sposobem wypełnienia wykazu osób. Zamawiający nie żądał wskazania daty z rozbiciem na dzień, a wymagano podania wyłącznie miesiąca i roku. Treść wykazu osób jest również zgodna z ww. decyzją przedłożoną przez odwołującego, z uwzględnieniem wymaganej treści wykazu kadry. Odwołujący nie udowodnił także, aby okres doświadczenia liczono od 19 grudnia, a nie od stycznia, nic takiego także nie wynika z dokumentacji postępowania ani jakichkolwiek czynności zamawiającego czy przystępującego, którzy dla tego zadania zasadnie przyjęli 40 miesięcy doświadczenia, więc zarzut nie podlegał uwzględnieniu,

Dziwi natomiast wskazanie, że w sumie jest to 17 miesięcy, bowiem w wykazie osób jednoznacznie podano okres od 12.2012 r. do 04.2016 r., którego zsumowanie nie wymaga żadnych skomplikowanych działań matematycznych i wynosi 40 miesięcy.

W konsekwencji powyższego skład orzekający stwierdził, że pan G.B. posiada w ramach powyższych trzech zadań odpowiednio: 19 miesięcy, 20 miesięcy i 40 miesięcy doświadczenia, czyli sumarycznie doświadczenie w wymiarze 79 miesięcy, co znacznie przekracza 72 miesiące wymagane w warunku udziału w postępowaniu postawionym przez zamawiającego dotyczącym dysponowania odpowiednią kadrą, kierownikiem robót torowych z poz. 2 tabeli pkt 8.6.2, pkt 8.6 rozdziału 8 IDW. Zatem nie została spełniona pierwsza przesłanka art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 p.z.p., gdyż uniwersalną obroną i przez to *a priori* eliminującą możliwość kwalifikacji postępowania przystępującego Skanska poprzez omawianą normę, jest stwierdzenie, że podane przez niego informacje są prawdziwe, więc stan błędu po stronie zamawiającego nie powstał i nie mógł powstać. Skoro przystępujący Skanska nie złożył zamawiającemu nieprawdziwego oświadczenia o spełnieniu warunku w zakresie dysponowania kierownikiem robót torowych o wymaganym przez zamawiającego doświadczeniu, to nie mogło dojść do wprowadzenia zamawiającego w błąd, a żadna, nawet hipotetyczna decyzja zamawiającego, nie mogłaby być inna niż wybór oferty wykonawcy spełniającego omawiany warunek.

Powyższe powoduje, że nie doszło do naruszenia prawa w postaci zaniechania przez zamawiającego zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 p.z.p. i zarzut nr 1 lit. c odwołania, jako niepotwierdzony w ustalonym stanie rzeczy, został przez skład orzekający oddalony. Jak również, wobec braku podważenia przez odwołującego spełnienia warunku dysponowania przez przystępującego Skanska wymaganym kierownikiem robót torowych (w osobie pana G.B.), nie ma żadnych podstaw do zastosowania art. 128 ust. 1 p.z.p. i wezwania przystępującego do uzupełnienia w tym zakresie, co powoduje, że również nieudowodniony przez odwołującego zarzut nr 3 lit. c odwołania został przez Izbę oddalony.

Izba również wyjaśnia, że pominięto wniosek odwołującego o zobowiązanie zamawiającego w trybie art. 536 p.z.p. do przedstawienia wpisów do dzienników budów dla zadań opisanych w wypełnionym przez przystępującego wykazie osób skierowanych do realizacji inwestycji, dla pana G.B. „- dla zadania pod pozycjami 1 i 3 z wykazu - daty podjęcia i zakończenia funkcji kierownika budowy dla zadania 1, i kierownika robót torowych dla zadania 3”, ponieważ okoliczności te zostały udowodnione przedłożonymi przez strony i przystępującego dowodami z dokumentów (art. 541 p.z.p.), w tym dla zadania nr 3 odwołujący nie kwestionował daty rozpoczęcia robót, którą sam wykazał dokumentem decyzji, a rzekomo przyjęty przy ocenie ofert sposób liczenia doświadczenia. Nie było spornym, że jest to grudzień 2020 r. (19.12.2020 r.), więc nie wlicza się miesiąca grudnia do doświadczenia, co nie ma żadnego wpływu na wykazanie spełnienia warunku.

Skład orzekający wskazuje dalej, że zaliczył na poczet materiału dowodowego złożone przez odwołującego na rozprawie dokumenty w postaci protokołów odbioru, które miały dotyczyć doświadczenia pana G.B. wskazywanego w ramach zadania nr 3 wykazu osób, jednakże dowody te dotyczą okoliczności, których nie objęto zakresem zaskarżenia, a które podnoszono dopiero na rozprawie, zatem nie można na podstawie tych dokumentów ustalić okoliczności relevantnych dla rozstrzygnięcia sporu, skoro wykraczają poza jego zakres.

Skład rozpoznający spór zauważa, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą opiera się na zasadzie formalizmu procesowego, która oznacza, że postępowanie odwoławcze jest odpowiednio zorganizowanym i ułożonym działaniem, a czynności stron i uczestników postępowania powinny być dokonywane w oznaczonej formie, miejscu oraz czasie. Ustawodawca zobligował odwołującego, aby w terminie na wniesienie odwołania wskazał czynność lub zaniechanie zamawiającego, której zarzuca niezgodność z ustawą, zwięźle przedstawił zarzuty, określił żądanie i wskazał okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie środka zaskarżenia (art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 p.z.p.). Określone w odwołaniu zarzuty ustanawiają bowiem granice rozpoznania sprawy przez Izbę, która nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu (art. 555 p.z.p.).

Spotykanym w praktyce problemem, tak jak miało miejsce w rozpoznawanym sporze, jest usiłowanie podnoszenia po upływie zawitego terminu na wniesienie odwołania nowych okoliczności faktycznych, które nie znalazły się w treści wniesionego środka ochrony prawnej, albo próba konwalidowania braków odwołania w zakresie wskazania podstawy faktycznej poprzez wykorzystanie możliwości złożenia dowodów do czasu zamknięcia rozprawy. Takie zachowanie strony zostało jednoznacznie negatywnie ocenione przez orzecznictwo i doktrynę, gdzie wskazuje się, iż granice rozpoznania sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na jednoznacznej i precyzyjnej podstawie faktycznej, poza treścią środka zaskarżenia odwołujący nie ma możliwości uzupełniania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyrażnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle art. 555 p.z.p., brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę (tak Izba np. w wyrokach z dnia 27.01.2020 r. sygn. akt: KIO 31/20, z 13.03.2020 r. sygn. akt: KIO 431/20, z dnia 11.02.2021 r. sygn. akt: KIO 182/21).

Pogląd ten jest aprobowany przez sądownictwo powszechne. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie „Zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. (...) Należało mieć jeszcze na uwadze samą konstrukcję zarzutu. Mianowicie zarzut składa się z podstawy prawnej i faktycznej - o ile sama podstawa prawna często wynika z opisu popełnionych nieprawidłowości i brak jej podania, czy nieprawidłowe podanie nie uniemożliwia rozpoznania odwołania, to podstawa faktyczna zarzutu musi być precyzyjnie podana w odwołaniu. Jakikolwiek jej rozszerzenia na późniejszym etapie postępowania będą wykraczały poza granice odwołania, a więc nie będą mogły być przedmiotem rozpoznania.” (tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 23.08.2018 r. sygn. akt: XXIII Ga 540/18, por. także wyroki: Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt: X Ga 110/09, Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25.05.2012 r. sygn. akt: XII Ga 92/12, Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt: I Ca 117/12, Sądu Okręgowego w Warszawie z 31.05.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 28/21).

Analogicznie wskazuje się w doktrynie: „Przedstawienie zarzutów oznacza wskazanie, jakich naruszeń prawa dopuścił się zamawiający podczas wykonywania skarżonej czynności, lub wskazanie, jakiej czynności zamawiający zaniechał, mimo że był z mocy prawa zobowiązany do jej wykonania. O prawidłowym postawieniu zarzutu w odwołaniu stanowi nie tyle wskazanie podstawy prawnej odwołania, czyli powołanie naruszonych przepisów, ile wyczerpujące wskazanie okoliczności faktycznych uzasadniających naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych.” (tak A. Banaszewska, 16.3.3.3. Wymogi formalne odwołania [w:] Zamówienia publiczne, red. P. Bielarczyk, W. Gonet, A. Wójtowicz-Dawid, Warszawa 2021, LEX). Jak również, „Zgodnie z art. 555 PZP Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Dlatego też konieczne jest jasne i precyzyjne, a przy tym zwięźle postawienie zarzutów. Należy przy tym zwrócić uwagę, że o prawidłowym postawieniu zarzutu w odwołaniu stanowi nie tyle wskazanie podstawy prawnej odwołania (wymienienie naruszonych przepisów PZP), lecz wyczerpujące powołanie okoliczności faktycznych uzasadniających naruszenie przepisów PZP.” (tak M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, art. 516, Warszawa 2021, Legalis).

Orzeczenie wydaje się w granicach podniesionych zarzutów i nie ustanowiono w ustawie p.z.p. przypadków, kiedy poza te granice można wyjść, oznacza to wprowadzenie prekluzji do wskazania wszystkich relewantnych okoliczności w odwołaniu. Natomiast odwołujący, który jest profesjonalnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, winien mieć na względzie, że brak podania wszystkich okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, na których opiera postawione zamawiającemu zarzuty, jest jego obowiązkiem procesowym wynikającym z przepisów prawa, ale i uprawnieniem, z którego powinien korzystać przede wszystkim we własnym interesie. Aby Izba mogła ocenić czy uzupełnienie odwołania jest zgodne z prawem w ustawie p.z.p. musiałaby istnieć norma dopuszczająca takie działanie odwołującego – zawierająca przesłanki konieczne do spełnienia w sytuacji, kiedy wykonawca, wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 516 ust. 1 p.z.p., nie wskazał wszystkich podstaw faktycznych odwołania w ustawowym terminie. Ustawodawca nie przewidział możliwości uzupełnienia okoliczności faktycznych środka zaskarżenia, taka instytucja jest nieznana ustawie p.z.p. Jeżeli więc odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi fakty, które

nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to są one spóźnione i nie mogą być brane przez Izbę pod uwagę.

Warto również zauważyć, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontrydiktoryjnym, w którym trzon materiału procesowego i podstawę rozstrzygnięcia stanowią twierdzenia i dowody przedstawione przez strony. O ile na podstawie art. 535 p.z.p. odwołujący może przedstawić dowody aż do zamknięcia rozprawy, to okoliczności, z których chce wywodzić korzystne dla siebie skutki prawne, winien uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem nieuwzględnienia ich przez Izbę z uwagi na brzmienie p.z.p. Odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy p.z.p. i należy rozgraniczyć okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, od dowodów na ich poparcie. W pierwszej kolejności obowiązkiem odwołującego jest bowiem wskazanie okoliczności, które uznaje za istotne dla rozstrzygnięcia sporu – związanych z normami prawa materialnego, które zostały naruszone, a następnie przedstawienie dowodów na potwierdzenie tych okoliczności. Co szczególnie istotne dla rozpoznawanego sporu, ciężar twierdzenia, czyli wskazania podstaw faktycznych żądań zawartych w odwołaniu, wyprzedza ciężar dowodzenia. Trudno byłoby sobie wyobrazić właściwe dowodzenie, kiedy nie doszło do prawidłowego przedstawienia w odwołaniu tego, co ma zostać udowodnione – właściwego wskazania przedmiotowego aspektu powinności dowodzenia, okoliczności faktycznych uzasadniających żądania odwołania.

Zatem zasadnie podnosi się w orzecznictwie, że „Postępowanie dowodowe na rozprawie nie jest momentem, w którym Odwołujący może stanowisko właściwe dla zarzutów zaprezentować. Ten etap postępowania odwoławczego służy pogłębionej prezentacji tez i okoliczności opisanych w ramach złożonego środka ochrony prawnej. Ma dodatkowo potwierdzić okoliczności faktyczne/merytoryczne opisane w odwołaniu. Jest przedstawieniem dodatkowej argumentacji dla faktów opisanych w odwołaniu, nie zaś momentem pierwotnego ujawnienia postawy Odwołującego. Umożliwienie Odwołującemu postawienia zarzutów dopiero w ramach postępowania dowodowego i to dopiero na rozprawie przed Izbą, stawiałoby go w uprzywilejowanej sytuacji w odniesieniu do pozostałych stron postępowania odwoławczego. Stanowiłoby *de facto* przywrócenie terminu na wniesienie odwołania i umożliwienie naprawienia merytorycznych ułomności odwołania.” (vide wyrok Izby z dnia 02.08.2019 r. sygn. akt: KIO 1384/19).

Warto także dodać, że o ile w zakresie sformułowania nowego zarzutu dotyczącego sposobu wzmocnienia podtorza (zarzut nr 1 lit. a/zarzut nr 3 lit. a odwołania), odwołujący próbował podnosić, że konieczność wskazania nowych okoliczności faktycznych wynika z materiału dowodowego przedstawionego przez zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie, to w zakresie podważania pełnienia funkcji, którą zajmował pan G.B. w toku realizacji zadania nr 3 z wykazu osób, nawet nie próbowano podnosić takich argumentów, ponieważ odpowiedź na odwołanie i stanowisko procesowe przystępującego Skanska w ogóle się do takich okoliczności nie odnoszą – z tej prostej przyczyny, że nie ma takich okoliczności w odwołaniu. Na str. 37 uzasadnienia wyroku skład orzekający zacytował treść odwołania w tym przedmiocie, która jest bardzo krótka i lapidarna, a także dotyczy wyłącznie sposobu liczenia rozpoczęcia okresu doświadczenia pana G.B. na zadaniu nr 3 wykazu kadry. Nigdzie w odwołaniu nie ma okoliczności faktycznych dotyczących podważania oświadczenia przystępującego Skanska, że osoba ta, w toku realizacji zadania nr 3, pełniła funkcję kierownika robót torowych (ponieważ zdaniem odwołującego w tym czasie były to inne osoby, na dowód czego przedstawiono ww. protokoły odbioru robót).

W przedmiocie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Skanska, mimo iż zdaniem odwołującego jest ona sprzeczna z warunkami zamówienia, przystępujący bowiem oświadczył, że zamierza podzlecić roboty elektroenergetyczne (do których zalicza się również roboty związane z siecią trakcyjną), podczas gdy zgodnie z warunkami zamówienia (pkt 24.1 lit. b IDW) w tym zakresie podzlecanie robót jest zakazane (zarzut nr 2 *z petitum* odwołania), skład rozpoznający spór wskazuje, co następuje.

Odwołujący podnosił, że w warunkach zamówienia wskazano wymaganie osobistego wykonania szeregu prac – w tym w zakresie sieci trakcyjnej pkt 24.1 lit. b IDW). Roboty w tym zakresie (sieć trakcyjna) należą do zakresu robót elektroenergetycznych (linia trakcyjna to nic innego jak linia energetyczna). Powyższe jest potwierdzone chociażby w spisie treści załącznika III do SWZ OPZ, gdzie w pkt 3.7.6 jest mowa o „Elektroenergetyce nietrakcyjnej” (tak bowiem można podzielić roboty elektroenergetyczne na dotyczące trakcji i niedotyczące trakcji). Tymczasem przystępujący Skanska w ofercie wskazał, że zamierza podzlecić „roboty elektroenergetyczne”, bez wyłączenia z tej kategorii robót dotyczących sieci trakcyjnej, w konsekwencji zaoferował wykonanie zamówienia w sposób sprzeczny z SWZ, co według odwołującego uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.

Powyższe stanowisko nie mogło zostać podzielone przez Izbę, ponieważ nie wynika z brzmienia dokumentacji postępowania, a jest nadinterpretacją SWZ, która pomija jej treść, kiedy postawiony przez odwołującego zarzut dotyczący niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia nie może opierać się na „interpretacji” wybranych elementów dokumentacji dokonanej przez odwołującego, który nie jest w stanie jednoznacznie wskazać SWZ, z którym

oferta przystępującego byłaby niespójna, zaś zamiast treści dokumentacji przedstawia swój subiektywny wywód, z jakim oferta miałaby być sprzeczna.

Mając natomiast na uwadze brzmienie dokumentacji przetargu, skład orzekający ustalił i stwierdził, że w rozdziale 24 pn. Podwykonawstwo, pkt 24.1 lit. b IDW (str. 64 IDW) zamawiający zastrzegł, że „Wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania następujących części zamówienia (...)

b) w zakresie branży sieci trakcyjnej na wszystkich szlakach i stacji Limanowa:

- montaż słupów indywidualnych z fundamentem palowym (Zakres podstawowy - RCO 04. Sieć trakcyjna – pozycja 1.1);
- wywieszenie sieci jezdnej (Zakres podstawowy - RCO 04. Sieć trakcyjna – pozycja 2.2);
- wywieszenie liny uszynienia grupowego wraz z izolacją, Układanie kabla uszynienia grupowego (Zakres podstawowy - RCO 04. Sieć trakcyjna – pozycja 3.2);”

Zdaniem Izby w powyżej zacytowanym pkt 24.1 lit. b IDW, z którym oferta przystępującego Skanska miała być niezgodna (tj. str. 7 oferty przystępującego Skanska pkt 13 lit. b ppkt 11) Roboty elektroenergetyczne), zamawiający precyzyjnie wskazał zakres prac oraz wyszczególnił pozycje zawarte w RCO, których nie można zlecić podwykonawcom. Wszystkie te pozycje zostały wprost zawarte w „RCO 04. Sieć trakcyjna”. Wskazana zaś przez odwołującego „Elektroenergetyka nietrakcyjna” znajduje się w innym RCO, tj. w RCO w części 06, kiedy przystępujący wskazał, że zamierza podzlecić „roboty elektroenergetyczne”, a nie roboty dla sieci trakcyjnej. Ponadto w OPZ zamawiający wskazał tylko na elektroenergetykę nietrakcyjną (3.7.6 str. 57), zatem wobec brzmienia OPZ uzasadnione było wskazanie przez wykonawcę robót elektroenergetycznych – skoro roboty elektroenergetyczne zamawiający zdefiniował jako nietrakcyjne, prawo do takiego definiowania mieli także wykonawcy.

Zlecenie podwykonawcy właściwej części zamówienia, niezastrzeżonej do osobistego wykonania, przystępujący Skanska dodatkowo udowodnił ofertą z dnia 17 stycznia 2024 r., gdzie wyraźnie wskazano na prace związane z elektroenergetyką nietrakcyjną (tak oferta cenowa IDERMS-TK Ignacy Wierzbak Zubrzyca Dolna 73a, 34-484 Zubrzyca Górna, pkt 1 oferta obejmuje prace związane z elektroenergetyką nietrakcyjną + kosztorys, załącznik nr 1P do pisma procesowego przystępującego z dnia 22.05.2024 r.), a także korespondencją elektroniczną załączoną do stanowiska procesowego (tak korespondencja z Olikol Rail Energy Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 4, 95-040 Koluszki dot. elektroenergetyki nietrakcyjnej, załącznik nr 3P do pisma przystępującego Skanska). Wykazano zatem, że od początku intencją przystępującego Skanska było powierzenie innemu wykonawcy zakresu zamówienia dotyczącego elektroenergetyki nietrakcyjnej, a także, że w tym zakresie elektroenergetykę przystępujący rozumiał zgodnie z punktem 3.7.6. OPZ, czyli tożsamo jak zamawiający w dokumentacji postępowania, więc oferta jest zgodna z SWZ.

Rekapitulując, odwołujący nie udowodnił podnoszonych okoliczności, pozostawiając zarzut jako gołostowną polemikę z ofertą przystępującego Skanska, pomijając brzmienie SWZ i konieczność wykazania swoich tez, więc omawiany zarzut został przez skład orzekający oddalony.

Izba wskazuje także, iż pominęła wniosek odwołującego ZUE o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, ponieważ wydanie rozstrzygnięcia, w tym ustalenie stanu faktycznego sprawy, było możliwe w oparciu o zgromadzony materiał procesowy, w tym w szczególności w ramach weryfikacji brzmienia dokumentacji postępowania, co nie wymaga żadnej wiedzy specjalnej i dokonywane jest przez skład orzekający w ramach subsumpcji. Wnioskowana opinia nie była niezbędna do wydania orzeczenia, a odwołujący pominął, że okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia w zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty z dokumentacją postępowania – tu z pkt 24.1 IDW, należy w pierwszej kolejności ustalać na kanwie jej brzmienia, a nie poszukiwać takiej wiedzy poza treścią dokumentacji, z którą rzekomo oferta miała być sprzeczna.

Odwołujący postawił zamawiającemu również zarzut nr 4 – naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania przystępującego Skanska do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia istotnej części składowej ceny w postaci „wzmocnienie podłoża pod nowe nasypy kolejowe materacem geosyntetycznym” w sytuacji, gdy w opinii odwołującego zaoferowana w tym zakresie cena już *prima facie* wskazuje, iż jest ona rażąco niska (nie pozwalająca na wykonanie w tym zakresie robót bez straty) – który został przez Izbę oddalony.

W ramach uwag natury ogólnej skład orzekający zauważył, iż ustawa p.z.p. i wiążące ustawodawstwo Unii Europejskiej nie zawierają definicji legalnej rażąco niskiej ceny lub procentowego poziomu, na podstawie którego można byłoby automatycznie stwierdzić, kiedy mamy do czynienia z zaoferowaniem ceny rażąco niskiej. Zatem w każdym przypadku przeprowadzania procedury udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli jest ku temu podstawa, kwestię tę należy badać *ad casum*. Weryfikacja czy cena wykonawcy została skalkulowana rzetelnie i posiada ekwiwalentny charakter powinna nastąpić przez pryzmat warunków przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji, z uwzględnieniem możliwych szczególnych uwarunkowań dostępnych wykonawcom, którzy będą realizować umowę oraz charakterystyki danego rynku. Innymi słowy, ustalenie czy cena ma charakter ceny rażąco niskiej będzie każdorazowo wymagało dokonania konkretyzacji na tle okoliczności stanu faktycznego właściwego dla danego postępowania. Skoro więc określenie ceny oferty jako mogącej nosić charakter ceny rażąco niskiej jest dokonywane w szerokopojętych

realiach danej sprawy, to również weryfikacja czy zamawiający był zobowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej sposób kalkulacji ceny – wskazanej w art. 224 ust. 1 p.z.p., czyli badanie czy zaistniała przesłanka obligująca zamawiającego do rozpoczęcia procedury wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w jaki sposób i na jakiej podstawie wyliczono cenę oferty – także jest dokonywana w okolicznościach faktycznych konkretnego zamówienia, przy uwzględnieniu realiów właściwego rynku.

Warto także zaznaczyć, że wykazanie, iż zamawiający powinien rozpocząć procedurę wyjaśniającą kalkulację ceny obciąża wykonawcę, który żąda jej przeprowadzenia. Nie mamy tu do czynienia z odwróconym ciężarem dowodu, który wynika z art. 537 p.z.p. i dotyczy sytuacji, kiedy już wezwano wykonawcę do złożenia wyjaśnień, co powoduje obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (art. 224 ust. 5 p.z.p.). W zakresie wszczęcia postępowania wyjaśniającego cenę – czyli udowodnienia, że zaoferowana cena lub jej istotna część składowa wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub powinna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów – zastosowanie znajduje art. 534 ust. 1 p.z.p., który stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Norma ta nakłada na odwołującego obowiązek dostarczenia liczbie przekonujących środków dowodowych, że przywołane przez niego okoliczności faktyczne są prawdziwe, a z drugiej strony określa kto poniesie negatywne konsekwencje braku wywiązania się z nałożonego ciężaru dowodowego, czyli materialnoprawny skutek nieudowodnienia istotnych okoliczności, co w rozpoznawanej sprawie oznacza oddalenie niewykazanych zarzutów odwołania.

Odwołujący nie udowodnił, aby podnoszony przez niego składnik cenowy – prace dotyczące „wzmocnienia podłoża pod nowe nasypy kolejowe materacem geosyntetycznym”, był istotną częścią składową ceny, ani żeby koszt ten został przez przystępującego zaniżony, co mogłoby wpisywać się w hipotezę art. 224 ust. 1 p.z.p., która wymaga udowodnienia przez odwołującego, że istotna część składowa ceny wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzi wątpliwości w zakresie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Nie przedłożono w tym zakresie żadnego dowodu, czyniąc stanowisko odwołującego ZUE gołosłownymi spekulacjami strony.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego, że „jest to istotna część składowa ceny, gdyż bez wykonania w sposób prawidłowy przedmiotowych prac (w tym w przypadku użycia za niskiej jakości materiałów) może dojść do tego, że przejazd będzie całkowicie niemożliwy (z uwagi na to, że przedmiotowe materace mają zabezpieczać torowisko przed obsuwaniem się, lub zapadnięciem się, co uniemożliwiałoby ruch pociągów po torze)”, należy wskazać, że dzieląc ten pogląd należałoby przyjąć, że każdy element zamówienia jest istotny, ponieważ służy jego właściwej realizacji. *A contrario* nie byłoby w ramach umowy żadnych elementów „nieistotnych”, tylko dlatego, że każdy składnik cenowy posiada swój cel i uzasadnienie związane z czynnościami dotyczącymi realizacji zamówienia. Natomiast w tym zakresie nie ma żadnego automatyzmu i jeżeli odwołujący uważał, że składnik cenowy za „wzmocnienia podłoża pod nowe nasypy kolejowe materacem geosyntetycznym”, który miałby stanowić istotną część składową ceny globalnej oferty – składnik ceny, który ma tak istotny wpływ na cenę zaoferowaną przez przystępującego, iż jej całkowita wartość może być rażąco niska – należało odnieść się do tego w odwołaniu. Obarczony ciężarem dowodowym odwołujący nie udowodnił także, że jest to element merytorycznie tak istotny dla zamówienia, że mógłby być traktowany jako istotny w ramach omawianych przepisów, nie wykazano również, że jego wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest kluczowy, czy że jest to zasadniczy składnik dla osiągnięcia celów, dla których zamówienie jest udzielane.

Odwołujący przemilczał także konieczność odwołania się do ceny całkowitej oferty, czy nawet RCO w części 18 (pozycja „wzmocnienie podłoża pod nowe nasypy kolejowe materacem geosyntetycznym” została zamieszczona w RCO w części 18 - Geotechniczne Warunki Posadowienia Obiektu Budowlanego - Projekt Geotechniczny), która jest niewygodna dla postawionego zarzutu, ponieważ wprost wskazuje, że składnik ten nie jest istotną częścią składową ceny oferty, o której mowa w art. 224 ust. 1 p.z.p. Pierwotna wartość oferty przystępującego dla wszystkich pozycji części 18 RCO wynosiła 64.658.790,97 zł, wartość spornego składnika cenowego 597.764,11 zł; po aukcji jest to odpowiednio 45.135.068,01 zł oraz 417.269,23 zł, czyli wartości pozycji pn. „wzmocnienie podłoża pod nowe nasypy kolejowe materacem geosyntetycznym” stanowi niecały 1% wartości całej części 18 RCO, co jednoznacznie wskazuje, że pozycja ta nawet nie jest kluczowa dla prawidłowej realizacji części 18 RCO, a tym bardziej dla globalnej ceny oferty przystępującego Skanska w wysokości 272.967.430,08 zł netto, 335.749.939,00 zł brutto (0,15% ceny globalnej).

Jak trafnie wskazał przystępujący Skanska na str. 32 swojego stanowiska procesowego, z czym skład orzekający się zgadza, porównując ceny pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu (ceny netto uzyskane po aukcji), pozycja „wzmocnienie podłoża pod nowe nasypy kolejowe materacem geosyntetycznym” stanowi wartość 0,15% w skali całego zadania w ofercie Skanska, w ofercie ZUE - 0,87%, w ofercie PNUK - 0,21%, w ofercie Trakcja - 0,18%, w ofercie Strabag - 0,14%, w ofercie Torpol - 0,27%. Jedynie wykonawca PORR wycenił tą pozycję na 1,30% w skali zamówienia, jednakże nawet wartość 1,30% do całego zadania jednoznacznie pokazuje nieistotność tej pozycji (tak

załącznik nr 1 RNC - wyczenia do stanowiska procesowego przystępującego Skanska z dnia 22.05.2024 r. zawierający źródło i tabelaryczne zestawienie ww. danych). Warto także dodać, że wartość spornej pozycji, która została przyjęta przez odwołującego ZUE wprost wskazuje, że nie jest to istotny składnik cenowy, o którym mowa w art. 224 ust. 1 p.z.p., będąc pozycją nieistotną wobec wartości przedmiotu zamówienia czy nawet RCO w części 18, tj. jest nieistotny w kontekście całej wartości robót geotechnicznych.

W konsekwencji powyższego, niewykazany przez odwołującego zarzut podlegał oddaleniu. Dodatkowo Izba podzieliła i uznała za własną argumentację przystępującego Skanska zawartą na str. 30-33 jego stanowiska procesowego z dnia 22.05.2024 r., dotyczącą wad w przyjętym przez odwołującego w odwołaniu zakresie kosztów, w tym błędnie przyjętym kosztem materiałów (geowłókna, kruszywo) i robót, także z pominięciem wymagań specyfikacji, a w konsekwencji wadliwie wskazanych tam wartości. Niemniej to odwołującego obarczał ciężar udowodnienia zasadności i prawidłowości wskazanej kalkulacji, kiedy fakt, że odwołujący przyjął jakąś cenę na danym poziomie nie oznacza, że została ona udowodniona w tej wysokości – godzi się podkreślić, że w rozpoznawanym środku zaskarżenia mowa o ofercie dostawcy Vikon, której nie złożono, tak jak żadnego innego dowodu.

Skład orzekający wskazuje również, że pominięto wniosek odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, ponieważ wydanie rozstrzygnięcia, w tym ustalenie stanu faktycznego sprawy, było możliwe w oparciu o zgromadzony materiał procesowy i nie wymagało uzupełnienia o wiedzę specjalisty z dziedziny budownictwa. Innymi słowy, wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu nie wypełnił przesłanek art. 539 ust. 2 zd. 1 p.z.p., rzeczone opinie nic nie wniosłyby do sprawy i nie była niezbędna do wydania orzeczenia, ponieważ jak wskazano wcześniej, odwołujący uległ w odwołaniu już na pierwszym etapie, ponieważ nie udowodnił, że cena za wzmocnienie podłoża pod nowe nasypy kolejowe materacem geosyntetycznym stanowi istotną część składową ceny, o której mowa w art. 224 ust. 1 p.z.p.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniach powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołania zostały przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania w połączonych do rozpoznania sprawach wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b i d 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).

Izba obciążyła odwołujących kosztami postępowania odwoławczego, na które w sprawie sygn. akt: KIO 1543/24 złożyły się: wpis (20 000,00 zł), na podstawie złożonej faktury VAT – koszty zastępstwa procesowego (3 600,00 zł, uwzględniając limit wynikający z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia) i koszty dojazdu pełnomocnika odwołującego (1 019,15 zł), zgodnie ze złożonym spisem kosztów – koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego (3 600,00 zł) i koszt opłaty skarbowej od pełnomocnictwa (17,00 zł, dowód uiszczenia w aktach sprawy). Skład orzekający zasądził więc od odwołującego konsorcjum Track Tec na rzecz zamawiającego 3 617,00 zł stanowiące uzasadnione koszty strony. W sprawie sygn. akt 1568/24 na koszty złożyły się: wpis (20 000,00 zł), zgodnie z przedłożoną fakturą VAT – koszty zastępstwa procesowego odwołującego (3 600,00 zł), zgodnie ze złożonym spisem kosztów – koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego (3 600,00 zł) i koszt opłaty skarbowej od pełnomocnictwa (17,00 zł, dowód uiszczenia w aktach sprawy). Izba zasądziła zatem od odwołującego ZUE na rzecz zamawiającego kwotę 3 617,00 zł stanowiącą uzasadnione koszty strony.

Mając na uwadze powyższe o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

Członkowie: