Sygn. akt: KIO 2572/23 KIO 2574/23

WYROK

z dnia 26 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Elżbieta Dobrenko

Członkowie: **Marek Bienias**

Anna Chudzik

Protokolant:**Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 15 i 21 września 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2023 r. przez:

A.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu, INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2572/23)**,

B.wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2574/23)**,

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

A.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu, Stecol Corporation,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 2572/23 i sygn. akt KIO 2574/23,

B.wykonawców: **Budimex z siedzibą w Warszawie** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie, Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie, TRACK TEC Construction Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2572/23,

C.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu, INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2574/23,

orzeka:

I.W sprawie KIO 2572/23

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu, INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania.

II.W sprawie KIO 2574/23

1.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu z pkt 1, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 57 ust. 4 lit. a) w zw. z art. 18 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp oraz pkt 2, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a przy powtarzaniu czynności w prowadzonym postępowaniu – wykluczenie, na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu oraz Stecol Corporation**, a w konsekwencji odrzucenie, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp oferty wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu oraz Stecol Corporation**.

2.W pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3.Kosztami postępowania obciąża Przystępującego w ½ oraz Odwołującego w ½ i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;

3.2.zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującemu kwotę 11.800 (słownie: jedenaście tysięcy osiemset złotych).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……..……..

Członkowie: ……

……

Sygn. akt: KIO 2572/23 KIO 2574/23

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

PKP Polskie Linie Kolejowe, dalej: *„Zamawiający" prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia* publicznego, pn. *„Realizacja robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych, systemu dynamicznej informacji podróżnych na odcinku Katowice Szopienice Płd. – Katowice – Katowice Piotrowice w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na2 obszarze Śląska",* numer referencyjny postępowania: 9090/IREZA4/01185/00479/22/P, numer sprawy PZ.292.330.2022, dalej: *„Postępowanie"*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15.02.2022 r. pod numerem 2022/S 032-083025.

I.KIO 2572/23:

W dniu 31 sierpnia 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz INTOP Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, dalej: „*Odwołujący*" wnieśli odwołanie na czynność Zamawiającego, polegającą na dokonaniu w dniu 21.08.2023 r. wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o. o. oraz Stecol Corporation, dalej jako: *„Konsorcjum Intercor*", podczas gdy Konsorcjum Intercor nie spełniało warunków udziału w Postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej (w zakresie doświadczenia i personelu),

a tym samym wprowadziło Zamawiającego w błąd, a Zamawiający nie przeprowadził szczegółowych wyjaśnień treści dokumentów i oświadczeń, w związku z czym zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor w ramach Postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp i/lub art. 226 ust. 1 pkt. 5) Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1) i 2) w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor, pomimo że przedmiotowy wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej z punktu 8.4.2 lp. 3 strona 16 TOM I SWZ – IDW, tj. nie wykazał, że dysponuje jednym kierownikiem robót torowych, który zdobył doświadczenie w kierowaniu co najmniej jedną inwestycją o następującym zakresie robót: Budowa lub przebudowa linii kolejowej dwutorowej o długości co najmniej 20 km, Budowa lub przebudowa co najmniej jednej stacji, przy czym stacja ta miała mieć zabudowanych lub wymienionych min. 50 rozjazdów, podczas gdy już z samego wykazu osób wynika, że roboty budowlane na stacji Białystok nie zostały zakończone, z uwagi na co wskazana osoba nie mogła nabyć wymaganego doświadczenia w wykonaniu referencyjnych robót i/lub Konsorcjum Intercor złożyło ofertę o treści niezgodnej z warunkami zamówienia, w związku z czym doszło do podjęcia decyzji przez Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1) i 2) w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor, pomimo że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej z punktu 8.4.1. a1) strona 12 TOM I SWZ – IDW, tj. nie wykazał, że posiada doświadczenie w wykonaniu co najmniej 2 robót budowlanych, każda wykonana w ramach odrębnej umowy, na zakres każdej roboty składały się: Budowa lub Przebudowa co najmniej 1 stacji kolejowej, przy czym Budowa lub Przebudowa obejmowały co najmniej: dwa tory główne zasadnicze i dwa tory główne dodatkowe wraz z odwodnieniem, dwa perony oraz wymianę lub zabudowę 50 rozjazdów kolejowych, podczas gdy z treści zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do dyspozycji wykonawcy na potrzeby realizacji zamówienia złożonego przez spółkę TRAKCJA S.A. wynikało, że udzielony zasób dotyczył tylko 1 (jednej) roboty budowlanej w

zakresie budowy lub przebudowy 1 (jednej) stacji kolejowej, w związku z czym w ramach Postępowania doszło do podjęcia przez Zamawiającego decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp;
3) art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1) i 2) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Intercor z Postępowania, pomimo że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub który zataił te informacje lub co najmniej, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez podanie informacji, że doświadczenie kierownika robót torowych Pana R.G. na stacji Białystok w dniu złożenia oferty przez Konsorcjum Intercor obejmowało kierowanie co najmniej jedną inwestycją o następującym zakresie robót: Budowa lub przebudowa linii kolejowej dwutorowej o długości co najmniej 20 km, Budowa lub przebudowa co najmniej jednej stacji, przy czym stacja ta ma mieć min. 50 rozjazdów, podczas gdy Konsorcjum Intercor wskazało, że doświadczenie kierownika robót torowych obejmuje przebudowę stacji Białystok (mającej docelowo mieć zabudowanych ok. 140 nowych rozjazdów), podczas gdy na referencyjnej stacji Białystok w dniu składania oferty
w Postępowaniu nie wykonano zabudowy 50 rozjazdów kolejowych, a tym samym Pan R.G. nie posiadał wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia;
4) art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1) i 2) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Intercor z Postępowania, pomimo że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub co najmniej, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez podanie informacji, że dysponuje zasobem podmiotu trzeciego spółki TRAKCJA S.A. w postaci 2 (dwóch) referencyjnych robót budowlanych w zakresie budowy lub przebudowy
1 (jednej) stacji kolejowej, podczas gdy z treści zobowiązania TRAKCJA S.A. wynika jednocześnie, że udostępnia on tylko jedno doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych na stacji kolejowej;
5) art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1) i 2) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Intercor z Postępowania, pomimo że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub który zataił te informacje lub co najmniej, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez podanie informacji, że kierownik robót torowych – Pan R.G. rozpoczął nabywanie doświadczenia w ramach robót na referencyjnej stacji Białystok od lutego 2021 r., podczas gdy zgodnie z oświadczeniem zawartym w Dzienniku Budowy nr 48/2/2020 dla Stacji Białystok, przedmiotowe czynności przez wskazaną osobę zostały podjęte dopiero we wrześniu 2021 r.;
6) ewentualnie w przypadku nieuznania zarzutu nr 1), 3) oraz 5) powyżej - naruszenie art. 128 ust. 3 i/lub ust. 4 Pzp poprzez brak wezwania Konsorcjum Intercor do złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia zdobytego przez kierownika robót torowych Pana R.G. w kierowaniu przebudową stacji Białystok co do ilości faktycznie wbudowanych nowych rozjazdów w dniu składania ofert w Postępowaniu oraz okresu nabywania doświadczenia przez wskazaną osobę, i/lub uzupełnienia oferty w tym zakresie, podczas gdy z treści złożonego przez Konsorcjum Intercor Zał. nr 8 do IDW – „Wykaz osób skierowanych do realizacji Zamówienia", wprost wynika, że przedmiotowe roboty nie zostały wykonane na dzień złożenia ofert, a z treści zawnioskowanych w Odwołaniu dowodów wynika, że okres nabywania doświadczenia Pana R.G. rozpoczął się później niż wskazało to Konsorcjum Intercor;
7) ewentualnie w przypadku nieuznania zarzutu nr 2) i 4) powyżej – naruszenie art. 128 ust. 3 i/lub 4 Pzp poprzez brak wezwania Konsorcjum Intercor do złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia udzielonego przez podmiot trzeci, tj. spółkę TRAKCJA S.A. w przedmiocie udostępnienia zasobów w zakresie robót budowlanych, podczas gdy z treści Zał. nr 3 do IDW – „Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do dyspozycji Wykonawcy na potrzeby realizacji Zamówienia", wprost wynika, że TRAKCJA S.A. udostępniła Konsorcjum Intercor tylko 1 (jedną) robotę budowlaną w zakresie budowy lub przebudowy 1 (jednej) stacji kolejowej, w związku z czym Konsorcjum Intercor w ramach warunku udziału w postępowaniu nie było uprawnione do legitymowania się doświadczeniem TRAKCJA S.A. w ramach
2 (dwóch) przebudów stacji kolejowej (Łódź Widzew i Malbork jednocześnie) i/lub uzupełnienia brakującego doświadczenia, poprzez wykazanie, że samodzielnie spełnia warunek udziału
w postępowaniu w związku z art. 122 i art. 123 Pzp;
8) co w konsekwencji łącznie doprowadziło do naruszenia art. 16 pkt. 1) i 2) Pzp poprzez prowadzenie postępowania o

udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
W związku z przedstawionymi powyżej zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności z dnia 21.08.2023 r. polegającej na wyborze oferty Konsorcjum Intercor jako oferty najkorzystniejszej;
2) dokonania ponownej oceny i badania ofert;
3) dokonania wykluczenia Konsorcjum Intercor z Postępowania;
4) odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor;
5) ewentualnie w przypadku nieuznania zarzutu nr–1), 3) oraz 5) - dokonania ponownej oceny i badania ofert i wezwania Konsorcjum Intercor do złożenia wyjaśnień i/lub uzupełnienia oferty w zakresie w jakim dysponuje jednym kierownikiem robót torowych, który ma, czyli powinien posiadać nabyte już doświadczenie w kierowaniu co najmniej 1 (jedną) inwestycją
o następującym zakresie robót: Budowa lub przebudowa linii kolejowej dwutorowej o długości co najmniej 20 km, Budowa lub przebudowa co najmniej jednej stacji, przy czym stacja ta ma mieć min. 50 rozjazdów (warunek z punktu 8.4.2 lp. 3 strona 16 TOM I SWZ – IDW), w związku z tym, że doświadczenie przedstawione przez Konsorcjum Intercor na potwierdzenie spełniania warunku dotyczy nabywanego obecnie doświadczenia na inwestycji będącej w toku oraz robót w toku, a nie inwestycji wykonanej o określonym zakresie robót, ani nie robót wykonanych (m.in. budowa lub przebudowa co najmniej jednej stacji, przy czym ta stacja ma mieć min. 50 rozjazdów) jak wymagał tego Zamawiający zgodnie z zapisami IDW oraz Załącznika nr 8 do IDW;
6) ewentualnie w przypadku nieuznania zarzutu nr 2) i 4) - dokonania ponownej oceny
i badania ofert i wezwania Konsorcjum Intercor do złożenia wyjaśnień oferty w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wykonania co najmniej 2 (dwóch) robót budowlanych, każda wykonana w ramach odrębnej umowy, na zakres każdej roboty składały się: Budowa lub Przebudowa co najmniej 1 stacji kolejowej, przy czym Budowa lub Przebudowa obejmowały co najmniej: dwa tory główne zasadnicze i dwa tory główne dodatkowe wraz z odwodnieniem, dwa perony oraz wymianę lub zabudowę 50 rozjazdów kolejowych (warunek z punktu 8.4.1. a1) strona 12 TOM I SWZ – IDW), w sytuacji gdy zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. spółki TRAKCJA S.A. dotyczy jedynie 1 (jednej) budowy stacji kolejowej, a nie 2 (dwóch) jak Konsorcjum Intercor wskazało w Załączniku nr 11 do IDW, wykazie robót budowlanych.
W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.
Stan faktyczny.
Zamawiający prowadzi Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane o wartości przekraczającej progi unijne. Zmianą treści SWZ – część 3, Zamawiający w dniu 02.03.2022 r. w treści punktu 8.4.1. a1) strona 12 TOM I SWZ – IDW wprowadził następujący warunek udziału w postępowaniu (podkreślenia własne):
„8.4.1. W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.4. IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert,
a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał:
a1) co najmniej 2 roboty budowlane, każda wykonana w ramach odrębnej umowy. Na zakres każdej roboty budowlanej składały się:
• Budowa lub Przebudowa co najmniej 1 stacji kolejowej, przy czym Budowa lub Przebudowa obejmowały co najmniej: dwa tory główne zasadnicze i dwa tory główne dodatkowe wraz
z odwodnieniem, dwa perony oraz wymianę lub zabudowę 50 rozjazdów kolejowych”.
Dowód: - treść pisma Zamawiającego o zmianie treści SWZ z dnia 02.03.2022 r.
Zamawiający w warunku dotyczącym dysponowania osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, w treści punktu 8.4.2 lp. 3, tiret drugi, strona 16 TOM I SWZ – IDW wskazał (podkreślenia własne):
„3. Kierownik robót torowych – 1 osoba
Doświadczenie: - ma doświadczenie w kierowaniu co najmniej jedną inwestycją
o następującym zakresie robót: Budowa lub przebudowa linii kolejowej dwutorowej o długości co najmniej 20 km, Budowa lub przebudowa co najmniej jednej stacji, przy czym stacja ta ma mieć min. 50 rozjazdów.”
Dowód: - treść punktu 8.4.2 lp. 3, tiret drugi, strona 16 TOM I SWZ – IDW
Zamawiający celem wykazania w/w warunków udziału w Postępowaniu przygotował dwa załączniki. Pierwszy - załącznik nr 8 do IDW dotyczył wykazu osób skierowanych do realizacji Zamówienia. Drugi – załącznik nr 11 do IDW dotyczył wykazu robót budowlanych. W ramach wskazanej części uzasadnienia, co będzie istotne w dalszej argumentacji zarzutów, Odwołujący zwrócił uwagę, że każdy ze wskazanych dokumentów posługuje się czasem przeszłym dokonanym, tzn. wyraża czynność zakończoną w przeszłości. Przykładem na potwierdzenie powyższego będą słowa użyte w opisanym warunku doświadczenia, tj.: „ma” oraz w pierwszej części tabeli załącznika nr 8 do IDW cyt.

(podkreślenia własne):
„Podmiot na rzecz którego usługi lub roboty budowlane były wykonane” (strona 2);
„Okres trwania – od data (m-c, rok) - do data (m-c, rok) (wykonanej usługi lub roboty budowlanej)” (strona 2);
„Opis doświadczenia w poszczególnych okresach potwierdzający spełnianie warunków (poszczególnych wykonanych usług lub/i robót budowlanych)” (strona 2).
Dowód: - treść załącznika nr 8 i 11 do IDW, zarówno wzoru z IDW jak i oryginałów dokumentów złożonych przez Konsorcjum Intercor w wyniku wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych.
W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał, że warunki udziału w Postępowaniu podlegają wykładni językowej, która polega na ustalaniu znaczenia tekstu przez odwołanie się do kontekstu językowego terminów, zwrotów czy wyrażeń zawartych SWZ. Zastosowanie wykładni językowej potwierdza, że Zamawiający wymagał od wykonawców spełnienia konkretnych warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i dysponowania osobami skierowanymi do realizacji Zamówienia. Zastosowanie tej wykładni pozwala również przyjąć, że oba te warunki były ze sobą mocno powiązane, gdyż łącznie dotyczyły podobnych robót budowanych, polegających na zrealizowanej budowie lub przebudowie stacji kolejowej z min. 50 rozjazdami. W związku z jednoznaczną treścią zapisów IDW cytowanych powyżej
w Rozdziale I pkt. 2, 3 Odwołania oraz załącznika nr 8 do IDW, posługując się wspomnianą wykładnią językową należy stanowczo stwierdzić, że obydwa warunki udziału w Postępowaniu dotyczyły robót budowlanych „wykonanych”, a zatem przynajmniej „technicznie” odebranych przez inwestora (choćby w toku inwestycji) w dniu złożenia ofert w Postępowaniu. W ślad za nomenklaturą odbiorową obowiązującą u Zamawiającego, przedmiotowe roboty winny zostać skwitowane protokołem odbioru technicznego lub eksploatacyjnego (podobnie KIO 298/20
i KIO 356/20).
Uzasadniając pierwszy zarzut Odwołujący wskazał, że warunek z punktu 8.4.2 lp. 3 IDW dotyczący dysponowania kierownikiem robót torowych dotyczył co najmniej jednej inwestycji wykonanej Budowy lub przebudowy linii kolejowej dwutorowej o długości co najmniej 20 km
i (alternatywa łączna) budowy lub przebudowy co najmniej jednej stacji, przy czym stacja ta miała mieć wybudowanych min. 50 rozjazdów. Zasady doświadczenia życiowego oraz literalna treść warunku udziału w postępowaniu i załącznika nr 8 do IDW (patrz punt 4 i 5 wyżej) dowodzą, że Zamawiający wymagał, aby kierownik robot torowych nabył doświadczenie na inwestycji z konkretną ilością wykonanych torów, stacji i rozjazdów. Takim doświadczeniem nie może być jednak referencyjna stacja Białystok, jak wykazano poniżej. Konsorcjum Intercor w zakresie warunku dotyczącego dysponowania osobami, które będą uczestniczyć
w wykonaniu zamówienia w osobie kierownika robót torowych przedstawił Pana R.G.. Jako jego referencyjną robotę budowlaną w punkcie 3 Załącznika nr 8 do IDW wskazał doświadczenie nabyte w ramach przebudowywanej obecnie stacji Białystok.
Z przedstawionego przez Konsorcjum Intercor oświadczenia wynika, że budowa ta trwa cyt. – „od 02.2021 roku - nadal”. Oznacza to, że na dzień złożenia ofert (oraz dzień złożenia oświadczenia) roboty na stacji Białystok nie zostały zakończone, a tym samym nie można wykazać się doświadczeniem na co najmniej jednej stacji. Dalej w treści oświadczenia Konsorcjum Intercor podało, że na stacji Białystok docelowo zabudowanych będzie ok. 140 nowych rozjazdów.
Dowód: - punkt 3 Załącznika nr 8 do IDW złożonego przez Konsorcjum Intercor w ramach podmiotowych środków dowodowych.
Fakt, że referencyjna stacja Białystok jest nadal w fazie realizacji (nie została dokończona), dowodzi również pismo PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. CRI Region Centralny, Zespół Projektu nr 1/7 z dnia 21.02.2023 r. Przedmiotowe pismo zostało złożone do dokumentacji Postępowania na okoliczność stwierdzenia braku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w związku z poczynionymi przez Konsorcjum Intercor wyjaśnieniami braku zajścia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp. Abstrahując od powodu dla jakiego pismo to znalazło się w dokumentacji Postępowania, to jednoznacznie dowodzi ono, że Konsorcjum Intercor oraz Zamawiający mieli świadomość, że referencyjna stacja Białystok jest jeszcze w trakcie realizacji, w związku z czym nie wpisuje się ona w omawiany powyżej warunek udziału
w postępowaniu.
Dowód: - pismo PKP PLK S.A. CRI Region Centralny, Zespół Projektu nr 1/7 z dnia 21.02.2023 r.
Natomiast najistotniejszym argumentem w niniejszej sprawie jest dowód z dokumentów
w postaci protokołów odbioru technicznego i eksploatacyjnego branży torowej za okres od lutego 2021 r. do dnia złożenia oferty przez Konsorcjum Intercor, a także raportów miesięcznych składanych Zamawiającemu przez Konsorcjum Intercor (zgodnie z SubKlauzulą 4.21 umowy na wykonanie robót w ramach referencyjnej inwestycji za okres od lutego 2021 r. do dnia złożenia oferty przez Konsorcjum Intercor) oraz Dziennika Budowy nr 48/2/2020 prowadzonego dla Stacji Białystok. Powołane w treści Odwołania dokumenty - znajdujące się w posiadaniu Zamawiającego - w tym protokoły

odbioru - wykazują faktyczną ilość wbudowanych rozjazdów na stacji Białystok. Analiza przedmiotowych dokumentów (tj. wskazanych powyżej protokołów odbioru eksploatacyjnego oraz protokołów odbioru technicznego (w tym z branży torowej) dotyczących referencyjnej inwestycji za okres od lutego 2021 r. do dnia złożenia oferty przez Konsorcjum Intercor, wskazuje, że do dnia złożenia oferty w Postępowaniu zabudowano: 2 rozjazdy tymczasowe oraz 7 rozjazdów docelowych. Odwołujący wskazał, że gdyby nawet zsumować rozjazdy tymczasowe z docelowymi, to suma zabudowanych 9 rozjazdów nie daje referencyjnej ilości min. 50, czy jak oświadczyło Konsorcjum Intercor w treści wykazu osób - ok. 140 nowych rozjazdów. W tym miejscu można stanowczo stwierdzić, że informacje podane w treści wykazu osób dotyczące Pana R.G. są błędne. Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, że na powołanych powyżej protokołach odbioru nie widnieje podpis Pana R.G., który w ślad za złożonym przez Konsorcjum Intercor wykazem osób miałby w tym okresie zdobyć doświadczenie jako kierownik robót torowych. Jak wywnioskować można wprost z treści protokołów odbioru, przedmiotowe doświadczenie (wskazane w powołanych protokołach odbioru) mógł zdobyć inny kierownik robót. Próżno szukać natomiast wzmianki o Panu Robercie Gapińskim jako kierowniku robót torowych, który miałby nabyć doświadczenie w zabudowie 9 rozjazdów (lub ok. 140 jak w treści wykazu osób).
Dowód: - protokoły odbioru eksploatacyjnego oraz protokoły odbioru technicznego (w tym
z branży torowej) dotyczące referencyjnej stacji Białystok (wraz z załącznikami), znajdujące się w posiadaniu Zamawiającego) za okres od lutego 2021 r. do dnia złożenia oferty przez Konsorcjum Intercor.
W kontekście powyższego Odwołujący postawił również tezę, że doświadczenie Pana R.G. nie odpowiada treści warunku udziału w Postępowaniu postawionego w punkcie 8.4.2 lp. 3 IDW. Dowodem na to, że stacja Białystok w dniu złożenia ofert w Postępowaniu, nie mogła posłużyć za stację referencyjną jest również nagranie wideo, znajdujące się
w internetowej sieci publicznej. Film obrazuje stan zaawansowania robót budowlanych na stacji Białystok w miesiącu lipcu 2022 roku, a zatem miesiąc po dacie złożenia oferty Konsorcjum Intercor w Postępowaniu. Nagranie dowodzi, że te torowe roboty budowlane były w początkowej fazie realizacji. Fakt ten można łatwo rozpoznać (bez wiedzy specjalistycznej), gdyż na filmie zdecydowana większość torów jest starych (występuje szary kolor podkładów kolejowych), natomiast nowe tory położone są na kilku krótkich odcinkach niepołączonych jeszcze rozjazdami (tu widać jasny kolor podkładów kolejowych).
Dowód: https://www.youtube.com/watch?v=q8VU4Op0TEA (dostęp na dzień 31.08.2023 r.).
Odnosząc się do kwestii drugiego zarzutu niniejszego Odwołania, Odwołujący wskazał, że
w ramach warunku doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych, Zamawiający zażądał aby wykonawca wykazał się wykonaniem 2 (dwóch) robót budowlanych, wykonanych w ramach
2 (dwóch) odrębnych umów, a w każdej z nich miała być wykonana 1 (jedna) stacja kolejowa na której wymieniono lub zabudowano 50 rozjazdów kolejowych. W zakresie tak postawionego warunku udziału w Postępowaniu, Konsorcjum Intercor wskazało na dwie referencyjne roboty budowlane – tj. na stacji Malbork oraz na stacji Łódź Widzew. Z treści Załącznika nr 11 do IDW wynika, że obydwie referencyjne stacje zostały użyczone przez podmiot, na którego zasoby Wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 118 Pzp – przez spółkę TRAKCJA S.A. Na dowód dysponowania przez Konsorcjum Intercor zasobem podmiotu trzeciego jakim jest spółka TRAKCJA S.A. przedłożono zobowiązanie, przygotowane na wzorze z załącznika nr 3 do IDW. Spółka TRAKCJA S.A. w dniu 17.06.2022 r. oświadczyła, że cyt.: „udostępniam Wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie:
- robót budowlanych na:
• budowę lub przebudowę co najmniej 1 stacji kolejowej, przy czym budowa lub przebudowa obejmowały co najmniej: dwa tory główne zasadnicze i dwa tory główne dodatkowe wraz z odwodnieniem, dwa perony oraz wymianę lub zabudowę 50 rozjazdów kolejowych;
• budowę lub przebudowę torów szlakowych linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, gdzie suma budowanych lub przebudowanych lub modernizowanych długości torów wynosiła łącznie co najmniej 20 km, a co najmniej 10 km budowy lub przebudowy lub modernizacji torów realizowana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich;
• budowę lub przebudowę sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, gdzie suma długości budowanej lub przebudowywanej sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi dla torów szlakowych i torów zasadniczych, wynosiła łącznie co najmniej 20 km, przy czym co najmniej 10 km robót wykonana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich;”
Dowód: - Załącznik nr 3 do IDW - Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do dyspozycji Wykonawcy na potrzeby realizacji Zamówienia złożone przez TRAKCJA S.A. w dn. 17.06.2022 r.
Powyższa treść oświadczenia oznacza, że:
a. Spółka TRAKCJA S.A. udostępniła Przedsiębiorstwu Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. swój zasób w zakresie wykazania w postępowaniu w wykazie robót budowlanych 1 (jednej) budowy lub 1 (jednej) przebudowy co najmniej 1 stacji kolejowej, gdzie budowa lub przebudowa obejmowała co najmniej dwa tory główne zasadnicze i dwa tory główne dodatkowe wraz z odwodnieniem, dwa perony oraz wymianę lub zabudowę 50 rozjazdów kolejowych;

b. Spółka TRAKCJA S.A. udostępniła Przedsiębiorstwu Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. swój zasób w zakresie wykazania w ww. postępowaniu w wykazie robót budowlanych
1 (jednej) budowy lub 1 (jednej) przebudowy torów szlakowych linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, gdzie suma budowanych lub przebudowanych lub modernizowanych długości torów wynosiła łącznie co najmniej 20 km, a co najmniej 10 km budowy lub przebudowy lub modernizacji torów realizowana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich;
c. Spółka TRAKCJA S.A. udostępniła Przedsiębiorstwu Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. swój zasób w zakresie wykazania w Postępowaniu w wykazie robót budowlanych 1 (jednej) budowy lub 1 (jednej) przebudowy sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, gdzie suma długości budowanej lub przebudowywanej sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi dla torów szlakowych
i torów zasadniczych, wynosiła łącznie co najmniej 20 km, przy czym co najmniej 10 km robót wykonana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich.
Na podstawie oświadczenia spółki TRAKCJA S.A. z dnia 17.06.2022 r. przedłożonego Przedsiębiorstwu Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. w wykazie robót w postępowaniu możliwe było wskazanie przez Konsorcjum Intercor tylko po 1 (jednej) budowie lub
po 1 (jednej) przebudowie dla poszczególnych warunków określonych w IDW postępowania, na co wskazuje wprost użycie w zobowiązaniu TRAKCJA S.A. (w oświadczeniu z dnia 17.06.2022 r.) liczby pojedynczej tj.
• na budowę lub przebudowę odpowiednio 1 stacji kolejowej (pkt a) dot. robót budowlanych, tiret pierwszy oświadczenia spółki TRAKCJA S.A.),
• na budowę lub przebudowę odpowiednio torów szlakowych (pkt a) dot. robót budowlanych, tiret drugi oświadczenia spółki TRAKCJA S.A.),
• na budowę lub przebudowę odpowiednio sieci trakcyjnej (pkt a) dot. robót budowlanych, tiret trzeci oświadczenia spółki TRAKCJA S.A.).
Podmiot trzeci spółka TRAKCJA S.A. nie udostępniła innych zasobów dla wykazania większej ilości niż po 1 (jednej) budowie dla wykazania spełnienia przez Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. warunków z pkt 8.4.1 a1), 8.4.1 a2), 8.4.1 c) IDW.
Dowód: - Załącznik nr 3 do IDW - Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do dyspozycji Wykonawcy na potrzeby realizacji Zamówienia złożone przez TRAKCJA S.A.
w dniu 17.06.2022 roku.
Zatem w zakresie warunku wskazanego w pkt 8.4.1 ppkt a1) IDW udostępnienie zasobów przez TRAKCJA S.A. mogło nastąpić poprzez zasób doświadczenia dla 1 (jednej) roboty budowlanej z zamówienia pn. „Zaprojektowanie i wykonanie przebudowy stacji Łódź Widzew i część szlaku Łódź Fabryczna – Łódź Widzew od km 2,250 do km 7,200 wraz z urządzeniami srk i telekomunikacji dla całego odcinka Łódź Fabryczna – Łódź Widzew i modernizacji objazdowej Łódź Widzew-Łódź Chojny-Łódź Kaliska”, a w zakresie warunku wskazanego
w pkt 8.4.1 ppkt a2) IDW udostępnienie mogło nastąpić poprzez zasób doświadczenia dla
1 (jednej) roboty budowlanej i dla warunku wskazanego w pkt 8.4.1 ppkt c) IDW udostępnienie nastąpiło poprzez zasób doświadczenia dla 1 (jednej) roboty budowlanej tj. łącznie dla pkt 8.4.1 a2) i 8.4.1 c) udostępnienie doświadczenia z zadania pn. „Wykonanie robót budowlanych modernizacji linii nr 9 na odcinku od km 236,920 do km 287,700 objętym obszarem Lokalnego Centrum Sterowania z siedzibą w Malborku w ramach projektu: POIŚ 7.1-1.3 „Modernizacja linii kolejowej E65/C-E 65 na odcinku Warszawa - Gdynia – obszar LCS Iława, LCS Malbork”.
Innymi słowy, referencyjne doświadczenie opisane w wykazie robót złożonym przez Konsorcjum Intercor [dla warunku 8.4.1. a1) IDW] wskazuje na 2 roboty budowlane spółki TRAKCJA S.A., podczas gdy z treści zobowiązania złożonego przez TRAKCJA S.A. wynika, że podmiot ten udostępnia Konsorcjum Intercor 1 (jedną) robotę budowlaną na stacji, ergo TRAKCJA S.A. udostępniła Konsorcjum Intercor w tym zakresie tylko jeden zasób. W ślad za otrzymanym zobowiązaniem podmiotu trzeciego, Konsorcjum Intercor nie było uprawnione do polegania na dwóch zasobach stacyjnych łącznie, tj. stacji Malbork i stacji Łódź Widzew.
26. Zdaniem Odwołującego, z uwagi na brak spełniania przez Konsorcjum Intercor warunków udziału w postępowaniu (określonych punktami 8.4.1. a1) IDW oraz 8.4.2 lp. 3 IDW), oferta wskazanego podmiotu winna zostać odrzucona w ślad za treścią art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) Pzp.
W ocenie Odwołującego legitymowanie się przez Konsorcjum Intercor Panem Robertem Gapińskim, który nie ukończył referencyjnych robót budowlanych na stacji Białystok, pomimo że wymóg dotyczył wykonanych robót budowlanych, powinno doprowadzić Zamawiającego do wniosku o odrzuceniu oferty Konsorcjum Intercor na mocy art. 226 ust. 1 pkt. 5) Pzp, ponieważ zgodnie z tym przepisem niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia przejawia się również w sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami warunków zamówienia.
Odnosząc się do zarzutów 6) i 7) (tzw. „ewentualnych”), w ocenie Odwołującego Zamawiający nie może bezkrytycznie

podchodzić do informacji pozyskanych w trakcie prowadzonego Postępowania, nawet w przypadku, gdy referencyjne roboty budowlane były wykonywane na jego rzecz. Każda informacja powinna być przez Zamawiającego zbadana oraz zweryfikowana, aby wykluczyć ewentualne błędy w wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wskazuje, że często o wadliwości oferty Zamawiający dowiadują się dopiero
w wyniku wyjaśnień treści złożonych dokumentów i oświadczeń. Skoro nadrzędnym celem jest wybór oferty zgodnej z warunkami zamówienia, to sam Zamawiający winien podjąć wszelkie kroki celem wyjaśnienia niejasności oświadczeń składanych w toku postępowania – w tym wezwać Konsorcjum Intercor do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień treści oferty w zakresie: kierownika robót torowych oraz udzielonego doświadczenia przez spółkę TRAKCJA S.A.
Odwołujący wskazał, że należy wziąć pod uwagę, że brak podjęcia działań mających na celu sanowanie błędów Konsorcjum Intercor na późniejszym etapie, czy to przed zawarciem umowy czy też już po zawarciu umowy w trakcie jej realizacji będzie naruszało zasadę uczciwej konkurencji.
Zgodnie z ugruntowaną zasadą wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą spełniać warunek udziału w postępowaniu w terminie wyznaczonym na składanie ofert. Odwołujący uważa, że ewentualnych braków w tym zakresie nie można usunąć przez swego rodzaju "konwalidację" już po terminie złożenia oferty. Takie działanie byłoby zarówno naruszeniem dyspozycji art. 125 ust. 3 Pzp, naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz rodziłoby ryzyko, iż do postępowań zgłaszałyby udział
podmioty niespełniające warunków udziału w postępowaniu i - tym samym - niedające gwarancji należytego wykonania umowy. Wymóg faktycznego spełniania warunków na dzień składania ofert wynika też z faktu dużego sformalizowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Choć formalizm postępowania nie może być celem samym w sobie, to szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje zamawiających do takiego właśnie działania, o ile jest ono zgodne z postanowieniami ustawy. Zamawiający, który wobec jednego z podmiotów odstąpiłby od zasad obowiązujących
w postępowaniu i nie respektowałby wyznaczonych przez siebie wymogów, naraziłby się na zarzut nierównego traktowania wykonawców (patrz Wyrok KIO z 18.11.2021, sygn. akt. KIO 3221/21). Przenosząc powyższe na grunt niniejszego Odwołania, należy podnieść, że Konsorcjum Intercor na tym etapie nie może złożyć poświadczeń wykonania robót na stacji Białystok z terminem późniejszym niż 21.06.2022 r. (tj. dzień złożenia ofert w Postępowaniu).
Przechodząc do zarzutów dotyczących wprowadzenia w błąd, Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: „8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych; (…) 10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”
Biorąc pod uwagę powyżej wskazane okoliczności dotyczące Pana R.G.
i zobowiązania spółki TRAKCJA S.A. nie budzi wątpliwości, że Konsorcjum Intercor w sposób bezkrytyczny, tj. bez należytej weryfikacji składanych oświadczeń i dokumentów, na potrzebę wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia kierownika robót torowych oraz referencyjnej stacji, posłużył się informacjami niezweryfikowanymi. Tym samym Konsorcjum Intercor można przypisać lekkomyślność oraz niedbalstwo.
Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że Konsorcjum Intercor w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących warunków udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez podanie informacji, że kierownik robót torowych – Pan R.G. rozpoczął nabywanie doświadczenia w ramach robót na referencyjnej stacji Białystok od lutego 2021 r. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z oświadczeniem zawartym w Dzienniku Budowy nr 48/2/2020 dla Stacji Białystok przedmiotowe czynności przez wskazaną osobę zostały podjęte dopiero we wrześniu 2021 r., a zatem znacznie później niż wskazało Konsorcjum Intercor,
co również podważa wiarygodność złożonego oświadczenia w powyższym zakresie.
Przy jednoznacznie sformułowanych warunkach doświadczenia, jak i przy zachowaniu należytej staranności podczas wpisywania Pana R.G. do wykazu osób skierowanych do realizacji Zamówienia oraz wpisania doświadczenia wynikającego
z zobowiązania TRAKCJA S.A. jest wysoce prawdopodobne, że Konsorcjum Intercor uniknęłoby błędu.
Odwołujący wskazał, że, co istotne w ramach przedmiotowego zarzutu, referencyjna stacja Białystok była wykonywana bezpośrednio przez Konsorcjum Intercor, który dysponował protokołami odbioru robót oraz Dziennikiem Budowy, zatem miał lub winien mieć świadomość, że doświadczenie Pana R.G. określone w wykazie osób nie potwierdzało spełnienia przez niego wymogów Zamawiającego w zakresie doświadczenia, ani też że rozpoczęcie nabywania wskazanego

doświadczenia nie było możliwe od lutego 2021 r.
Wyżej powołana argumentacja, w szczególności dotycząca doświadczenia Pana R.G., daje uzasadnioną podstawę do przypisania Konsorcjum Intercor celowego działania, zmierzającego wprost do wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Co istotne w tej sprawie, w związku z wyborem oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego, który błędnie uznał, że Konsorcjum Intercor spełnia warunek udziału w Postępowaniu w zakresie kierownika robót, nie ulega wątpliwości, że zamiar się powiódł. Z powyższych względów, Zamawiający winien wykluczyć Konsorcjum Intercor z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 109 ust.
1 pkt 8 i/lub pkt 10 Pzp.
Z daleko posuniętej ostrożności, Odwołujący wskazuje również na art. 122 w zw. z art. 123 Pzp. W przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutu numer 6) Odwołania, Konsorcjum Intercor będzie mogło uzupełnić brakujące doświadczenie poprzez wykazanie jedynie, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu w wykonaniu brakującej 1 (jednej) roboty budowlanej na stacji kolejowej. Powyższe wynika z tego, że Konsorcjum Intercor na etapie złożenia ofert de facto polegało na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby tylko w ramach
1 (jednej) roboty budowlanej na stacji kolejowej, tj. tej, którą użyczyła mu TRAKCJA S.A.
W wyniku uwzględnienia zarzutu, Konsorcjum Intercor nie będzie mogło, po upływie terminu składania ofert powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego, gdyż na etapie składania ofert nie polegało na takiej zdolności w zakresie 2 (dwóch) robót budowlanych na stacji kolejowej. Konsorcjum Intercor będzie zatem zmuszone wykazać się własnym doświadczeniem, zdobytym przed terminem na złożenie oferty w Postępowaniu, co jak nietrudno wywnioskować - nie będzie mogło mieć miejsca z uwagi na brak takiego doświadczenia.
Finalnie, w ocenie Odwołującego brak odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor lub ewentualnie brak podjęcia czynności mających na celu dokładne wyjaśnienie złożonych przez Konsorcjum Intercor dokumentów (tj. wykazu robót i osób) przejawia się naruszeniem partykularnych zasad udzielania zamówień publicznych tj. art. 16 pkt. 1) i 2) oraz 17 ust. 2 Pzp.
W konsekwencji Odwołujący wniósł o uwzględnienie Odwołania.
Zamawiający w piśmie z dnia 13 września 2023 r. wniósł o oddalenie zarzutów odwołania
w całości jako bezpodstawnych.
W uzasadnieniu pisma Zamawiający w odniesieniu do zarzutu nr 1 i 3 Odwołania, Zamawiający wskazał, że nieprawdziwe są twierdzenia Odwołującego, że Konsorcjum Intercor nie spełniło warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia personelu, a tym samym wprowadziło w błąd Zamawiającego. Zamawiający wymagał, aby kierownik robót torowych posiadał następujące doświadczenie: „- co najmniej
3 lata doświadczenia zawodowego, na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót lub Inspektora Nadzoru (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych na robotach związanych z Budową lub Przebudową Infrastruktury kolejowej w zakresie robót torowych,
- w kierowaniu co najmniej jedną inwestycją o następującym zakresie robót: Budowa lub przebudowa linii kolejowej dwutorowej o długości co najmniej 20 km, Budowa lub przebudowa co najmniej jednej stacji, przy czym stacja ta ma mieć min. 50 rozjazdów."
Konsorcjum na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku w pkt. 3 załącznika nr 8 do IDW - Wykaz osób skierowanych do realizacji Zamówienia wskazało Pana R.G.. Jako doświadczenie zostały wykazane 2 zadania:
a) Wykonanie robót budowlanych na odcinku Czyżew – Białystok od km 107,260 do km 178,500 w ramach projektu „Prace na linii E75 na odcinku Czyżew – Białystok. (okres 02.2021 – trwa nadal). Doświadczenie jako kierownik robót torowych na inwestycji o następującym zakresie robót:
- przebudowa linii kolejowej dwutorowej o długości ponad 70 km,
- przebudowa stacji Białystok, która docelowo ma mieć zabudowanych ok. 140 nowych rozjazdów, demontowanych 110 rozjazdów. (Po przebudowie stacja ma liczyć ponad 200 rozjazdów, ilość rozjazdów przed przebudową ok. 186 szt.)
b) „Zaprojektowanie i wykonanie przebudowy stacji Łódź Widzew i części szlaku Łódź Fabryczna – Łódź Widzew od km 2,250 do km 7,200 wraz z urządzeniami srk i telekomunikacji dla całego odcinka Łódź Fabryczna – Łódź Widzew oraz modernizacji linii objazdowej Łódź Widzew – Łódź Chojny – Łódź Kaliska" (okres: 08.2013 – 12.2016).
Doświadczenie na stanowisku Kierownika robót torowych na robotach związanych
z przebudową infrastruktury kolejowej. Odwołujący w Odwołaniu wskazał, że: „zasady doświadczenia życiowego oraz literalna treść warunku udziału w postępowaniu i załącznika
nr 8 do IDW dowodzą, że Zamawiający wymagał aby kierownik robót nabył doświadczenie na inwestycji z konkretną ilością wykonanych torów, stacji i rozjazdów. Takim doświadczeniem nie może być jednak referencyjna stacja Białystok (…)". Zamawiający jest gospodarzem postępowania i ma prawo, wyznaczając cel, jaki zamierza zrealizować, tak określić przedmiot zamówienia, aby móc go opisać adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm w formułowaniu opisu swoich potrzeb. Określenie warunków udziału

w postępowaniu powinno być przy tym odpowiednie do osiągnięcia celu, jakiemu służy,
tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia oraz nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.
Zamawiający wskazuje, że dokonał szczegółowej i starannej analizy treści przedmiotowych dokumentów oraz oświadczeń Konsorcjum Intercor. Wobec tego Zamawiający przyjął, że osoba skierowana do realizacji zamówienia ma legitymować się doświadczeniem z realizacji inwestycji o określonym zakresie, nie wymagał zaś by zakres ten był już zrealizowany
w całości. Nieuprawnioną jest więc interpretacja Odwołującego, iż spełnienie warunku następuje jedynie w sytuacji zrealizowania całego zakresu rzeczowego referencyjnej inwestycji. Wskazuje na to jednoznacznie użycie w cytowanym warunku sformułowania „doświadczenie w kierowaniu co najmniej jedną inwestycją o następującym zakresie robót". Zamawiający nie postawił zatem wymogu by było to doświadczenie w kierowaniu co najmniej jedną inwestycją, w ramach której zrealizowano następujący zakres robót. Tym samym referencyjnym doświadczeniem może być również doświadczenie na realizowanej obecnie inwestycji, której zakres obejmuje wyspecyfikowany zakres rzeczowy. Istotną kwestią jest zatem, żeby wskazana inwestycja obejmowała swoim przedmiotem realizacji zakres wskazany przez Zamawiającego w punkcie 8.4.2 lp. 3, TOM I SWZ – IDW. Wobec powyższego niezasadne są twierdzenia Odwołującego, który wskazuje że: „Analiza przedmiotowych dokumentów (tj. wskazanych powyżej protokołów odbiorów eksploatacyjnego oraz protokołów odbioru technicznego (w tym branży torowej) dotyczących referencyjnej inwestycji za okres
od lutego 2021 r. do dnia złożenia oferty przez Konsorcjum Intercor, wskazuje, że do dnia złożenia oferty w Postępowaniu zabudowano: 2 rozjazdy tymczasowe oraz 7 rozjazdów docelowych. Gdyby nawet zsumować rozjazdy tymczasowe, z docelowymi to suma zabudowanych 9 rozjazdów nie daje referencyjnej ilości min. 50 rozjazdów czy jak oświadczyło Konsorcjum Intercor w treści wykazu osób – ok. 140 nowych rozjazdów. W tym miejscu można stanowczo stwierdzić, że informacje podane w treści wykazu osób dotyczące pana R.G. są błędne."
Również w Wykazie osób kierowanych do realizacji zamówienia Konsorcjum Intercor wskazuje, że przebudowa stacji Białystok „docelowo ma mieć zabudowanych ok.140 nowych rozjazdów, demontowanych 110 rozjazdów. (Po przebudowie stacja ma liczyć ponad 200 rozjazdów, ilość rozjazdów przed przebudową ok. 186 szt.)."
Powyższe sformułowania wyraźnie wskazują, że Konsorcjum Intercor nie wprowadziło w błąd Zamawiającego wskazując inwestycję, która jest obecnie realizowana. Przede wszystkim Konsorcjum Intercor w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia wprost wskazało, że przedmiotowe zadanie jest w trakcie trwania realizacji. Potwierdzeniem powyższego jest m.in. pismo PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. CRI Region Centralny, Zespół Projektu n 1/7
z dnia 21.02.2023 r, które zostało złożone do dokumentacji postępowania i potwierdza, że stacja Białystok nadal jest w fazie realizacji. Niezależnie od powyższego faktem jest, że kwestionowany wykaz Konsorcjum Intercor zawiera także Łódź która spełnia warunek, to zaś jest poza zakresem zarzutów!
Zamawiający wskazał, że dokonał wnikliwej weryfikacji zadania pn. „Zaprojektowanie
i wykonanie przebudowy stacji Łódź Widzew i części szlaku Łódź Fabryczna – Łódź Widzew od km 2,250 do km 7,200 wraz z urządzeniami srk i telekomunikacji dla całego odcinka Łódź Fabryczna – Łódź Widzew oraz modernizacji linii objazdowej Łódź Widzew – Łódź Chojny – Łódź Kaliska" i potwierdza, że przedmiotowa inwestycja obejmowała swoim zakresem:
- wykonanie ponad 20 km linii kolejowej dwutorowej o długości ponad 20 km (6,400 km linii nr 025 (dwutorowa) 6,100 km linii nr 540 (dwutorowa) 4,950 km linii nr 17 (dwutorowa) 2,380 km linii nr 458 (jednotorowa przebudowywana na dwutorową) 0,840 km linii nr 541 (dwutorowa);
- stacja obejmuje ponad 50 rozjazdów;
Zamawiający wskazuje również, że zgodnie z wykazem Pan R.G. pełnił funkcję Kierownika robót torowych na ww. inwestycji w okresie od 08.2013 do 12.2016 tj. przez okres ponad 3 lat.
Zamawiający podkreśla, że w sytuacji, w której Odwołujący formułuje zarzut dotyczący konieczności wykluczenia Konsorcjum Intercor ze względu na wprowadzenie Zamawiającego w błąd, to na Odwołującym ciąży ciężar wykazania zaistnienia wszystkich przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt 10 ustawy Pzp. Tymczasem w niniejszej sprawie Odwołujący poprzestał wyłącznie na własnej argumentacji dotyczącej zastąpienia informacji nieprawdziwych prawdziwymi oraz lakonicznym wskazaniu, że Konsorcjum Intercor podało te informacje
w wyniku zamierzonego działania lub w wyniku rażącego niedbalstwa.
W tym zakresie Odwołujący zwrócił uwagę na poglądy Krajowej Izby Odwoławczej:
„Tym samym, "ratio legis tych uregulowań jest eliminacja z postępowań takich wykonawców, których działanie cechuje zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, a także wykonawców, którzy wprowadzają zamawiającego w błąd na skutek swojego lekkomyślnego lub niedbałego zachowania (...) Mając zaś na względzie, iż art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17

ustawy Pzp (obecnie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp) to przepisy o charakterze sankcyjnym, których konsekwencją jest wykluczenie wykonawcy z postępowania, nie jest dopuszczalna ich wykładnia rozszerzająca, a ich stosowanie winno mieć miejsce wyłącznie w sytuacjach, w których okoliczności stanu faktycznego wskazują w sposób bezsporny na istniejące po stronie wykonawcy zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo (pkt 16) albo na lekkomyślność lub niedbalstwo (pkt 17), którego skutkiem było wprowadzenie zamawiającego w błąd (...) ciężar wykazania zaistnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp (obecnie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp), spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania". (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 25 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1185/22).

Powyższe orzeczenie Krajowej izby Odwoławczej nie tylko potwierdza, że w przedmiotowej sprawie to Odwołujący powinien wykazać spełnienie przesłanek zastosowania art. 109 ust.

1 pkt 8 lub pkt 10 ustawy Pzp, ale również wskazuje, że zastosowanie tej podstawy wykluczenia winno mieć zastosowanie tylko w sytuacjach bezspornie wskazujących na istnienie po stronie wykonawcy zamierzonego działania lub rażące niedbalstwo (art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp) albo na lekkomyślność lub niedbalstwo (art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp).

W niniejszej sprawie z całą pewnością nie można stwierdzić, że zaszły okoliczności bezspornie wskazujące na taki sposób działania Konsorcjum Intercor przy składaniu Wykazu osób skierowanych do realizacji Zamówienia. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „Pojęcie "zamierzone działanie" wymaga wykazania, że jest to świadome zachowanie się podmiotu, zmierzające do wywołania określonych skutków. Z kolei "rażące niedbalstwo" odnoszone jest do naruszenia reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Jest to szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania wykonawcy, kiedy stopień naganności czynności tak znacząco odbiega od modelu właściwego w danym stanie faktycznym, że nie można go pogodzić nawet z miernikiem typowym dla zwykłej formy winy nieumyślnej. Zatem

o przypisaniu winy w tej postaci decyduje zachowanie się wykonawcy, w określonych warunkach sprawy, w sposób znacząco odbiegający od właściwego miernika staranności. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 1 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 45/19)"

Istotnym dla niniejszej sprawy jest również pogląd prezentowany w doktrynie prawa, zgodnie z którym: „Wykonawca nie jest winny wprowadzenia w błąd, jeżeli oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, składa

w dobrej wierze, czyli błędnym, ale usprawiedliwionym przekonaniu, że nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji. Pod uwagę należy w szczególności wziąć sposób sformułowania przez zamawiającego warunków uczestnictwa w postępowaniu i na tym tle rozważyć zasadność przekonania wykonawcy, że jego sytuacja oraz posiadane przez niego zdolności kwalifikują go do udziału w postępowaniu." (Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, red. H. Nowak, M. Winiarz).

Niezasadny jest również zarzut Odwołującego, że Konsorcjum Intercor nie spełniło warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, a tym samym wprowadziło Zamawiającego w błąd.

W zakresie tego warunku Konsorcjum Intercor dysponowało zasobem podmiotu trzeciego – Trakcja S.A., który udostępnił zobowiązanie zgodnie z poniższą treścią:

„Oświadczam, iż:

a) udostępniam Wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie:

- robót budowlanych na:

• budowę lub przebudowę co najmniej 1 stacji kolejowej, przy czym budowa lub przebudowa obejmowały co najmniej: dwa tory główne zasadnicze i dwa tory główne dodatkowe wraz z odwodnieniem, dwa perony oraz wymianę lub zabudowę 50 rozjazdów kolejowych;

• budowę lub przebudowę torów szlakowych linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, gdzie suma budowanych lub przebudowanych lub modernizowanych długości torów wynosiła łącznie co najmniej 20 km, a co najmniej 10 km budowy lub przebudowy lub modernizacji torów realizowana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich;

• budowę lub przebudowę sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, gdzie suma długości budowanej lub przebudowywanej sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi dla torów szlakowych i torów głównych zasadniczych, wynosiła łącznie co najmniej 20 km, przy czym co najmniej 10 km robót wykonana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich."

W opinii Zamawiającego nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że w zakresie warunku wskazanego w pkt. 8.4.1 ppkt. a1) oraz 8.4.1 c) IDW podmiot udostępniający zasoby tj. Trakcja S.A. mógł udostępnić tylko 1 robotę budowlaną. Zamawiający wskazuje, że zobowiązanie podmiotu trzeciego, przedkładane na potwierdzenie spełniania warunków udziału

w postępowaniu, ma charakter oświadczenia woli, do którego referuje art. 65 kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 65 kodeksu cywilnego:
„§1.Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.
§ 2.W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.”
Powyższe potwierdza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 sierpnia 2021 r., sygn. akt. KIO 1777/21:
„Zgodnie z regułą wykładni oświadczeń woli wyrażoną w art. 65 § 1 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Reguła ta odnosi się również do postanowień specyfikacji warunków zamówienia. Przy czym pojęcia "okoliczności złożenia, zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje" najczęściej można sprowadzić do stwierdzenia "zwykłego", "normalnego", ewentualnie "zwykłego profesjonalnego" rozumienia.”
Już w pierwszym zdaniu Trakcja S.A. wskazuje, że udostępnia zasoby konsorcjum Intercor
w zakresie robót budowlanych na potrzeby realizacji niniejszego Postępowania.
W zobowiązaniu nie ma wskazanej ilości robót, a więc w opinii Zamawiającego zasadnym jest przyjęcie, że podmiot udostępniający zasoby udostępnia je w takiej ilości i zakresie aby spełniały warunki wskazane przez Zamawiającego dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. W opinii Zamawiającego prawidłowe jest przyjęcie, że skoro podmiot udostępniający zasoby przekazał Konsorcjum wszystkie informacje oraz referencje dotyczące poszczególnych realizacji zadań to taki był zgodny zamiar stron. Zdaniem Zamawiającego na podstawie treści przedłożonego zobowiązania możliwym jest jednoznacznie odczytanie intencji podmiotu trzeciego, który potwierdza, że oddaje do dyspozycji Konsorcjum Intercor zasoby niezbędne do jego realizacji i w ocenie Zamawiającego nie ma podstaw, by odmówić temu zobowiązaniu waloru realności. Z treści zobowiązania wynika bowiem, że w odniesieniu do doświadczenia, na którym polega Przystępujący, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, Trakcja S.A. zobowiązuje się do realizacji robót budowlanych
w następującym zakresie: na budowę lub przebudowę 1 stacji kolejowej dot. robót budowlanych, na budowę lub przebudowę torów szlakowych oraz na budowę lub przebudowę sieci trakcyjnej.
Wobec powyższego należy uznać, że zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów jest jasne i nie budzi wątpliwości co do zakresu czynności jakie powierzone zostaną w ramach podwykonawstwa. Należy również podkreślić, że Odwołujący nie kwestionuje samego udostępnianego doświadczenia Trakcja S.A. Wobec powyższego całkowicie wręcz przeciwnie do tego co twierdzi Odwołujący, stanowisko oraz przedstawione dokumenty przez Konsorcjum Intercor wskazują na to, że był on przekonany
o możliwości wykazania warunku udziału w Postępowaniu za pomocą podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby tj. Trakcja S.A. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że argumentacja przywołana w pkt. 17-21 niniejszej odpowiedzi na Odwołanie w zakresie wprowadzania Zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa jest również aktualna w zakresie powyższego zarzutu.
Odnosząc się do ewentualnych zarzutów Odwołującego, dotyczącego braku wezwania Konsorcjum Intercor do wyjaśnień w zakresie doświadczenia zdobytego przez kierownika robót torowych Pana R.G. oraz w zakresie doświadczenia udzielonego przez podmiot trzeci tj. Trakcja S.A. Zamawiający wskazuje, że zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp: „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.” Zgodnie z przyjętym orzecznictwem m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2023 r., sygn. akt. 544/23:
„Wyjaśnienia treści oferty, o których mowa w art. 223 ust. 1 p.z.p., służyć mają rozwianiu wątpliwości, które wynikają zarówno z niejasnych lub sprzecznych ze sobą dokumentów załączanych do oferty, jak i z samej treści oferty. Uruchomienie procedury z art. 223 ust.
1 p.z.p. oznacza, że zamawiający miał wątpliwości co do jednoznacznego stwierdzenia
o zgodności lub niezgodności oferty z warunkami zamówienia, których rozwianie może nastąpić wyłącznie przy udziale wykonawcy.”
Podobnie w wyroku z dnia 13 kwietnia 2023 r., sygn. akt. 848/23:
„Zgodnie z art. 7 pkt 17 p.z.p. podmiotowymi środkami dowodowymi są środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 p.z.p., z czego wynika, że dany podmiotowy środek dowodowy musi być powiązany z konkretną podstawą wykluczenia, warunkiem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czy kryterium selekcji, w zakresie której ma służyć wykazaniu określonych okoliczności. Z przepisu art. 223 ust. 1 p.z.p. wynika norma

uprawniająca zamawiającego do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. W pewnych okolicznościach skorzystanie
z tego uprawnienia staje się obowiązkiem zamawiającego. Nie sposób uznać, że rzeczone uprawnienie czy obowiązek powstaje w sytuacji, gdy treść oferty nie budzi wątpliwości."
Zamawiający wskazuje, że dokumenty złożone przez Konsorcjum Intercor nie budzą wątpliwości Zamawiającego, nie są niejasne czy wzajemnie sprzeczne ze sobą. Wobec tego zarzut dotyczący zaniechania wezwania konsorcjum Intercor należy uznać za bezzasadny.
Zamawiający wskazuje, że to na Odwołującym spoczywa ciężar okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. Potwierdza to orzecznictwo m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 sierpnia 2022 r., sygn. akt. XXIII Zs 86/22:
„Jak słusznie podkreślił skarżący formułując zarzut naruszenia art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przedstawiając argumenty na jego poparcie, zasadą jest, że ciężar dowodu w zakresie podstaw odwołania spoczywa na odwołującym. Co
prawda w ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest odpowiednika art. 6 k.c., który wprowadza ogólną regułę rozkładu ciężaru dowodu w postepowaniu cywilnym, jednak zasada wyrażona w tym przepisie ma na tyle uniwersalny charakter, że nie tylko może, ale i powinna znaleźć zastosowanie również w postępowaniu odwoławczym. Zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Procesowym odpowiednikiem tego przepisu jest art. 232 k.c., który nakłada na strony obowiązki procesowe stanowiące wyraz reguły rozkładu ciężaru dowodu mające zapewnić jej realizacje. W tym zakresie w ustawie Prawo zamówień publicznych znalazł się art. 534, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (ust. 1), izba może z urzędu dopuścić dowód niewskazany przez stronę (ust. 2). Przepis ten w oczywisty sposób stanowi odpowiednik art. 232 k.p.c."
Powyższe potwierdza, że ciężar dowodu spoczywa na Odwołującym, który w żadnym stopniu nie wykazał i nie udowodnił, że czynności Zamawiającego naruszały przepisy ustawy Pzp.
Biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, w żaden sposób nie można uznać, że Odwołujący wykazał, że Konsorcjum Intercor nie spełniło warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania personelem oraz doświadczenia, a tym samym w sposób zamierzony, dążąc do wprowadzenia Zamawiającego w błąd podało błędne informacje w Wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz w Wykazie robót budowlanych. Nie ma również żadnych podstaw do stwierdzenia, że działanie Konsorcjum Intercor tak daleko odbiegało od miernika należytej staranności, że było rażąco niedbałe, a z całą pewnością nie można dojść do takiego wniosku tylko z uwagi na wnioski Odwołującego.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Zamawiający określił brzmienie punktu 8.4.2. Lp. 3 strona 16 TOM I SWZ – IDW dotyczącego dysponowania osobam zdolnymi do wykonania zamówienia w następujący sposób:
„3. Kierownik robót torowych – 1 osoba.
Doświadczenie: - posiada co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego, na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót lub Inspektora Nadzoru (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych na robotach związanych z Budową lub Przebudową Infrastruktury kolejowej w zakresie robót torowych.
- ma doświadczenie w kierowaniu co najmniej jedną inwestycją o następującym zakresie robót: Budowa lub przebudowa linii kolejowej dwutorowej o długości co najmniej 20 km, Budowa lub przebudowa co najmniej jednej stacji, przy czym stacja ta ma mieć min. 50 rozjazdów."
dowód: TOM I SWZ – IDW, punkt 8.4.2 lp. 3, tiret drugi, strona 16
Wykonawcy w celu wykazania spełnienia powyższego warunków udziału w postępowaniu zobowiązani zostali do wypełnienia 2 załączników: załącznika nr 8 do IDW - Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz załącznika nr 11 do IDW - Wykaz robót budowlanych.
Konsorcjum Intercor na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku w pkt. 3 załącznika nr 8 do IDW - Wykaz osób skierowanych do realizacji Zamówienia wskazało Pana R.G.. Natomiast jako doświadczenie zostały wykazane 2 zadania:
a) Wykonanie robót budowlanych na odcinku Czyżew – Białystok od km 107,260 do km 178,500 w ramach projektu „Prace na linii E75 na odcinku Czyżew – Białystok. (okres 02.2021 – trwa nadal). Doświadczenie jako kierownik robót torowych na inwestycji
o następującym zakresie robót:
- przebudowa linii kolejowej dwutorowej o długości ponad 70 km,
- przebudowa stacji Białystok, która docelowo ma mieć zabudowanych ok. 140 nowych rozjazdów, demontowanych 110

rozjazdów. (Po przebudowie stacja ma liczyć ponad 200 rozjazdów, ilość rozjazdów przed przebudową ok. 186 szt.) oraz

b) „Zaprojektowanie i wykonanie przebudowy stacji Łódź Widzew i części szlaku Łódź Fabryczna – Łódź Widzew od km 2,250 do km 7,200 wraz z urządzeniami srk

i telekomunikacji dla całego odcinka Łódź Fabryczna – Łódź Widzew oraz modernizacji linii objazdowej Łódź Widzew – Łódź Chojny – Łódź Kaliska" (okres: 08.2013 – 12.2016).

W dniu 31 sierpnia 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą

w Warszawie wnieśli odwołanie od niezgodnych z przepisami Ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu tj.: na czynność Zamawiającego, polegającą na dokonaniu w dniu 21.08.2023 r. wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o. o. oraz Stecol Corporation, dalej jako: „*Konsorcjum Intercor*", podczas gdy Konsorcjum Intercor nie spełniało warunków udziału

w Postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej (w zakresie doświadczenia i personelu), a tym samym wprowadziło Zamawiającego w błąd, a Zamawiający nie przeprowadził szczegółowych wyjaśnień treści dokumentów i oświadczeń, w związku z czym zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor w ramach Postępowania.

Zamawiający w dniu 02.03.2022 r. zmienił treść punktu 8.4.1. a1) strona 12 TOM I SWZ – IDW.

Punkt 8.4.1 a1) otrzymał brzmienie:

„8.4.1. W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.4. IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert,

a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał:

a1) co najmniej 2 roboty budowlane, każda wykonana w ramach odrębnej umowy. Na zakres każdej roboty budowlanej składały się:

• Budowa lub Przebudowa co najmniej 1 stacji kolejowej, przy czym Budowa lub Przebudowa obejmowały co najmniej: dwa tory główne zasadnicze i dwa tory główne dodatkowe wraz

z odwodnieniem, dwa perony oraz wymianę lub zabudowę 50 rozjazdów kolejowych".

dowód: - pismo Zamawiającego skierowane do wykonawców o zmianie treści SWZ z dnia 02.03.2022 r.

Konsorcjum Intercor wskazało, że w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej dysponuje zasobem podmiotu trzeciego – Spółki Trakcja S.A., dalej: „*Trakcja S.A.*", który udostępnił zobowiązanie zgodnie z poniższą treścią oświadczenia:

„Oświadczam, iż:

a) udostępniam Wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie:

- robót budowlanych na:

• budowę lub przebudowę co najmniej 1 stacji kolejowej, przy czym budowa lub przebudowa obejmowały co najmniej: dwa tory główne zasadnicze i dwa tory główne dodatkowe wraz

z odwodnieniem, dwa perony oraz wymianę lub zabudowę 50 rozjazdów kolejowych;

• budowę lub przebudowę torów szlakowych linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, gdzie suma budowanych lub przebudowanych lub modernizowanych długości torów wynosiła łącznie co najmniej 20 km, a co najmniej 10 km budowy lub przebudowy lub modernizacji torów realizowana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich;

• budowę lub przebudowę sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, gdzie suma długości budowanej lub przebudowywanej sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi dla torów szlakowych i torów głównych zasadniczych, wynosiła łącznie co najmniej 20 km, przy czym co najmniej 10 km robót wykonana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich."

dowód: zobowiązanie Trakcji S.A. do udostępnienia zasobów do dyspozycji Wykonawcy na potrzeby realizacji Zamówienia – załącznik nr 3 do IDW

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp i/lub art. 226 ust. 1 pkt. 5) Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1) i 2) w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor, pomimo że przedmiotowy wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu

w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej z punktu 8.4.2 lp.

3 strona 16 TOM I SWZ – IDW, tj. nie wykazał, że dysponuje jednym kierownikiem robót torowych, który zdobył doświadczenie w kierowaniu co najmniej jedną inwestycją

o następującym zakresie robót: Budowa lub przebudowa linii kolejowej dwutorowej

o długości co najmniej 20 km, Budowa lub przebudowa co najmniej jednej stacji, przy czym stacja ta miała mieć zabudowanych lub wymienionych min. 50 rozjazdów, podczas gdy już z samego wykazu osób wynika, że roboty

budowlane na stacji Białystok nie zostały zakończone, z uwagi na co wskazana osoba nie mogła nabyć wymaganego doświadczenia w wykonaniu referencyjnych robót i/lub Konsorcjum Intercor złożyło ofertę o treści niezgodnej z warunkami zamówienia, w związku z czym doszło do podjęcia decyzji przez Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp;

2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1) i 2) w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor, pomimo że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej z punktu 8.4.1. a1) strona 12 TOM I SWZ – IDW, tj. nie wykazał, że posiada doświadczenie w wykonaniu co najmniej 2 robót budowlanych, każda wykonana w ramach odrębnej umowy, na zakres każdej roboty składały się: Budowa lub Przebudowa co najmniej 1 stacji kolejowej, przy czym Budowa lub Przebudowa obejmowały co najmniej: dwa tory główne zasadnicze i dwa tory główne dodatkowe wraz

z odwodnieniem, dwa perony oraz wymianę lub zabudowę 50 rozjazdów kolejowych, podczas gdy z treści zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do dyspozycji wykonawcy na potrzeby realizacji zamówienia złożonego przez spółkę TRAKCJA S.A. wynikało, że udzielony zasób dotyczył tylko 1 (jednej) roboty budowlanej w zakresie budowy lub przebudowy 1 (jednej) stacji kolejowej, w związku z czym w ramach Postępowania doszło do podjęcia przez Zamawiającego decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej

z naruszeniem przepisów ustawy Pzp;

3) art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1) i 2) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Intercor z Postępowania, pomimo że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub który zataił te informacje lub co najmniej, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez podanie informacji, że doświadczenie kierownika robót torowych Pana R.G. na stacji Białystok w dniu złożenia oferty przez Konsorcjum Intercor obejmowało kierowanie co najmniej jedną inwestycją o następującym zakresie robót: Budowa lub przebudowa linii kolejowej dwutorowej o długości co najmniej 20 km, Budowa lub przebudowa co najmniej jednej stacji, przy czym stacja ta ma mieć min. 50 rozjazdów, podczas gdy Konsorcjum Intercor wskazało, że doświadczenie kierownika robót torowych obejmuje przebudowę stacji Białystok (mającej docelowo mieć zabudowanych ok. 140 nowych rozjazdów), podczas gdy na referencyjnej stacji Białystok w dniu składania oferty

w Postępowaniu nie wykonano zabudowy 50 rozjazdów kolejowych, a tym samym Pan R.G. nie posiadał wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia;

4) art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1) i 2) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Intercor z Postępowania, pomimo że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub co najmniej, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez podanie informacji, że dysponuje zasobem podmiotu trzeciego spółki TRAKCJA S.A. w postaci 2 (dwóch) referencyjnych robót budowlanych w zakresie budowy lub przebudowy 1 (jednej) stacji kolejowej, podczas gdy z treści zobowiązania TRAKCJA S.A. wynika jednocześnie, że udostępnia on tylko jedno doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych na stacji kolejowej;

5) art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1) i 2) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Intercor z Postępowania, pomimo że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub który zataił te informacje lub co najmniej, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez podanie informacji, że kierownik robót torowych – Pan R.G. rozpoczął nabywanie doświadczenia w ramach robót na referencyjnej stacji Białystok od lutego 2021 r., podczas gdy zgodnie z oświadczeniem zawartym w Dzienniku Budowy nr 48/2/2020 dla Stacji Białystok, przedmiotowe czynności przez wskazaną osobę zostały podjęte dopiero we wrześniu 2021 r.;

6)ewentualnie w przypadku nieuznania zarzutu nr 1), 3) oraz 5) powyżej - naruszenie art. 128 ust. 3 i/lub ust. 4 Pzp poprzez brak wezwania Konsorcjum Intercor do złożenia wyjaśnień

w zakresie doświadczenia zdobytego przez kierownika robót torowych Pana R.G. w kierowaniu przebudową stacji

Białystok co do ilości faktycznie wbudowanych nowych rozjazdów w dniu składania ofert w Postępowaniu oraz okresu nabywania doświadczenia przez wskazaną osobę, i/lub uzupełnienia oferty w tym zakresie, podczas gdy z treści złożonego przez Konsorcjum Intercor Zał. nr 8 do IDW – „Wykaz osób skierowanych do realizacji Zamówienia", wprost wynika, że przedmiotowe roboty nie zostały wykonane na dzień złożenia ofert, a z treści zawnioskowanych w Odwołaniu dowodów wynika, że okres nabywania doświadczenia Pana R.G. rozpoczął się później niż wskazało to Konsorcjum Intercor;

7) ewentualnie w przypadku nieuznania zarzutu nr 2) i 4) powyżej – naruszenie art. 128 ust. 3 i/lub 4 Pzp poprzez brak wezwania Konsorcjum Intercor do złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia udzielonego przez podmiot trzeci, tj. spółkę TRAKCJA S.A. w przedmiocie udostępnienia zasobów w zakresie robót budowlanych, podczas gdy z treści Zał. nr 3 do IDW – „Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do dyspozycji Wykonawcy na potrzeby realizacji Zamówienia", wprost wynika, że TRAKCJA S.A. udostępniła Konsorcjum Intercor tylko 1 (jedną) robotę budowlaną w zakresie budowy lub przebudowy 1 (jednej) stacji kolejowej, w związku z czym Konsorcjum Intercor w ramach warunku udziału
w postępowaniu nie było uprawnione do legitymowania się doświadczeniem TRAKCJA S.A. w ramach 2 (dwóch) przebudów stacji kolejowej (Łódź Widzew i Malbork jednocześnie) i/lub uzupełnienia brakującego doświadczenia, poprzez wykazanie, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu w związku z art. 122 i art. 123 Pzp;

8) co w konsekwencji łącznie doprowadziło do naruszenia art. 16 pkt. 1) i 2) Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Izba stwierdziła, że żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem jest odrzucenie odwołania nie wystąpiła.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody
w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu, Steco Corporation.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego skutecznie przystąpili:

1.wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,

2.wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie, Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie, TRACK TEC Construction Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego oraz Odwołującego.

Przystępujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o oraz Stecol pismem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2023 r. wnosili o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o wykonanie zamówienia: ZUE S.A.
z siedzibą w Krakowie, Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie, TRACK TEC Construction Sp. z o.o. siedzibą we Wrocławiu, w piśmie z dnia 12 września 2023 r. wskazali, że w pełni popierają zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Izba rozpoznając odwołanie uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie
z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust.
2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa
w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej oraz dopuściła dowody przedłożone przez Odwołującego w załączeniu do odwołania, dowody przedłożone na posiedzeniu i rozprawie przez Odwołującego, Zamawiającego oraz Przystępującego Konsorcjum Intercor.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, *z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy*

przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzję podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, *z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu*.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

Zgodnie z art. 128 ust. 3 ustawy Pzp, *złożenie, uzupełnienie lub poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowych środków dowodowych nie może służyć potwierdzeniu spełniania kryterium selekcji.*

Stosowanie do art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, *zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.*

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

2) przejrzysty.

Stosownie do art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, *zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

II.KIO 2574/23:

Wykonawca Budimex S.A., dalej: „*Odwołujący*" w dniu 31 sierpnia 2023 r. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1)wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Przedsiębiorstwa Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. oraz Stecol Corporation jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

2)zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor - Stecol w sytuacji, gdy została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania;

3)odrzuceniu oferty Odwołującego w związku z niezasadnym przyjęciem, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4) zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie wyceny branży SRK w sytuacji, w której w następstwie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, Zamawiający powziął nowe wątpliwości w zakresie przyjętych przez Odwołującego założeń lub przedłożonych dowodów.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 57 ust. 4 lit. a) w zw. z art. 18 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej jako „Dyrektywa 2014/24") w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Intercor- Stecol w sytuacji, gdy wobec członka Konsorcjum Intercor – Stecol, tj. spółki Stecol Corporation (dalej jako „Stecol") zostały wydane ostateczne decyzje administracyjne o naruszeniu przez tego wykonawcę obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska oraz prawa pracy, którymi to decyzjami wymierzono na Stecol kary pieniężne;

2) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Intercor- Stecol w sytuacji, gdy wykonawca ten, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z Postępowania, tj. zataił informację, że wobec Stecol zostały wydane ostateczne decyzje administracyjne o naruszeniu przez tego wykonawcę obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska oraz prawa pracy, którymi to decyzjami wymierzono na Stecol kary pieniężne, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu;

względnie (w przypadku nie uwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 2 powyżej)

3) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Intercor - Stecol w sytuacji, gdy wykonawca ten, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w

błąd w zakresie odnoszącym się do podstaw wykluczenia Stecol z Postępowania w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

4) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w związku z niezasadnym przyjęciem, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wobec niezasadnego przyjęcia przez Zamawiającego, że Odwołujący nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny w zakresie dotyczącym branży SRK, jak również że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia z dnia 14 grudnia 2022 r. i wyjaśnienia
z 5 stycznia 2023 r. nie uzasadniają zaoferowanej ceny za wykonanie branży SRK i nie potwierdzają, że Odwołujący uwzględnił w swojej wycenie wszystkie koszty związane
z wykonaniem prac tej branży, w tym kosztów związanych z powierzeniem wykonania części prac podmiotom udostępniającym zasoby, gdy tymczasem Odwołujący udzielił Zamawiającemu szczegółowych wyjaśnień w zakresie wyceny branży SRK, przedłożył Zamawiającemu dowody potwierdzające zasadność i realność zaoferowanej ceny, w tym w szczególności szczegółową kalkulację prac branży SRK, a tym samym zadośćuczynił wezwaniu Zamawiającego. Odrzucenie oferty Odwołującego w tych okolicznościach świadczy o tym, że Zamawiający zaniechał przeprowadzenia pogłębionej, merytorycznej analizy tych wyjaśnień, na które składały się pisma z dnia 14 grudnia 2022 r. i z 5 stycznia 2023 r., co z kolei świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców. Ponadto Zamawiający nie uzasadnił w sposób należyty podstaw prawnych i faktycznych swojej decyzji;

5) ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia powyższego zarzutu z pkt 4) art. 224 ust.
1 Pzp z zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie sposobu wyceny branży SRK w sytuacji, w której
w następstwie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień Zamawiający powziął nowe wątpliwości w zakresie przyjętych przez Odwołującego założeń lub przedłożonych dowodów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności: unieważnienia wyboru oferty Intercor- Stecol jako najkorzystniejszej w Postępowaniu i nakazanie przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert
z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a w ramach tej czynności nakazanie Zamawiającemu:

1) odrzucenia oferty Intercor- Stecol w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp;
2)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w związku z niezasadnym przyjęciem, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3) ewentualnie (w przypadku uwzględnienia zarzutu nr 5 z petitum odwołania) wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie sposobu wyceny branży SRK.

W uzasadnieniu poszczególnych zarzutów Odwołujący wskazał:

Zarzut 1

<u>II. Naruszenie przepisów ochrony środowiska i prawa pracy przez Stecol</u>

Zgodnie z postanowieniami pkt 8.1 SWZ o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, wobec których brak było podstaw do wykluczenia z Postępowania
w oparciu o przepis art. 108 ust. 1 pkt 1-6 oraz art. 108 ust. 2 Pzp, z wyłączeniem przesłanek określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h) i art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie, została skazana za przestępstwo wymienione w art. 108 ust 1 pkt 1 lit. h) Pzp (obligatoryjne podstawy wykluczenia) oraz art. 109 ust. 1 pkt 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10 Pzp (fakultatywne przesłanki wykluczenia).

W myśl przepisu art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp: Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną.

Odwołujący wskazał, że przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, są spełnione w odniesieniu do Stecol, co powinno skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum Intercor- Stecol.

Powołany przepis stanowi implementację do porządku prawnego przepisu art. 57 ust. 4 lit. a) Dyrektywy 2014//24, zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu
o udzielenie zamówienia każdego wykonawcę, gdy instytucja zamawiająca za pomocą dowolnych stosownych środków może wykazać naruszenie mających zastosowanie obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24.

Z kolei w myśl art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24: „Państwa członkowskie podejmują stosowne środki służące

zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych
w załączniku X".
Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę na motywy Dyrektywy 2014/24, które odnoszą się do kwestii związanych z ochroną środowiska. Ustawodawca unijny wskazuje na potrzebę promocji wykonawców, którzy respektują przepisy prawa dotyczące ochrony środowiska, prawa pracy i zabezpieczeń społecznych. I tak, zgodnie z motywem 37 Dyrektywy 2014/24:
„Z myślą o odpowiednim uwzględnieniu wymogów środowiskowych, społecznych i wymogów dotyczących pracy w procedurach udzielania zamówień publicznych, jest rzeczą szczególnie istotną, by państwa członkowskie i instytucje zamawiające podjęły stosowne środki w celu zapewnienia przestrzegania obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, które mają zastosowanie w miejscu wykonywania robót budowlanych lub świadczenia usług i które wynikają z przepisów ustawowych i wykonawczych, dekretów i decyzji zarówno na szczeblu krajowym, jak i unijnym, a także z układów zbiorowych, pod warunkiem że takie przepisy i ich stosowanie są zgodne z prawem unijnym. Podobnie,
w trakcie realizacji zamówienia należy stosować się do zobowiązań wynikających z umów międzynarodowych ratyfikowanych przez wszystkie państwa członkowskie i wymienionych
w załączniku XI. W żaden sposób nie powinno to jednak uniemożliwiać stosowania warunków zatrudnienia korzystniejszych dla pracowników. Stosowne środki powinny mieć zastosowanie zgodnie z podstawowymi zasadami prawa Unii, w szczególności z myślą o zapewnieniu równego traktowania. Takie stosowne środki powinny być stosowane zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 96/71/WE 11 oraz w sposób zapewniający równe traktowanie i brak dyskryminacji bezpośredniej czy pośredniej wobec wykonawców
i pracowników z innych państw członkowskich.".
Następnie, w motywie 40 Dyrektywy 2014/24 ustawodawca unijny podkreślił, że: „monitorowanie przestrzegania tych przepisów prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy powinno się odbywać na odpowiednich etapach postępowania o udzielenie zamówienia przy stosowaniu zasad ogólnych regulujących wybór uczestników i udzielenie zamówienia, przy stosowaniu kryteriów wykluczenia i przy stosowaniu przepisów dotyczących rażąco tanich ofert. Niezbędna w tym celu weryfikacja powinna mieć miejsce zgodnie ze stosownymi przepisami niniejszej dyrektywy, w szczególności z przepisami regulującymi środki dowodowe i oświadczenia własne".
Jak wskazuje się przy tym w orzecznictwie (wydanym jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Pzp, ale zachowującym aktualność): „zauważyć należy, że ustawodawca unijny wprost wskazuje na konieczność ochrony przepisów w dziedzinie prawa ochrony środowiska i wymogów środowiskowych, odnosząc się tym samym do szerokiego rozumienia prawa ochrony środowiska, nie zaś wyłącznie do określonego aktu prawnego. Oczywistym bowiem jest, że ochrona środowiska to wielopłaszczyznowa dziedzina, co
w konsekwencji powoduje, że obowiązki związane z jego ochroną mogą być regulowane
w wielu aktach prawnych. Ponadto przyjmując zasadę racjonalnego ustawodawcy, stanowiącą podstawę wykładni prawa zauważyć należy, iż gdyby celem krajowego ustawodawcy było ograniczenie wyrażonego w ustawy Pzp pojęcia "prawo ochrony środowiska" wyłącznie do aktu prawnego - ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz. U.
z 2017 r. poz. 2126), to wówczas ustawodawca przywołałby jego tytuł oraz miejsce publikacji, tak jak zostało to uczynione przykładowo w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, czy też w art. 24 ust. ustawy Pzp. Konkludując powyższe rozważania stwierdzić należy, iż dokonując wykładni treści art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp należy opowiedzieć się za szerokim rozumieniem sformułowania "prawo ochrony środowiska", a zatem nie odnoszącym się jedynie do aktu prawnego jakim jest ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2126), lecz do zbioru ustaw regulujących kwestię obowiązków w zakresie ochrony środowiska. Za takim rozumieniem tego pojęcia opowiada się zarówno interpretacja przepisów prawa krajowego, jak i unijnego." (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia
9 stycznia 2020 r., sygn. akt: KIO 2630/19, LEX nr 2911787).
Członek Konsorcjum Intercor- Stecol to spółka (zapis w znakach chińskich): „中国电建市政建设集团有限公司"– której zapis fonetyczny to „Zhongguo Dianjian Shizheng Jianshe Jituan Youxian Gongsi, i której adres mieści się pod: No.2, Rongyuan Lu, Huayuan Industrial Area, Tianjin (Chiny) – adres zgodny z podanym w treści formularza ofertowego. W relacjach biznesowych spółka ta posługuje się nazwą: „Stecol Corporation", co jest typowe dla chińskich przedsiębiorstw funkcjonujących na rynku międzynarodowym. Praktyka ta wynika przede wszystkim z chęci ułatwienia zagranicznym kontrahentom wymowy i przyswajalności nazwy spółki. Poza tym zwiększa to rozpoznawalność firmy na rynku

międzynarodowym, stąd wielu przedsiębiorców posługuje się anglojęzycznym nazewnictwem. Nie zmienia to jednak faktu, że w oficjalnych rejestrach handlowych firma spółki zapisana jest w znakach chińskich.
W części dokumentów, niezależnie od firmy zapisanej w znakach chińskich, może też widnieć nazwa angielska, jednak nadal to chińska nazwa jest oficjalną nazwą spółki.
dowód: dokument „pozwolenie na prowadzenia działalności gospodarczej" i dokument „podstawowe informacje o spółce z kapitałem krajowej" dotyczące Stecol (w aktach Postępowania)
Celem wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości Odwołujący już na wstępie wyjaśnił, że oficjalna nazwa Stecol to: 中国电建市政建设集团有限公司, czyli Zhongguo Dianjian Shizheng Jianshe Jituan Youxian Gongsi (zapis fonetyczny). W dalszej części odwołania Odwołujący będzie się już posługiwał wyłącznie nazwą Stecol.
W związku z określonymi przez Zamawiającego przesłankami wykluczenia wykonawcy
z Postępowania Odwołujący wskazał, że na Stecol w ostatnich latach został nałożony szereg ostatecznych decyzji administracyjnych w przedmiocie naruszenia przez Stecol obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska oraz prawa pracy, którymi to decyzjami wymierzono Stecol kary pieniężne. Z dokumentów uzyskanych przez Odwołującego wynika, że dotyczy to następujących zdarzeń:

Lp.	Decyzja administracyjna	Organ wydający decyzję administracyjną	Wysokość Kary (Juan Chiński – RMB)	Data nałożenia/ obwieszczenia decyzji o nałożeniu kary
1	Decyzja w sprawie naruszenia przez Stecol art. 69 w zw. z art. 115 Ustawy Chińskiej Republiki Ludowej o zapobieganiu i kontroli zanieczyszczenia powietrza; **Naruszenie:** zanieczyszczenie powietrza podczas prac ziemnych, nierozpryskiwanie wody, nieograniczanie zapylenia	Biuro Budownictwa Meszkaniowego i Miejsko-Wiejskiego Powiatu Xiong	30000	17-04-2023
2	Decyzja w sprawie naruszenia przez Stecol art. 19 ust. 1 Przepisów wykonawczych prowincji Guangdong do Ustawy Chińskiej Republiki Ludowej dotyczącej kontroli zanieczyszczenia hałasem w środowisku, w zw. z art. 31 ust. 9 Ustawy Chińskiej Republiki Ludowej o zapobieganiu i zwalczaniu zanieczyszczenia środowiska hałasem; **Naruszenie:** zanieczyszczenie środowiska hałasem	Biuro Rządu Ludowego Masta Zhongshan	10000	11-08-2022
3	Decyzja w sprawie naruszenia przez Stecol art. 50 ust. 1 „Środków dot. gospodarowania odpadami budowlanymi w mieście Shenzhen; **Naruszenie:** składowanie odpadów budowlanych poza terenem budowy, bez zezwolenia	Urząd ds. Wodnych Dzielnicy Pingshan miasta Shenzhen	100000	09-09-2022
4	Decyzja w sprawie naruszenia przez Stecol art. 41 ust. 2, art. 43, art. 44 ust. 1 i art. 49 ust. 2 Prawa o bezpieczeństwie produkcji Chińskiej Republiki Ludowej; Naruszenie: śmiertelny wypadek na placu budowy – Stecol nie podjął środków technicznych i zarządczych w celu wyeliminowania ryzyka wypadków	Biuro Zarządzania Kryzysowego miasta Zhongsha	475000	26-08-2022

5	Decyzja w sprawie naruszenia przez Stecol art. 41 w zw. z art. 102 Prawa o bezpieczeństwie produkcji Chińskiej Republiki Ludowej **Naruszenie**: Niespełnienie wymogów dot. bezpieczeństwa pracy - pracownicy pracujący na wysokości nie byli wyposażeni w pasy bezpieczeństwa do wykonywania prac na dużych wysokościach, Stecol nie usunął nieprawidłowości w wyznaczonym terminie	Biuro Rządu Ludowego miasta Zhongshan	10000	31-08-2022
6	Decyzja w sprawie naruszenia przez Stecol art. 27 Rozporządzenia o nadzorze bezpieczeństwa pracy Prowincji Zhejiang **Naruszenie**: Niespełnienie wymogów dot. bezpieczeństwa pracy - Stecol nie zastosował się do nakazów Nadzoru Bezpieczeństwa Pracy w celu terminowego wykonania działań naprawczych	Biuro Zasobów Ludzkich i Ubezpieczeń Społecznych miasta Jiande	5000	22-11-2021
7	Decyzja w sprawie naruszenia przez Stecol art. 17 ust. 2 w zw. z art. 43 ust. 2 Przepisów wykonawczych do prawa leśnego Chińskiej Republiki Ludowej; **Naruszenie:** Stecol złamał przepisy dot. gospodarki leśnej – decyzją nakazano przywrócenie 2,4 mu [1600,00008 m2] gruntów leśnych na pierwotnym terenie i zalesienie dodatkowych 0,5 mu [333,33335 m2] gruntów	Urząd ds. Zieleni Miejskiej dzielnicy Qingpu miasta Szanghaj	38686	28-10-2021
8	Decyzja w sprawie naruszenia przez Stecol art. 6 w zw. z art. 30 ust. 3 Rozporządzenia o nadzorze bezpieczeństwa pracy **Naruszenie:** Niespełnienie wymogów dot. bezpieczeństwa pracy	Urząd Zasobów Ludzkich i Ubezpieczeń Społecznych Nowej Dzielnicy Jinpu Masta Dalian	10000	18-08-2022
9	Decyzja w sprawie naruszenia przez Stecol art. 50 ust. 4 Rozporządzenia dotyczącego wyglądu miasta i zarządzania środowiskiem sanitarnym miasta Hangzhou **Naruszenie:** Stecol odprowadzał ścieki poza teren budowy – ścieki wydostały się do rowu deszczowego pod zbiornikiem i ostatecznie wpadały do zbiornika Xianlin	Biuro ds. Kompleksowego Egzekwowania Prawa Administracyjnego Dzielnicy Yuhang	5000	20-08-2020
10	Decyzja w sprawie naruszenia przez Stecol art. 109 Prawa o bezpieczeństwie produkcji Chińskiej Republiki Ludowej	Biuro Zarządzania Kryzysowego miasta Fuyang Yindong	210000	30-09-2021
11	Decyzja w sprawie naruszenia przez Stecol art. 69 w zw. z art. 115 Ustawy Chińskiej Republiki Ludowej o zapobieganiu i kontroli zanieczyszczenia powietrza	Biuro Budownictwa Meszkaniowego i Miejsko-wiejskiego Powiatu Xiong	50000	06-01-2021

Dowód: Wykaz kar administracyjnych Stecol wymienionych w pkt 1 – 9 Tabeli, pochodzących z oficjalnych rejestrów prowadzonych w Chińskiej Republice Ludowej wraz z tłumaczeniem (złożony wraz z odwołaniem)

W świetle prawa chińskiego wyżej wymienione decyzje mają przymiot decyzji ostatecznych. Informacje te pochodzą z ogólnodostępnych baz danych i rejestrów, w tym także z rejestrów prowadzonych przez oficjalne organy administracji chińskiej, tj.:

1) Platforma Publicznej Informacji Organów Egzekucji Administracyjnej Prowincji Hebei;

2) Platforma Publicznej Informacji Organów Egzekucji Administracyjnej Prowincji Guangdong;

3)Oficjalna rządowa strona Credit China (platforma zawiera m.in. historię kredytową niektórych mieszkańców i firm chińskich, zawiera także informacje na temat czynników wpływających na zdolność kredytową firmy lub osób

fizycznych, takich jak unikanie płacenia zobowiązań podatkowych, podatków, niewykonywanie orzeczeń sądowych, informacje
o naruszeniu przepisów prawa).

Zgodnie z treścią art. 111 pkt. 2 lit. b) Pzp w przypadkach, o których mowa w art. 109 ust.
1 pkt 2 Pzp, wykonawca podlega wykluczeniu na okres trzech lat od dnia wydania ostatecznej decyzji o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska. Odwołujący pozyskał informacje dotyczące szeregu decyzji, z których chronologicznie „najstarsza" datowana jest na dzień 20 sierpnia 2020 r., a „najmłodsza" na dzień 17 kwietnia 2023 r., co oznacza, że względem Stecol są spełnione przesłanki wykluczenia z Postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp. Wykonawca nie przeprowadził procedury, o której mowa w art. 110 ust. 2 Pzp (tj. nie przeprowadził tzw. „samooczyszczenia"), co oznacza, że oferta Konsorcjum Intercor- Stecol powinna zostać odrzucona w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp.

Odwołujący zwrócił przy tym szczególną uwagę na zasadę równego traktowania wykonawców w Postępowaniu, która wyrażona została w art. 16 pkt 1 Pzp. Mając na uwadze cel, jakiemu służy przepis art. 109 ust. 1 pkt 2 Pzp, czyli premiowanie tych wykonawców, którzy prowadzą swoją działalność w zgodzie z przepisami prawa ochrony środowiska, z poszanowaniem przepisów prawa pracy, przepisów o zabezpieczeniu społecznym, a jednocześnie wyciąganie
negatywnych konsekwencji wobec tych wykonawców, którzy reguł tych nie przestrzegają, to przepis ten należy stosować odpowiednio w odniesieniu do wykonawców krajowych, unijnych i tych mających siedzibę poza terytorium Unii Europejskiej. Stąd też naruszenie „prawa ochrony środowiska" czy „prawa pracy", należy rozumieć szeroko, tj. bez ograniczania do polskich aktów prawnych i polskich organów administracji publicznej, tylko z uwzględnieniem legislacji krajów trzecich i właściwych organów oraz procedur, które zgodnie
z ustawodawstwem tego kraju są właściwe w sprawach dotyczących naruszenia prawa ochrony środowiska, prawa pracy bądź prawa zabezpieczeń społecznych.

Orzecznictwo i doktryna potwierdzają szeroki zakres prawa ochrony środowiska i prawa pracy, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych: „Art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp obejmuje swą hipotezą również skazanie za czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego, jeżeli odpowiada on znamionom przestępstw wyliczonych enumeratywnie w tej literze" (H. Nowak, M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, str. 392).

Ponadto, zgodnie ze stanowiskiem Izby (wydanym w poprzednim stanie prawnym, ale zachowującym aktualność): „ustawodawca unijny wprost wskazuje na konieczność ochrony przepisów w dziedzinie prawa ochrony środowiska i wymogów środowiskowych, odnosząc się tym samym do szerokiego rozumienia prawa ochrony środowiska, nie zaś wyłącznie do określonego aktu prawnego. Oczywistym bowiem jest, że ochrona środowiska to wielopłaszczyznowa dziedzina, co w konsekwencji powoduje, że obowiązki związane z jego ochroną mogą być regulowane w wielu aktach prawnych. Ponadto przyjmując zasadę racjonalnego ustawodawcy, stanowiącą podstawę wykładni prawa zauważyć należy, iż gdyby celem krajowego ustawodawcy było ograniczenie wyrażonego w art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp pojęcia "prawo ochrony środowiska" wyłącznie do aktu prawnego - ustawy z dnia
27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2126), to wówczas ustawodawca przywołałby jego tytuł oraz miejsce publikacji, tak jak zostało to uczynione przykładowo w art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, czy też w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Konkludując powyższe rozważania stwierdzić należy, iż dokonując wykładni treści art. 24 ust. 5 pkt 7 ustawy Pzp należy opowiedzieć się za szerokim rozumieniem sformułowania "prawo ochrony środowiska", a zatem nie odnoszącym się jedynie do aktu prawnego jakim jest ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2126), lecz do zbioru ustaw regulujących kwestię obowiązków w zakresie ochrony środowiska. Za takim rozumieniem tego pojęcia opowiada się zarówno interpretacja przepisów prawa krajowego, jak i unijnego" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2020 r., KIO 2630/19).

Oczywistym jest przy tym, że w ramach krajowych aktów prawnych i porządku prawnego poszczególnych krajów mogą istnieć pewne różnice terminologiczne lub proceduralne, ale
z uwagi na to, że rynek zamówień publicznych nie jest ograniczony do wykonawców krajowych, dąży się do zapewnienia jak największej konkurencyjności w tych postępowaniach, co oznacza otwarcie na podmioty zagraniczne. To z kolei wiąże się z koniecznością wykładania przepisów Pzp w sposób uwzględniający przede wszystkim cel tego przepisu tak, aby nie stawiać odmiennych standardów ubiegania się o zamówienia wykonawcom krajowym i zagranicznym (niezależnie od tego, czy będą to wykonawcy z Unii Europejskiej czy też spoza Unii Europejskiej, skoro składają ofertę w postępowaniu prowadzonym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej).

W niniejszym stanie faktycznym kluczowy jest bowiem fakt, że chińskie organy administracji publicznej wielokrotnie wydały decyzje w sprawach odnoszących się do Stecol, w których jednocześnie stwierdzały dopuszczenie się przez Stecol naruszenia przepisów ochrony środowiska czy też prawa pracy, a sankcją za te naruszenia były właśnie kary pieniężne. Wobec powyższego, niezależnie od tego, że zdarzenia miały miejsce w Chinach, a nie

w Polsce, i były wydawane przez chińskie organy, to uznać należy, że przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, są względem Stecol spełnione.

W tym stanie rzeczy uznać należy, że postawiony w petitum odwołania zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor - Stecol w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit.

a) Pzp w związku ze spełnieniem względem Stecol przesłanek do wykluczenia w oparciu

o przepis art. 109 ust.1 pkt 2 lit. c) Pzp uznać należy za w pełni zasadny.

III. Nieprawdziwe informacje i informacje wprowadzające w błąd (wspólne uzasadnienie zarzutów określonych w pkt 2 i 3 petitum odwołania)

Odwołujący stał przy tym na stanowisku, że niezależnie od tego, że oferta Konsorcjum Intercor- Stecol powinna zostać odrzucona w na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp

w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, to względem wykonawcy są spełnione przesłanki wykluczenia z Postępowania w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 8, a co najmniej pkt 10 Pzp.

W myśl przepisu art. 109 ust. 1 Pzp: Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę,

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

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające

w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego

w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Stecol dwukrotnie, tj. w JEDZ z dnia 17 czerwca 2022 r. oraz w JEDZ z dnia 31 maja 2023 r. na str. 9 i 10 w odpowiedzi na pytanie:

Czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył **swoje obowiązki w dziedzinie prawa ochrony środowiska**? O których mowa, do celów niniejszego zamówienia, w prawie krajowym, w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia bądź w art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, oświadczył: „**NIE**".

Dwukrotnie też, tj. w JEDZ z dnia 17 czerwca 2022 r. oraz w JEDZ z dnia 31 maja 2023 r. na str. 10 w odpowiedzi na pytanie:

Czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, **naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa pracy**? O których mowa, do celów niniejszego zamówienia, w prawie krajowym, w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia bądź w art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, Stecol oświadczył: „**NIE**".

Ponadto, w Oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w JEDZ z dnia 8 lutego 2023 r., sporządzonym zgodnie we wzorem z Załącznika nr 10 do IDW, Stecol oświadczył: „OŚWIADCZAMY, że: informacje zawarte w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy (tj. Jednolitym Dokumencie) w zakresie braku podstaw wykluczenia

z Postępowania wskazanych przez Zamawiającego, o których mowa w: (…)

f) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Ustawy, (…) **są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji."**

Tymczasem, zgodnie z informacjami wskazanymi w pkt II niniejszego odwołania względem Stecol wydano łącznie aż 11 decyzji administracyjnych, które stwierdzają naruszenia obowiązków wykonawcy w dziedzinie prawa ochrony środowiska oraz w dziedzinie prawa pracy, w wyniku których na wykonawcę nałożono kary pieniężne. Do tych faktów Stecol

w żaden sposób nie nawiązał w swoich oświadczeniach – kwestie te zostały przemilczane przez wykonawcę.

Konsorcjum Intercor- Stecol, składające się z profesjonalnych wykonawców, którzy znają przecież standardy rzetelności i należytej staranności w postępowaniach przetargowych, powinno stosować się do tych reguł. Zamiast tego Konsorcjum Intercor- Stecol przedstawiło Zamawiającemu informacje obiektywnie nieprawdziwe w zakresie dotyczącym podstaw do wykluczenia Stecol z Postępowania i przemilczało fakt wydania względem wykonawcy decyzji administracyjnych w przedmiocie naruszenie obowiązków z zakresu ochrony środowiska

i prawa pracy. Innymi słowy, Zamawiający został wprowadzony w błąd, który wynikał

z zatajenia przez Konsorcjum Intercor-Stecol faktu, że wobec Stecol wielokrotnie nakładano decyzje stwierdzające naruszenie obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska i prawa pracy. Najlepszym potwierdzeniem tego, że Zamawiający został wprowadzony w błąd, jest fakt, że oferta Konsorcjum Intercor-Stecol została wybrana jako najkorzystniejsza

w Postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości, że wyżej wymienione informacje należą do informacji mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Nie ma przy tym wątpliwości, że w przypadku wystąpienia przesłanek do wykluczenia jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, należy wykluczyć całe konsorcjum. Ponadto, nie ma znaczenia wysokość nałożonych

administracyjnych kar pieniężnych – ustawodawca w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp nie posłużył się dla przykładu zwrotem, z którego skorzystał np. w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, który wskazywałby, że kara administracyjna związana z naruszeniem prawa ochrony środowiska czy prawa pracy ma być: „istotna", czy też postępowanie wykonawcy miałoby być „długotrwale nienależyte". Przepis art. 109 ust.
1 pkt 2 lit. c) Pzp wprowadza jednoznaczną przesłankę wykluczenia, zgodnie z którą zamawiający wyklucza wykonawcę, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną – i ta przesłanka jest spełniona względem Stecol w niniejszym Postępowaniu.
Istotny jest również fakt, że Stecol w odpowiedzi na pytanie dotyczące przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp zaznaczył „TAK" i zgodnie z ustalonymi zasadami wyjaśnił Zamawiającemu (załącznik jest utajniony, ale tak należy domniemywać), dlaczego (w ocenie Stecol) nie zachodzą względem wykonawcy przesłanki do wykluczenia z Postępowania
w oparciu o przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Tym samym pozwolił Zamawiającemu na samodzielną ocenę zdarzeń, do których doszło w ramach wcześniej realizowanych przez Stecol kontraktów, na rzecz innych Zamawiających. Odwołujący zwraca na to uwagę z tego względu, że analogicznych reguł Stecol nie zastosował wypełniając formularz JEDZ i składając oświadczenie odnoszące się do podstaw wykluczenia z Postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp. Stecol nie działał więc transparentnie, nie poinformował Zamawiającego o nałożonych na wykonawcę decyzjach, a tym samym pozbawił Zamawiającego możliwości dokonania samodzielnej oceny, czy względem wykonawcy zachodzą przesłanki do wykluczenia z Postępowania. Nie ulega wątpliwości, że informacja
o nałożonych na Stecol karach została zwyczajnie zatajona.
Odwołujący zwrócił uwagę na fundamentalne, z punktu widzenia oceny przesłanek do wykluczenia z Postępowania, znaczenie oświadczeń składanych przez wykonawców w JEDZ. Zgodnie z art. 125 ust. 1 Pzp wykonawca zobowiązany jest do dołączenia do oferty oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się na formularzu JEDZ, sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016, str. 16).
W myśl przepisu art. 125 ust. 3 Pzp, oświadczenie zawarte w JEDZ stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału
w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.
Treść oświadczenia zawartego w JEDZ stanowi więc punkt wyjścia do oceny, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania. Z tego też względu ewentualne próby wprowadzenia zamawiającego w błąd lub przekazania mu informacji nieprawdziwych w ramach oświadczenia zawartego w treści JEDZ, prowadzić powinny do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp w przypadku, gdy zamawiający przewidział w treści SWZ badanie wystąpienia tych przesłanek wykluczenia, co potwierdza zresztą najnowsze orzecznictwo zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych (np. wyroki wydane w sprawach: KIO 171/23, KIO 449/22, KIO 3467/21 XXIII Ga 469/19 – sprawy koncentrowały się wokół przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 109 ust.
1 pkt 7 Pzp, ale rozstrzygnięcia zapadłe w tych sprawach mają znaczenie uniwersalne, odnoszące się do co do znaczenia oświadczeń składanych w JEDZ i reguł jego wypełniania).
Oświadczenie zawarte w JEDZ ma więc fundamentalne znaczenie dla oceny, czy względem wykonawcy są spełnione przesłanki do jego wykluczenia z postępowania. Z tego względu, wypełniając JEDZ, wykonawca powinien działać w pełni transparentnie po to, aby umożliwić zamawiającemu ocenę, czy w danych okolicznościach względem wykonawcy są spełnione przesłanki do jego wykluczenia z postępowania. Wykonawca nie może pozostawać „sędzią we własnej sprawie" i samodzielnie dokonywać oceny, że w danych okolicznościach powinien notyfikować Zamawiającemu, że nałożone na niego zostały decyzje o naruszeniu przepisów ochrony środowiska bądź przepisów prawa pracy.
Nie powinno budzić wątpliwości, że w niniejszym stanie faktycznym Stecol powinien był ujawnić fakt naliczenia na niego kar, czego nie uczynił. Pytanie zawarte w JEDZ jest jednoznaczne: „Czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa ochrony środowiska?" oraz „Czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa pracy? – na te pytania Stecol powinien był bezsprzecznie odpowiedzieć „TAK", bowiem co najmniej 11 razy stwierdzone zostało przez właściwe organy, że Stecol dopuścił się naruszeń przepisów z zakresu ochrony środowiska i prawa pracy, co skutkowało nałożeniem na spółkę kar pieniężnych. Tym samym właściwe organy stwierdziły, że Stecol naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa pracy lub ochrony środowiska. Mimo to Stecol udziela negatywnej odpowiedzi na przedmiotowe pytania w JEDZ. Co więcej, dalej, w kolejnych oświadczeniach składanych

Zamawiającemu, nie ujawnia faktu wydania na wykonawcę decyzji. Tym samym z jednej strony Stecol utrzymywał Zamawiającego
w przekonaniu, że co do niego nie zachodzą przesłanki do wykluczenia z Postępowania, ale z drugiej strony nie pozwolił nawet Zamawiającemu na samodzielną ocenę sytuacji i podjęcia świadomej decyzji co do tego, czy względem wykonawcy są spełnione przesłanki wykluczenia z Postępowania, co bezsprzecznie powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy
z Postępowania w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, a co najmniej pkt 8 Pzp.
Definiując pojęcie „informacji nieprawdziwej", należy także odwołać się do orzecznictwa sądowego. Sąd Najwyższy, w wyroku z dnia 5 kwietnia 2002 r., definiował pojęcie „informacji prawdziwych" z uwzględnieniem znaczenia tego pojęcia zawartego w różnych aktach normatywnych, wskazując że: „Pojęcia "prawda", "prawdziwy", bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie "prawda" rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z "faktami" i "danymi"). Odpowiada to - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest
w rzeczywistości." (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r., sygn. akt: II CKN 1095/99).
W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się przy tym wyraźnie, iż: „Zamawiający, oceniając, czy informacje podane przez wykonawcę wprowadzają go w błąd, powinien się ograniczyć wyłącznie do jednoznacznego ustalenia, czy dana informacja jest prawdziwa, czy nieprawdziwa. Do uznania informacji za wprowadzającą w błąd nie jest istotne ustalenie, jaka przyczyna spowodowała, że wykonawca taką informację przedstawił." (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2019 r., sygn. akt: KIO 830/19, LEX nr 2692284). W zaistniałym stanie faktycznym niewątpliwie mamy więc do czynienia
z informacjami nieprawdziwymi, bowiem względem wykonawcy były wydane decyzje stwierdzające naruszenie przez Stecol przepisów ochrony środowiska i prawa pracy, których Stecol nie ujawnił Zamawiającemu i zaprzeczył temu, że dopuścił się naruszeń.
Po pierwsze, art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp nawiązuje do wprowadzenia Zamawiającego w błąd
w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wykonawcy przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu.
Po drugie, art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp odnosi się do wprowadzenia Zamawiającego w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
Odwołujący wyjaśnia, że opisane powyżej czynności podjęte w Postępowaniu przez Konsorcjum Intercor- Stecol stanowią z pewnością skuteczne wprowadzenie w błąd Zamawiającego odnoszące się do braku podstaw do wykluczenia wykonawcy – ponieważ wprowadzenie w błąd co do braku zaistnienia przesłanek wykluczenia, a równolegle – zatajenie informacji o nałożeniu na Stecol ostatecznych decyzji administracyjnych bezspornie miało wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu. Skutkiem tych czynności był bowiem wybór oferty Konsorcjum Intercor- Stecol jako oferty najkorzystniejszej. W ocenie Odwołującego, oferta Konsorcjum Intercor- Stecol powinna zostać odrzucona na podstawie obu tych przesłanek, ponieważ zachodzą podstawy do ich wspólnego zastosowania.
Konsorcjum Intercor - Stecol można zarzucić co najmniej działanie lub zaniechanie nieumyślne, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, jako że wykonawca ten nie dochował należytej staranności. Niemniej jednak całokształt okoliczności faktycznych, w tym przede wszystkim okoliczność, że fakt wydania wobec Stecol decyzji nie został w jakikolwiek sposób notyfikowany, wskazuje raczej na intencjonalne działanie wykonawcy i jego chęć zatajenia tych informacji, zwłaszcza że decyzje wydawane były przez chińskie organy, więc występowało większe prawdopodobieństwo, że informacje na temat tych kar nie dotrą
w odpowiednim czasie do Zamawiającego, by mógł samodzielnie podjąć odpowiednie środki. Wydaje się więc, że Stecol próbował ukryć te informacje, bowiem liczył na to, że Zamawiający ani inni konkurencyjni wykonawcy nie zdołają dotrzeć do tych dokumentów. Wszystko więc wskazuje na to, że działanie Wykonawcy miało postać kwalifikowaną, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, stąd zarzut postawiony w petitum odwołania.
Z ostrożności jednak Odwołujący wskazuje, że nie powinno budzić najmniejszych wątpliwości, że w niniejszych okolicznościach faktycznych względem wykonawcy były na pewno spełnione przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Zgodnie z definicją zawartą w art. 355 § 1 ustawy Kodeks cywilny (dalej: „k.c.") należyta staranność to staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju. Oznacza to, że dłużnik ma obowiązek zachowywać

stosowną pilność, uwagę, ostrożność, zdrowy rozsądek oraz troskę o zrealizowanie swojego zamiaru,
J. Gudowski, komentarz do art. 355 pkt 5 kc, [w:] Komentarz do Kodeksu Cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, t. 1–2, Warszawa 2013.2. Staranność ta wyznacza zatem sposób,
w jaki dłużnik powinien wykonać zobowiązanie.
W orzecznictwie Izby, należyta staranność jest postrzegana m. in. następująco: „Na podstawie art. 14 Pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby,
a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2017 r., KIO 382/17).
Z kolei w wyroku z dnia 18 kwietnia 2017 r., sygn. akt: KIO 576/17, czytamy: „W przypadku przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP, nie ma już potrzeby wykazywania przez zamawiającego zamiaru wykonawcy. Dla zastosowania tego przepisu wystarczy bowiem jego wina nieumyślna. Zgodnie z przytoczonym przepisem, zamawiający wyklucza wykonawcą, który w wyniku lekkomyślności (kiedy jest świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego jednak nie dojdzie) lub niedbalstwa (podaje nieprawdziwe informacje nawet nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające
w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tak: Hanna Gajewska-Kraczkowska [w:] Zamówienia publiczne: fakultatywne przesłanki wykluczenia, Rzeczpospolita, 15 listopada).
Nawet więc błąd nieświadomy, wywołany z przyczyn niezależnych od wykonawcy stanowi podstawę do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, pod warunkiem, że błąd ten może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.
Uważa się, że profesjonalizm dłużnika powinien przejawiać się w dwóch podstawowych cechach jego zachowania: postępowaniu zgodnym z regułami fachowej wiedzy oraz sumienności. Wzorzec należytej staranności musi uwzględnić zwiększone oczekiwania co do zawodowych kwalifikacji dłużnika-specjalisty, co do jego wiedzy i praktycznych umiejętności skorzystania z niej (por. wyrok 5N z dnia 22 września 2005 r., IV CK 100/05, LEX nr 187120).
Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r. I ACa 1018/05).
Wzorzec należytej staranności ujęty w art, 355 § 2 kc. oznacza, że staranność wymagana
w stosunkach danego rodzaju będzie musiała być uwzględniana w odniesieniu do wiedzy,
3 Dotyczy nieprecyzyjnie opisanej publikacji, pt. „Zamówienia publiczne: fakultatywne przesłanki wykluczenia", Michał Wojciechowski, Hanna Gajewska-Kraczkowska, „Rzeczpospolita" z 15 listopada 2016 r. – przyp. aut. doświadczenia i umiejętności praktycznych, jakie wymagane są od przedsiębiorcy podejmującego się określonej działalności. Wysoki stopień staranności wymaganej od dłużnika wynika bezpośrednio z faktu, ze oczekiwania osoby zawierającej z nim umowę zazwyczaj są wyższe niż w stosunku do osoby, która nie prowadzi danej działalności zawodowo. Ustawodawca zakłada więc, że osoba ta nie tylko ma większą wiedzę / doświadczenie niż osoba nieprowadząca takiej działalności, ale jest od niej rzetelniejsza i ma większą zdolność przewidywania (wyrok SA w Łodzi z dnia 06,10.2016 r. (sygn. akt I ACa 246/16)).
Powyższa linia orzecznicza Izby ustaliła standardy transparentności oraz należytej staranności wymaganej od wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne w reżimie Prawa zamówień publicznych. Konsorcjum Intercor-Stecol niewątpliwie powyższych standardów nie spełniło. Wobec powyższego zarzut naruszenia przepisu art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp potwierdził się. Zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Intercor - Stecol z Postępowania stanowiłoby przy

tym naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, o której mowa
w art. 16 pkt 1 Pzp, bowiem te same standardy zachowań Zamawiający powinien stosować wobec wykonawców krajowych i zagranicznych. Niezależnie więc od tego, czy decyzje były wydane przez organy polskie czy też zagraniczne, to Stecol powinien ten fakt notyfikować Zamawiającemu, czego nie uczynił, zatajając te informacje, co powinno spotkać się z właściwą sankcją.
Na tej zasadzie oferta Konsorcjum Intercor- Stecol winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp.
IV. Brak podstaw do odrzucenia oferty Budimex (uzasadnienie zarzutu z pkt 4 petitum odwołania)
W toku procedury oceny i badania ofert złożonych w tym Postępowaniu Zamawiający doszedł też do przekonania, że oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, do czego, zdaniem Odwołującego, nie było podstaw. W toku Postępowania, zgodnie z pierwotnym zastrzeżeniem, Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną, w ramach której wykonawcy składali postąpienia w odniesieniu do następujących elementów oferty wykonawcy:
1) Część A - dotycząca co do zasady robót budowlanych obejmujących budowę, przebudowę, rozbudowę (modernizację) i rozbiórki infrastruktury kolejowej i towarzyszącej, a następnie Zapewnienie Gwarancji Jakości;
2) Część B – dotycząca co do zasady zaprojektowania i wykonania robót srk i telekomunikacji, a następnie Zapewnienie Gwarancji Jakości i Zapewnienie Warunków Gwarancji;
3) Opcja 1 – dotycząca świadczenia usług pogwarancyjnych dla wszystkich dostarczonych
w ramach zamówienia Systemów obejmujących urządzenia srk i telekomunikacji po upływie Okresu Zgłaszania Wad (okresu gwarancji robót);
4) Opcja 2 – dotycząca wykonania dodatkowego zakresu robót polegających na gotowości
i realizacji współpracy z innymi wykonawcami realizującymi w przyszłości roboty budowlane, dostawy lub usługi na rzecz Spółki, które wymagają powiązania z urządzeniami zabudowanymi w ramach niniejszego zamówienia.
Zgodnie z postanowieniami pkt 22.17 SWZ:
„Po zakończeniu aukcji elektronicznej Zamawiający dokona wyliczenia cen jednostkowych (Część A - Przedmiary Robót) / cen ryczałtowych (Część B/Opcja nr 1/Opcja nr 2– Rozbicie Ceny Ofertowej) netto oferty znajdujących się w Tomie IV SWZ – WYCENA w następujący sposób:
1) wyliczony zostanie procentowy wskaźnik upustu cenowego od wartości oferty pierwotnej, uzyskany w wyniku aukcji, który zostanie zaokrąglony matematycznie do 10 miejsc po przecinku. Obliczenia zostaną wykonane według wzoru:
U = 100 – (W aukcji x 100) / W oferty [%]
2) następnie wyliczone zostaną indywidualnie poszczególne ceny jednostkowe netto (Część A - Przedmiary Robót) /ceny ryczałtowe (Część B /Opcja nr 1/Opcja nr 2 – Rozbicie Ceny Ofertowej) netto znajdujące się w Tomie IV SWZ – WYCENA poprzez obniżenie cen jednostkowych/ cen ryczałtowych netto z pierwotnie złożonej oferty (z wyłączeniem pozycji dotyczących Kwoty Warunkowej i kosztów komunikacji zastępczej) o wartość upustu wyliczoną przy zastosowaniu wartości wskaźnika upustu (U), przy czym ceny te zostaną zaokrąglone matematycznie do dwóch (2) miejsc po przecinku. Obliczenia zostaną wykonane wg wzoru: C aukcji = C oferty – (C oferty x U) gdzie:
U – wartość wskaźnika upustu cenowego od wartości oferty pierwotnie złożonej (pomniejszonej o wartości brutto Kwoty Warunkowej i Kosztów komunikacji zastępczej) uzyskanego w wyniku aukcji elektronicznej
W oferty – wartość oferty pierwotnie złożonej brutto, pomniejszona o wartości brutto Kwoty Warunkowej i Kosztów komunikacji zastępczej z oferty złożonej przez Wykonawcę w terminie składania ofert.
W aukcji – wartość oferty uzyskanej w wyniku aukcji elektronicznej brutto, pomniejszona o wartości brutto Kwoty Warunkowej i kosztów komunikacji zastępczej z oferty złożonej przez Wykonawcę w terminie składania ofert;
C aukcji – cena jednostkowa netto (Część A - Przedmiary Robót) /cena ryczałtowa netto (Część B/Opcja nr 1 / Opcja nr 2 – Rozbicie Ceny Ofertowej) poszczególnych pozycji WYCENY przyjęta do umowy;
C oferty – cena jednostkowa netto (Część A - Przedmiary Robót) /cena ryczałtowa netto (Część B, Opcja nr 1 / Opcja nr 2 – Rozbicie Ceny Ofertowej) poszczególnych pozycji WYCENY oferty pierwotnie złożonej, z zastrzeżeniem, że pozycje dotyczące Kwoty Warunkowej oraz kosztów komunikacji zastępczej wskazane przez Wykonawcę w ofercie pierwotnie złożonej nie podlegają obniżeniu;
3) Wyliczone zgodnie z ppkt 2) powyżej poszczególne ceny jednostkowe (dla Części A - Przedmiary Robót) będą uznawane za wiążące i na ich podstawie będą prowadzone wszelkie rozliczenia między Wykonawcą a Zamawiającym w trakcie realizacji Umowy.
Zamawiający wyliczy sumę wartości poszczególnych pozycji RCO (dla Części B / Opcja nr 1 / Opcja nr 2– Rozbicie Ceny Ofertowej), wynikającą z przeliczenia pozycji RCO po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej o współczynnik upustu (z zastrzeżeniem, że pozycje Kwota Warunkowa oraz Koszty komunikacji zastępczej, nie podlegają obniżeniu), którą powiększy o należny podatek od towarów i usług (VAT). Wyliczenie cen ryczałtowych Zamawiający przekaże Wykonawcy po aukcji i będzie ono stanowić załącznik do Umowy (wersja elektroniczna, format pdf.) Zamawiający ustali

wskaźnik upustu cenowego na podstawie całkowitej wartości oferty złożonej przed aukcją oraz całkowitej wartości oferty ustalonej w wyniku aukcji. Następnie na jego podstawie samodzielnie ustali ostateczną wartość wszystkich wchodzących w skład oferty składników, zarówno dotyczących zakresu podstawowego zamówienia (z podziałem na Część A i Część B) jak i Opcji nr 1 i Opcji nr2.
Jednocześnie, w trakcie trwania aukcji elektronicznej Wykonawca będzie miał możliwość licytowania ceny zarówno dla zakresu podstawowego (z podziałem na Część A i Część B) jak i cen dotyczących Opcji 1 i Opcji 2, jednakże w związku z przyjętą metodą wyliczania cen ostatecznych po aukcji, znaczenie dla ustalenia wskaźnika upustu będzie miała jedynie Całkowita wartość oferty.".
Następnie w pkt 22.18 SWZ, Zamawiający zastrzegł, że: „Całkowita cena brutto, będzie to wartość oferty brutto uzyskana w wyniku aukcji elektronicznej, zaś całkowita cena netto zostanie obliczona poprzez odjęcie od całkowitej ceny brutto podatku od towarów i usług (VAT) zgodnie ze stawką wskazaną w ofercie Wykonawcy. Ww. wartości zostaną przyjęte jako wartość Umowy. Wyliczenie cen jednostkowych (dla Części A - Przedmiary Robót) Zamawiający przekaże Wykonawcy po aukcji i będzie ono stanowić załącznik do Umowy (wersja elektroniczna, format pdf. i xlsx). Wyliczone zgodnie z pkt 21.17. ppkt 2 IDW ceny ryczałtowe poszczególnych pozycji RCO (dla Części B / Opcji nr 1 / Opcji nr 2 – Rozbicie Ceny Ofertowej) będą uznawane za wiążące i na ich podstawie będą prowadzone wszelkie rozliczenia między Wykonawcą, a Zamawiającym w trakcie realizacji Umowy.
Zamawiający zwraca uwagę, że całkowita cena brutto uzyskana w wyniku aukcji elektronicznej, będąca wynagrodzeniem Wykonawcy, wskazanym w Umowie może różnić się, od kwoty o której mowa w pkt 22.17. ppkt 3 IDW. Sposób rozliczenia różnicy między tymi kwotami określa Umowa.".
Odwołujący aktywnie uczestniczył w aukcji elektronicznej. Po jej zakończeniu Zamawiający zwrócił się do Odwołującego pismem z dnia 29 listopada 2022 r. o udzielenie wyjaśnień „istotnej części składowej ceny – w zakresie wyceny branży SRK, w tym złożenie dowodów
w zakresie kalkulacji elementów oferty mających wpływ na wysokość wyliczenia ceny branży SRK podkreślając przy tym, że „wyjaśnienie winno w sposób szczegółowy wskazać wyceniony zakres branży SRK, poprzez m.in. przedłożenie informacji w rozbiciu na pozycje, w celu wykazania, czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy niezbędne do należytego wykonania zamówienia, określone przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia realizacji przedmiotowego zakresu". W tym miejscu należy podkreślić,
że Zamawiający nie określił wartości wyceny SRK jaką Odwołujący miał wyjaśnić, co zgodnie z pkt 22.17 SWZ było obowiązkiem Zamawiającego. W dalszej części wezwania Zamawiający odnosił się wyłącznie do kwestii związanych z zatrudnieniem personelu, wskazując,
że wyjaśnienia wykonawcy powinny dotyczyć „co najmniej" tego zakresu. Tym samym Zamawiający doprecyzował minimalny zakres odpowiedzi na wezwanie, jakiej oczekiwał od Odwołującego. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie żądał w wezwaniu do wyjaśnień ceny w zakresie branży SRK przedłożenia ofert podwykonawców.
Dowód: wezwanie z dnia 29 listopada 2022 r. do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie branży SRK (w aktach Postępowania)
Odwołujący w terminie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego i złożył stosowne wyjaśnienia. Zakres udzielonych wyjaśnień odzwierciedlał treść wezwania Zamawiającego. Odwołujący zwraca uwagę, że wraz z wyjaśnieniami Odwołujący złożył obejmujący 115 stron dokument (kosztorys), stanowiący doszczegółowienie zakresu każdej pozycji Rozbicia Ceny Ofertowej Części B.1 Urządzenia automatyki kolejowej (SRK), czego zgodnie z wezwaniem oczekiwał Zamawiający (i co ma istotne znaczenie, z uwagi na to, że zakres ten będzie realizowany w formule „Zaprojektuj i Wybuduj"), i w efekcie czego Odwołujący przedstawił kalkulację poszczególnych elementów oferty mających wpływ na wysokość wyliczenia ceny branży SRK, co miało na celu wykazanie Zamawiającemu, że w zaoferowanej cenie rzeczywiście zostały uwzględnione wszystkie elementy niezbędne do należytego wykonania zamówienia. Odwołujący złożył też stosowne wyjaśnienia w odniesieniu do kosztów pracowniczych i potwierdził, że zatrudnia pracowników z poszanowaniem powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w tym przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę i przepisów z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Dodatkowo, wraz z wyjaśnieniami Odwołujący złożył także ofertę podwykonawcy na realizację prawa Opcji nr
1 i nr 2, których wartości opiewały na kwoty niższe niż te, które zostały zaoferowane Zamawiającemu.
Dowód: wyjaśnienia wykonawcy z dnia 14 grudnia 2022 r. (w aktach Postępowania)
Już po złożeniu Zamawiającemu wyjaśnień Odwołujący zorientował się, że w złożonych kosztorysach doszło do matematycznego błędu, niezamierzonego przez Odwołującego, który następnie znalazł swoje odzwierciedlenie w poszczególnych cenach jednostkowych widniejących w kosztorysach. W efekcie w kosztorysie złożonym wraz z pismem z dnia
14 grudnia 2022 r. pojawiły się wyższe ceny niż te, które faktycznie zaoferował Odwołujący
i które przyjmował w swoim kosztorysie.

W związku z dostrzeżonym błędem Odwołujący natychmiast po jego wykryciu poinformował
o zaistniałej sytuacji Zamawiającego i złożył mu kosztorys opiewający na prawidłowe wartości.
Dowód: pismo Odwołującego z dnia 5 stycznia 2023 r.
Pismem z dnia 21 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował, że odrzucił ofertę Odwołującego w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp (pismo Zamawiającego „Zawiadomienie o odrzuconych ofertach", dalej także jako „Zawiadomienie").
Już na wstępie wskazać należy, że Zamawiający w piśmie tym wskazywał, że:
1) Odwołujący złożył wyjaśnienia ceny w terminie wskazanym przez Zamawiającego (pkt
1 Zawiadomienia);
2) Zamawiający dokonał badania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny „dokonując uwzględnienia przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz towarzyszących mu realiów rynkowych" (pkt 2 Zawiadomienia), przy czym w żadnym momencie Zamawiający
w Zawiadomieniu o odrzuconych ofertach nie przekłada tego rodzaju rozważań na sytuację Odwołującego, którego oferta zostaje odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę jednej ze składowych oferty (branży SRK); innymi słowy, Zamawiający nie podaje w Zawiadomieniu, jak cena branży SRK zaoferowana przez Odwołującego i - co najważniejsze - cena zaoferowana przez Odwołującego za przedmiot zamówienia, ma się do przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz towarzyszących mu realiów rynkowych;
3) Wyjaśnienia Odwołującego nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny w zakresie części dotyczącej SRK, pomimo tego że sam Zamawiający przyznaje w pkt 5 Zawiadomienia, że „Ocena wyjaśnień Wykonawcy Budimex S.A. pod kątem obalenia domniemania rażąco niskiej ceny zaoferowanej za wykonanie branży SRK musi być przeprowadzona przede wszystkim
z uwzględnieniem przedstawionej kalkulacji", zaś Odwołujący przedłożył Zamawiającemu skorygowaną i zawierającą prawidłowe dane kalkulację;
4) Kalkulacja złożona przez Odwołującego w ramach wyjaśnień ceny nie może stanowić dowodu na prawidłowe wyliczenie ceny w zakresie branży SRK, pomimo tego, że Odwołujący poinformował samodzielnie Zamawiającego, że pierwotnie złożona kalkulacja obarczona jest błędem, który został przez Odwołującego samodzielnie poprawiony, a właściwy dokument został Zamawiającemu złożony wraz z pismem z dnia 5 stycznia 2023 r.;
5) Brak wezwania do uzupełnienia lub do poprawienia pierwotnych wyjaśnień ceny zdaniem Zamawiającego uniemożliwiał Odwołującemu złożenie pisma, w którym poinformował Zamawiającego o pomyłce i przedłożył właściwy dokument, przy czym zakaz uwzględnienia samodzielnie złożonych wyjaśnień nie wynika z przepisów Pzp, co oznacza, że dokonując badania i oceny oferty, obowiązkiem Zamawiającego było wzięcie pod uwagę całokształtu okoliczności sprawy i całości dokumentów, w posiadaniu których jest Zamawiający;
6) Odwołujący złożył wraz z wyjaśnieniami ceny ofertę tylko jednego podwykonawcy, ale innego niż ten, na którego zasoby powołuje się w ofercie, przy czym Zamawiający w ogóle nie wnioskował o to, aby w ramach wyjaśnień ceny Odwołujący przedkładał oferty podwykonawców, a wprost żądał jedynie przedłożenia kalkulacji uszczegółowiającej wyceniony zakres prac. Brak ofert podwykonawców zgłoszonych przez Odwołującego do wykonania części branży SRK nie może automatycznie przesądzać o rażąco niskiej cenie branży SRK. Zamawiający bowiem, oceniając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, winien badać
i oceniać wszystkie informacje i dowody złożone przez wykonawcę w tym zakresie.
Już powyższe uwagi wstępne wskazują na niespójność w argumentacji Zamawiającego, która stanowić ma uzasadnienie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego
w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.
Tytułem wstępu Odwołujący wskazał, że przepis art. 224 Pzp oraz będący jego „sankcyjnym" uzupełnieniem art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp nie są instytucjami prawnymi służącymi do bezzasadnego eliminowania ofert z postępowania. Wręcz przeciwnie, ratio legis ustawodawcy było przede wszystkim wyposażenie zamawiających w narzędzia pozwalające na rozwianie ewentualnych wątpliwości co do cen ofertowych wykonawców. Innymi słowy, instrument
w postaci „wyjaśnień ceny" służyć ma rozwianiu obiektywnych wątpliwości, a nie stanowić pretekst do podejmowania decyzji skrajnie formalistycznych, nie bacząc na ich obiektywną niezasadność.
Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych: „W wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych zamawiający musi określić swoje wątpliwości, aby wykonawca wiedział, co należy wyjaśnić i z jakiego powodu zamawiający powziął wątpliwości. Po otrzymaniu wyjaśnień, zamawiający musi dokonać ich rzetelnej oceny. Podkreślić należy, że wielokrotne przedstawianie wyjaśnień przez wykonawcę jest dopuszczalne jedynie w sytuacji, gdy wezwanie zamawiającego było niekonkretne, niepełne, nie zawierało wyartykułowanych wątpliwości zamawiającego, a kolejne wyjaśnienia odnoszą się do wątpliwości zamawiającego, które nie zostały uprzednio wyartykułowane albo były wyartykułowane w sposób enigmatyczny, chaotyczny czy też bardzo ogólnikowy

i uniemożliwiały wykonawcy prawidłowe wypełnienie obowiązku wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (Wyrok SO w Warszawie z dnia 10 czerwca 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 451/16, Legalis nr 2288661). Przedstawienie dowodów na poparcie wyjaśnień
w zakresie zaoferowanej ceny lub kosztu niewątpliwie znacznie wzmocni prezentowaną przez wykonawcę argumentację. Na gruncie art 224 ust. 6 Pzp elementem obligatoryjnym wezwania jest wskazanie przez zamawiającego terminu na udzielenie takich wyjaśnień. Przesłanką odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę lub koszt może być wyłącznie zaniżenie ceny całkowitej dotyczącej przedmiotu zamówienia, a nie części tej ceny. Zaniżenie ceny lub kosztu części oferty może mieć jednak istotny wpływ na ocenę, czy cena ofertowa jest rażąco niska." (H. Nowak, M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, str. 705).
Odwołując się do art. 69 Dyrektywy 2014/24/UE, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 10 września 2020 r. C-367/19 stwierdził: „Zgodnie bowiem z ust. 3 tego artykułu instytucja zamawiająca powinna ocenić dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem i może ona odrzucić taką ofertę wyłącznie w przypadku, gdy dostarczone dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów".
Wobec powyższego, odrzucenie oferty z powodu jej rażąco niskiej ceny może mieć miejsce wyjątkowo, tj. w sytuacji, gdy wyjaśnienia ceny i dowody do nich załączono nie potwierdzają możliwości wykonania zamówienia za zaoferowane wynagrodzenie. Z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia na gruncie przedmiotowej sprawy.
W niniejszym Postępowaniu wyrazem formalistycznego podejścia Zamawiającego jest po pierwsze wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty Odwołującego w zakresie branży SRK,
w którym nie wskazano żadnych obiektywnych wątpliwości co do realności ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Innymi słowy nie wiadomo, jakie wątpliwości i dlaczego powziął Zamawiający w odniesieniu do ceny zaoferowanej przez Odwołującego w zakresie branży
SRK. Po drugie, uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego skupia się w zasadzie tylko na dwóch okolicznościach, tj. że Odwołujący nie załączył do wyjaśnień ceny ofert podwykonawców obejmujących cały zakres zamówienia objęty wezwaniem i że kwoty widniejące w kosztorysie złożonym w ramach wyjaśnień ceny opiewają na wyższe wartości niż te, które w toku aukcji zaoferował Odwołujący. Po trzecie wreszcie, Zamawiający, mimo że odrzucił ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, nie wskazuje, jak cena w zakresie branży SRK przekłada się na cenę za wykonanie zamówienia (innymi słowy, dlaczego, zdaniem Zamawiającego, oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia). Odwołujący podkreślił, że powodem odrzucenia oferty Odwołującego jest pojedyncza część zakresu zamówienia, branża SRK, o wartości ok. 6,5% ceny globalnej,
w więc pewien ułamek ceny oferty Odwołującego.
Odwołujący zwrócił uwagę, że obowiązek załączania ofert podwykonawców obejmujących cały zakres zamówienia objęty wezwaniem nie wynika ani z ustawy, ani też Zamawiający nie wprowadził go w SWZ czy w wezwaniu do wyjaśnienia ceny oferty. Zamawiający wnioskował wyłącznie o przedłożenie przez Odwołującego stosownej kalkulacji, co Odwołujący uczynił (okoliczność bezsporna).
Niezależnie od powyższego, zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp: Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: (…) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W niniejszej sprawie Zamawiający nie podał okoliczności, które mogłyby stanowić podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego. Nie wskazał żadnej wątpliwości co do realności ceny oferty Odwołującego w stosunku do przedmiotu zamówienia, o czym stanowi przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, stanowiący podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego.
W wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny za branżę SRK Zamawiający nie wyjaśnił, czego konkretnie dotyczą powzięte przez niego wątpliwości. Odwołujący w zasadzie nie wiedział, co konkretnie należy wyjaśnić i na jakiej podstawie Zamawiający powziął wątpliwości. Z doświadczenia Odwołującego wynika, że tego rodzaju wezwanie ma charakter wstępny, deklaratoryjny. Zgodnie z zasadą „jakie wezwanie, takie wyjaśnienia" (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2014 r., KIO 2224/14, KIO 2230/14) Odwołujący odpowiedział na wezwanie w takim zakresie, jakiego oczekiwał od niego Zamawiający.
Jakości i treści wezwania do wyjaśnienia ceny odpowiada informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego, w której Zamawiający konsekwentnie nie podaje, dlaczego uznaje, że cena oferty Odwołującego jest rażąco niska:
„W przedmiotowej sprawie rozbieżność pomiędzy ceną wskazaną w pierwotnej kalkulacji Wykonawcy Budimex S.A., a ceną zaoferowaną przez tego Wykonawcę po przeliczeniu postąpień z aukcji nie pozwala na przyjęcie, że zaoferowana cena zawiera wszystkie elementy niezbędne do należytego wykonania branży SRK pomimo takiej deklaracji Wykonawcy".
Powyższe pokazuje, że Zamawiający nie poddawał w wątpliwość możliwości zrealizowania zamówienia przez Odwołującego za zaoferowaną kwotę, a powodem odrzucenia oferty była wyłącznie rozbieżność pomiędzy ceną wskazaną w pierwotnych wyjaśnieniach ceny

w zakresie branży SRK (obarczonych błędem, jednakże skorygowanych samodzielnie przez Odwołującego, przed podjęciem przez Zamawiającego jakiejkolwiek decyzji dotyczącej oceny oferty Odwołującego) a ceną jednostkową ustaloną przez Zamawiającego po aukcji w zakresie branży SRK.
Uzasadnieniem dla odrzucenia oferty Odwołującego nie może być sama tylko pojedyncza rozbieżność pomiędzy ceną ofertową w zakresie branży SRK a wyjaśnieniami ceny dotyczącymi tej branży (zresztą przez Odwołującego usunięta w ramach autokorekty). Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przesłanką odrzucenia oferty jest okoliczność, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia – a tego Zamawiający Odwołującemu nie zarzuca.
Odwołujący, składając Zamawiającemu wyjaśnienia ceny dotyczące branży SRK
w wyznaczonym terminie, w sposób szczegółowy wyjaśnił sposób skalkulowania przez siebie ceny ofertowej w tym zakresie, odnosząc się do pozycji wskazanych w wezwaniu do złożenia wyjaśnień oraz przedstawił stosowne dowody na poprawność złożonych przez siebie wyjaśnień – kalkulację własną wraz z ofertą podwykonawcy potwierdzającą, że koszty podane w kalkulacji zostały przyjęte na prawidłowym poziomie. Odwołujący udowodnił więc, że jego cena w zakresie branży SRK ma charakter rynkowy – nie jest rażąco niska. Kwestie podniesione przez Zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie świadczą o rażąco niskiej cenie oferty Odwołującego w stosunku do całego przedmiotu zamówienia,
o czym wyraźnie stanowi przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.
Zamawiający w przetargu o wartości prawie 4 miliardów złotych brutto odrzucił ofertę Odwołującego wyłącznie na podstawie nieuzasadnionych wątpliwości co do części zakresu zamówienia (branży SRK) o wartości ok. 6,5% powyższej kwoty. Zamawiający w żaden sposób nie referuje do podstaw odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, który zastosował wobec Odwołującego.
Nie sposób oprzeć się wrażeniu, że Zamawiający dokonał błędnej wykładni przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp (stanowiącego podstawę odrzucenia oferty Odwołującego) oraz art. 224 ust. 1 Pzp. O ile bowiem „istotna część składowa" ceny oferty może wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i w odniesieniu do niej może być skierowane wezwanie do wyjaśnienia ceny, to przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp stanowi przesłankę do odrzucenia oferty, gdy to właśnie oferta „zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia" – mowa tu więc o globalnej cenie ofertowej, a nie o „istotnej części składowej" ceny oferty. Wobec powyższego Zamawiający, który odrzuca ofertę wykonawcy w trybie art. 226 ust. pkt 1 pkt 8 Pzp, musi wykazać (wskazuje na to wprost przepis art. 253 ust. 1 Pzp), dlaczego ten element składowy ceny przesądzać ma o nierynkowym charakterze całej ceny oferty wykonawcy. Odwołujący podkreślił, że jego oferta nie zawiera najniższej ceny spośród wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu. Mimo to, to właśnie oferta Odwołującego została odrzucona
z uwagi na rażąco niską cenę. Kwestia ta została całkowicie przemilczana przez Zamawiającego, co bezsprzecznie wskazuje na wadliwość dokonanej przez niego czynności.
Podkreślenia wymaga fakt, iż przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia „istotnej części składowej" ceny. W tej sytuacji należy się posiłkować wykładnią literalną. Zgodnie z definicją słownikową, pojęcie to oznacza: „istotny - taki, który ma duże znaczenie lub duży wpływ na coś"; „część - coś, co powstało w wyniku podziału (faktycznego lub wyobrażonego) jakiegoś obiektu", „składowy - taki, który można potraktować jako składnik czegoś". Zatem, „istotna część składowa" ceny oferty to taki składnik ceny oferty, który ma duże znaczenie dla ceny globalnej. Jak podkreśla się w komentarzu przygotowanym pod auspicjami Urzędu Zamówień Publicznych, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 3 stycznia 2018 r. w sprawie o sygnaturze akt: XXIII Ga 1547/17: „pojęcie „istotnej części składowej ceny lub kosztu" należy rozumieć jako cześć, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy (…). W odróżnieniu od ceny całkowitej nie ma jednak zastosowania przepis o 30-procentowej różnicy od takich wartości w ofertach innych wykonawców." (zob. (H. Nowak, M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, str. 705). W tym przypadku branża SRK to jedynie 6,5% w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia, więc nie można uznać ceny za realizację branży SRK za „istotną część składową" ceny oferty Odwołującego.
Zatem, aby zaistniały podstawy do odrzucenia oferty, Zamawiający musi wykazać, w jaki sposób „istotna część składowa" ceny oferty (przy przyjęciu w tej sprawie, że branża SRK jest istotną częścią składową oferty, z czym Odwołujący polemizuje) rzutuje na cenę globalną i Wielki słownik języka polskiego PAN -Wielki słownik języka polskiego PAN - https://wsjp.pl/haslo/podglad/970/czesc/4884249/ciala Wielki słownik języka polskiego PAN
https://wsjp.pl/haslo/podglad/36906/skladowy/4884246/element powoduje, że to globalna cena ma charakter rażąco niskiej. W niniejszym Postępowaniu wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty skierowane do Odwołującego w dniu 29 listopada 2022 r. odnosi się wyłącznie do: „wyjaśnień istotnej części składowej ceny – w zakresie branży SRK (…)". Zamawiający nie skierował do Odwołującego wezwania w innym zakresie. Wobec tego, jedynym powodem odrzucenia oferty Odwołującego była wycena branży SRK, przy czym do faktycznej wyceny dokonanej przez Odwołującego (zaoferowanej kwoty) Zamawiający w ogóle nie referuje

w swoim piśmie o odrzuceniu oferty. Odwołujący nadal nie wie, dlaczego Zamawiający uznał zaoferowaną cenę za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, bowiem okoliczność tę jest w stanie wywieść właściwie wyłącznie na podstawie powołanej wprost podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego (art. 226 ust.1 pkt 8 Pzp).
Jak wskazuje się w jednolitej linii orzeczniczej Izby: „Zamawiający wskazuje, kiedy jego zdaniem cena ofertowa może także być uznana za cenę rażąco niską. Opierając się
w szczególności na przywołanym orzecznictwie stwierdził, iż ceny jednostkowe, jako ceny do zapłaty, mogą być rozpatrywane w kategorii rażąco niskiej ceny w odniesieniu do danego kosztowego elementu oferty. (…).
Odnosząc się do powyższego Izba stwierdza niezasadność stanowiska Zamawiającego w tym zakresie. Wieloletnia linia orzecznicza, jak również stanowisko doktryny, jednoznacznie uznają iż z rażąco niską ceną mamy do czynienia wtedy, gdy wskazana o ofercie cena za wykonanie zamówienia nie tylko nie gwarantuje wykonawcy żadnego zysku transakcyjnego, lecz naraża go na straty, wymuszające poszukiwanie niedozwolonych oszczędności, lub nawet prowadzi do porzucenia realizacji przedmiotu zamówienia. Za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Możemy mówić o wystąpieniu takiej sytuacji gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie zamówienia przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. W tym postępowaniu nie mamy takie sytuacji, sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie pośrednio przyznaje, iż Odwołujący wykazuje zysk na realizacji zarówno całego zamówienia (…)
Odwołujący podkreślił, iż nawet niewłaściwa wycena danej pozycji kosztowej składającą się na cenę ofertową w świetle przepisów mających zastosowanie w tym postepowaniu nie może być samodzielna podstawą do uznania rażąco niskiej ceny oferty, a co najwyżej do niezgodności treści oferty z treścią postanowień SIWZ. Takiego zarzutu Zamawiający wobec oferty Odwołującego w ogóle nie podnosi. Rażąco niską cenę oferty należy odnosić do ceny oferty jako całości” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2016-10-20, KIO 1846/16).
W niniejszej sprawie nie ma wątpliwości, że Odwołujący zaoferował całościową cenę
w wysokości realnej, zapewnia realizację zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego, a ponadto zapewnia sobie godziwy zysk. Jeśli zaś chodzi o samą wycenę robót SRK, to Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego uznał ją za rażąco niską, zwłaszcza w kontekście wartości wskazanych w poprawionym kosztorysie, który Odwołujący złożył Zamawiającemu.
Z treści pisma o odrzuceniu oferty Odwołującego wynika wprost, że właściwego kosztorysu Zamawiający w ogóle nie analizował, wychodząc z założenia, że Odwołujący nie miał podstaw do jego samodzielnego złożenia. Pogląd ten jest przy tym o tyle zaskakujący, że zakaz ten nie wynika z ustawy Pzp. Co więcej, Odwołujący nie mógł wręcz postąpić inaczej, skoro zidentyfikował błąd w pierwotnych wyjaśnieniach. Oczywistym jest więc to, że chciał poinformować o tym Zamawiającego i przedłożyć mu właściwy dokument po to właśnie, aby Zamawiający miał możliwość dokonania weryfikacji zaoferowanej przez Odwołującego ceny w zakresie branży SKR. Powyższego nie można rozumieć jako negocjacji w zakresie złożonej oferty, ponieważ „autokorekta” Odwołującego dotyczyła wyjaśnień ceny – a nie oferty.
80. Jak wskazuje się w jednolitej linii orzeczniczej Izby: „Problematyka samodzielnego uzupełniania dokumentów i oceny jego skutków ma złożony charakter. Z jednej strony trzeba mieć na uwadze, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest przez zamawiającego, który zasadniczo ponosi wyłączną odpowiedzialność za jego prawidłowość, tj. zgodność z obowiązującymi przepisami i musi wykonywać obowiązki na niego nałożone przepisami ustawy (w tym dotyczące wezwań do uzupełnienia nieprawidłowych dokumentów), z drugiej jednak strony przepisy ustawy Pzp nie zawierają zakazu samodzielnego podejmowania przez wykonawcę inicjatywy w zakresie składania dokumentów nawet bez wspomnianego wezwania. Dostrzeżenia zdaniem Izby wymaga, iż uzupełnianie, poprawianie lub wyjaśnianie dokumentów należy odnosić do konkretnych oświadczeń lub dokumentów lub konkretnych zawartych w nich informacji. Izba w składzie rozpoznającym niniejsze odwołanie za słuszne uznała przyjęcie zasady, zgodnie z którą
w przypadku samodzielnego uzupełnienia prawidłowego dokumentu powinien być on wzięty pod uwagę przez zamawiającego, a tym samym przy wyrokowaniu przez Izbę. W sytuacji, gdy konieczność uzupełnienia dokumentów nie dotyczy kwestii ocennych, typu potwierdzenie spełnienia warunków doświadczenia, dysponowania odpowiednim zespołem, czy kapitałem finansowym, a odnosi się do dokumentów urzędowych, których zasady prawidłowości przedstawienia i uzyskania z odpowiednich rejestrów regulują przepisy prawa, nakazywanie wezwania danego Wykonawcy do złożenia tych samych dokumentów, jedynie po wystosowaniu formalnego wezwania do uzupełnienia, byłoby w ocenie składu wyrazem nadmiernego formalizmu (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lipca 2022 r., KIO 1581/22).
Podobne stanowisko przedstawiono w wyroku: „Samodzielne złożenie zamawiającemu przez wykonawcę nowych dokumentów powinno być respektowane przez zamawiającego
i zamawiający powinien brać nowe dokumenty pod uwagę w trakcie oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do badania ofert. Zamawiający powinien brać te dokumenty pod

uwagę tak, jakby ich zażądał na zasadzie art. 26 ust. 3 p.z.p.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2017 r. KIO 1316/17).

W niniejszej sprawie istotne znaczenie ma fakt, że Zamawiający przewidział aukcję elektroniczną tylko niektórych elementów ceny oferty. Następnie to Zamawiający dokonywał obliczenia ostatecznych stawek cen jednostkowych – już po zakończeniu aukcji. Przygotowując wyjaśnienia ceny, Odwołujący bazował na kosztorysie przygotowanym na etapie przed złożeniem oferty, przy czym poszczególne pozycje widniejące w kosztorysie ofertowym zostały rozbudowane o elementy składowe każdej pozycji. Odwołujący referował przy tym wprost do wezwania Zamawiającego, który w piśmie z dnia 29 listopada 2022 r. wskazywał, że wyjaśnienia mają w szczegółowy sposób przedstawiać wyceniony zakres branży SRK, poprzez m.in. przedłożenie informacji w rozbiciu na pozycje, co Odwołujący uczynił. Działanie to miało przy tym służyć (co sam podkreśla Zamawiający) wykazaniu, że zaoferowana cena rzeczywiście uwzględniała wszystkie elementy niezbędne do wykonania zamówienia. Te „rozbite” pozycje nie musiały być nawet wycenione na poszczególne ceny jednostkowe, a intencją Zamawiającego było zweryfikowanie, czy pozycje te zostały uwzględnione w ofercie wykonawcy. Ta kwestia nie budzi wątpliwości, jeśli chodzi o ofertę Odwołującego. Jeśli zaś chodzi o samą wycenę pozycji, to w świetle postanowień SWZ tożsame pozycje z kosztorysu składanego na etapie ceny powinny być pomniejszone o wartość upustu, który samodzielnie (zgodnie z postanowieniami IDW) wyliczał Zamawiający. Na etapie wyjaśnień składanych przez Odwołującego w tym zakresie doszło do błędu – wysokość upustu została źle obliczona, w wyniku czego poszczególnym cenom jednostkowym (te same, które były wskazane w kosztorysie ofertowym) zostały przypisane błędne (zbyt wysokie wartości). Jest to oczywisty błąd, który Odwołujący dostrzegł i od razu skorygował. Dla Zamawiającego również powinno być oczywiste, że Odwołujący nie przedłożyłby,
w ramach wyjaśnień ceny, dowodu, który wręcz potwierdzałby, że zaoferowana cena była zbyt niska. Doświadczenie życiowe wskazuje na to, że w tym zakresie doszło po prostu do pomyłki, do której Odwołujący sam się przyznał i którą wyjaśnił, a także przedstawił Zamawiającemu prawidłowy kosztorys, który powinien być przedmiotem analizy Zamawiającego.

Podkreślenia wymaga fakt, że okoliczność, że w pierwotnych wyjaśnieniach ceny Odwołującego znalazła się omyłka, wynika również ze sposobu, w jaki Zamawiający skonstruował skomplikowaną metodę obliczenia cen jednostkowych z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej. Niezrozumiałe jest więc, dlaczego, w takiej sytuacji, wykonawca miałby być pozbawiony możliwości wyjaśnienia sytuacji i sanowania własnego błędu.

Referując przy tym wprost do przepisów prawa, w pierwszej kolejności wskazać należy, że zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp: W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z fundamentalnymi zasadami prawa zamówień publicznych, zakazana jest zmiana treści oferty po jej otwarciu. Nie jest sporne, że istotne wady w dokumentach zamówienia nie podlegają „konwalidacji”, niezgodność oferty z SWZ nie może zostać „uzupełniona” czy „wyjaśniona”. W trybie art. 223 ust.1 Pzp ustawodawca dopuścił dwie sytuacje, w których zmiana oferty była by dopuszczalna, tj.:

1) stosując art. 223 ust. 2 Pzp dotyczący poprawienia omyłek;

2) na podstawie i w granicach art. 187 Pzp,

ale podkreślenia wymaga to, że w niniejszym stanie faktycznym korekta dokonana przez Odwołującego nie dotyczyła jego oferty, bowiem ta pozostała niezmienna. Autokorekta dotyczyła wyłącznie załącznika do wyjaśnień ceny.

Odwołanie się jednak do kwestii możliwości poprawy ofert wykonawców, jaka wynika z Pzp, jest przy tym o tyle zasadna, że zgodnie z regułami wykładni przepisów prawa oraz zasadami logiki: wnioskowania „z większego na mniejsze” (a maiore ad minus) – skoro zgodnie
z powyższymi przepisami Pzp można skorygować ofertę, to tym bardziej można skorygować wyjaśnienia ceny tej oferty. Tymczasem tego prawa Zamawiający odmówił Odwołującemu, co najmniej dwukrotnie – najpierw całkowicie pomijając złożone dodatkowe wyjaśnienia,
a następnie odrzucając ofertę Odwołującego.

Nie ma przy tym znaczenia, dla oceny prawnej analizowanej sytuacji, fakt, że poprawienie omyłki w wyjaśnieniach ceny zostało dokonane samodzielnie przez Odwołującego, bez wezwania Zamawiającego. Podobnie jak w przypadku „omyłek” w ofercie, wykonawcy mają możliwość samodzielnego informowania zamawiającego o błędach w ich ofercie
i wnioskowania o ich korektę, co w praktyce dzieje się bardzo często. Skoro tak, to dlaczego Odwołujący nie miał możliwości analogicznego notyfikowania swojego błędu i przedłożenia Zamawiającemu dodatkowego poprawionego załącznika do wyjaśnień ceny w zakresie branży SRK? Takie działanie jest całkowicie niezrozumiałe i wręcz wypacza ideę wyjaśniania ceny, która koncentrować się powinna na rzetelnym zbadaniu oferty wykonawcy pod kątem realności zaoferowanej ceny.

Zdaniem Odwołującego, ewentualne błędy w wyjaśnieniach ceny nie stanowią wystarczającej przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, gdyż próżno szukać w ustawie Pzp podstawy prawnej takiego działania. Dopiero brak złożenia wyjaśnień lub wyjaśnienia potwierdzające, że cena jest rażąco niska, uzasadniają odrzucenie oferty. Taka sytuacja w niniejszym Postępowaniu nie występuje.
Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, że nie wziął pod uwagę autokorekty wyjaśnień ceny Odwołującego: „Istotnym jest, że w przedmiotowej sytuacji Budimex nie został wezwany do doprecyzowania lub uszczegółowienia wyjaśnień z dnia 14.12.2022 r. W ocenie Zamawiającego dopuszczenie możliwości samoistnego uzupełniania lub poprawiania wyjaśnień przez Wykonawcę stanowiłoby obejście regulacji art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którą oferta Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym mu terminie podlega odrzuceniu. Wykonawcy w takiej sytuacji mogliby bowiem składać niepełne wyjaśnienia w terminie określonym przez zamawiającego, a później według własnej woli je doprecyzowywać lub uzupełniać. W ten sposób doszłoby do wieloetapowego składania wyjaśnień ceny przez Wykonawcę niezależnie od działania Zamawiającego".
W niniejszej sprawie jest jednak oczywiste, że Odwołujący nie manipulował wyjaśnieniami ceny – popełnił ludzki, normalny błąd. Taka manipulacja nie dawałaby przecież Odwołującemu żadnej korzyści. W tych warunkach odmowa dokonania „autokorekty" kosztorysu przez Odwołującego wydaje się być działaniem nie tylko nadmiarowym, ale wręcz nielogicznym.
Odwołujący z daleko posuniętej ostrożności odniósł się do informacji przedstawionej
w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego: „Jedynym podwykonawcą, na którego ofertę wprost wskazał Budimex w wyjaśnieniach ceny branży SRK jest podmiot, który nie został wskazany w ofercie jako podmiot udostępniający zasoby. Wykonawca nie odniósł się natomiast wprost do podmiotów udostępniających mu zasoby w zakresie branży SRK – Alstom ZWUS sp. z o.o. oraz Krakowskich Zakładów Automatyki S.A. Zarówno w zobowiązaniu Alstom ZWUS sp. z o.o. jak i Krakowskich Zakładów Automatyki S.A. wskazano, że Wykonawca Budimex S.A. będzie korzystał z zasobów podmiotów je udostępniających poprzez udział w realizacji zamówienia w formie podwykonawstwa. W przypadku podmiotu Alstom ZWUS sp. z o.o. wskazano, że podwykonawstwo będzie polegać na częściowym wykonaniu usług i robót w zakresie branży sterowania ruchem kolejowym w całym okresie niezbędnym do realizacji zamówienia. Zamawiający ponadto zwraca uwagę, że zgodnie z art. 118 ust. 4 ustawy Pzp Wykonawca ma mieć rzeczywisty dostęp do udostępnianych zasobów. Natomiast w orzecznictwie podkreśla się w szczególności, że udostępnienie zasobów ma mieć charakter realny, co może oznaczać rzeczywiste wykonanie danej usługi przez podmiot trzeci, w zakresie w jakim udostępnia zasoby. Uwzględniając powyższe, w przedmiotowej sprawie dla kalkulacji ceny wykonania branży SRK przez Wykonawcę Budimex S.A. istotna jest wycena podmiotów udostępniających zasoby, gdyż w przypadku wyboru oferty tego Wykonawcy, będą one musiały realnie wykonywać część zadań związanych z branżą SRK.".
Odwołujący wskazał, że z lektury zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego nie wynika, aby Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na fakt, że ocenił, iż Odwołujący nie zapewnił rzeczywistego dostępu do zasobów podmiotów udostępniających zasoby. Odwołujący podkreśla jednak, że kwestia ta nie powinna być rozstrzygana na etapie wyjaśnień ceny, a w zupełnie innych trybach, jeżeli faktycznie Zamawiający miał co do tego jakiekolwiek wątpliwości. Wyłącznie z ostrożności Odwołujący wskazuje, że Odwołującemu przysługiwać powinno prawo do zastąpienia takiego podmiotu innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Kwestia realności udostępnienia potencjału jest więc kwestią zupełnie irrelewantną z punktu widzenia oceny wyjaśnień ceny, jakie złożył Odwołujący w tym Postępowaniu.
Niemniej jednak, w celu rozwiania wątpliwości wskazać należy, że oferta podwykonawcy odnosząca się do branży SRK złożona z wyjaśnieniami ceny w żaden sposób nie wyklucza udziału w realizacji zamówienia podmiotów, na których zasoby powołał się Odwołujący. Poza tym oferta ta dotyczy wyraźnie Opcji 1 i Opcji 2, a nie Części B. Jak to już było powiedziane na wstępie, okoliczność, że Odwołujący nie załączył do wyjaśnień ceny oferty podmiotu, który udostępnia zasoby, absolutnie nie oznacza, że podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia. Niezłożenie oferty wraz z wyjaśnieniami ceny wynikało przede wszystkim z tego, że Zamawiający nie wnioskował o to w swoim wezwaniu, koncentrując się wyłącznie na kalkulacji. Ten wymóg został z kolei bezsprzecznie spełniony przez Odwołującego.
Podkreślenia wymaga, że z punktu widzenia oceny rynkowości oferty Odwołującego niezłożenie wraz z wyjaśnieniami ceny ofert podwykonawców nie miało żadnego znaczenia, bowiem rynkowość ceny wykonawca wykazał za pomocą innych dowodów.
<u>V. Zaniechanie wezwania Odwołującego do przedłożenia dodatkowych wyjaśnień (uzasadnienie zarzutu nr 5 z petitum odwołania)</u>
Z ostrożności, niezależnie od tego, że w ocenie Odwołującego wykazał on już, że zaoferowana przez niego wycena w zakresie branży SRK opiewała na realne i rynkowe ceny, to Odwołujący stał na stanowisku, że argumenty, które Zamawiający zawarł w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, mogły i powinny być przedmiotem dalszych

wyjaśnień, jeżeli określone kwestie rzeczywiście budzą wątpliwości Zamawiającego.
Odwołujący wskazał, że nie powielił w tym miejscu argumentów podniesionych w poprzednim punkcie odwołania, które odnoszą się również do niniejszego zarzutu. W tym miejscu zwraca jedynie uwagę, że możliwość wezwania wykonawcy do udzielenia dodatkowych wyjaśnień
w zakresie ceny nie jest zresztą kwestionowana w orzecznictwie. Na przykład w wyroku z dnia 6 listopada 2017 r. Izba wskazała, że: „ponowne wezwanie wykonawcy w ww. zakresie winno być wystosowane w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody na pierwsze wezwanie zamawiającego zrodziły po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagałyby dodatkowego wyjaśnienia czy uszczegółowienia." (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2017 r., sygn. akt: KIO 2212/17, LEX nr 2409096).
Te wątpliwości bezsprzecznie zrodziły się po stronie Zamawiającego wobec rozbieżności, które dostrzegł również sam Zamawiający. W piśmie z 21 sierpnia 2023 r. Zamawiający wskazywał, że: „kalkulacja Wykonawcy wskazuje na wyższą kwotę niż rzeczywiście zaoferowana, to pojawia się wątpliwość czy cena zaoferowana w trakcie aukcji elektronicznej nie jest zaniżona". Wątpliwości po stronie Zamawiającego pojawiły się więc dopiero po analizie kalkulacji złożonej wraz z wyjaśnieniami (kalkulacji obarczonej błędem, który został następczo skorygowany samodzielnie przez Odwołującego), stąd wydaje się, że jest to typowa sytuacja, w której Zamawiający wzywa wykonawcę do dodatkowych wyjaśnień celem wyjaśnienia zidentyfikowanych rozbieżności. Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z sytuacją, gdzie z jednej strony Zamawiający neguje możliwość dokonania „autokorekty" wyjaśnień ceny przez samego Odwołującego i nie bierze pod uwagę właściwych kalkulacji, a z drugiej strony, nie kieruje wobec Odwołującego wezwania o udzielenie dodatkowych wyjaśnień w sytuacji, gdy niewątpliwie pewne kwestie budziły wątpliwości Zamawiającego.
Podobnie wygląda kwestia dotycząca ofert podwykonawców – skoro Zamawiający nie wnioskował w swoim wezwaniu o przedłożenie ofert, a mimo to ich brak zrodził kolejne pytania po stronie wykonawcy, to właśnie w tym zakresie Zamawiający powinien był zwrócić się do wykonawcy o przedłożenie dodatkowych wyjaśnień lub wprost o przedłożenie ofert podwykonawców. Tym bardziej, że powzięte wątpliwości po stronie Zamawiającego doprowadziły ostatecznie do odrzucenia oferty Odwołującego, a więc zastosowano najbardziej dolegliwą z przewidzianych przepisami Pzp sankcji.
Odwołujący nie ukrywał swojego zdziwienia, że w tym zakresie Zamawiający zaniechał stosownego wezwania, gdy tymczasem Odwołujący wielokrotnie widział sięganie po to narzędzie przez Zamawiającego w analogicznych sytuacjach w toku innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Tytułem przykładu Odwołujący odwołał się do sytuacji, która miała miejsce w postępowaniu pod nazwą:
1) Roboty budowlane dla zadania inwestycyjnego „Budowa tunelu drogowego w km 21,050 linii kolejowej nr 2 Warszawa Zachodnia – Terespol na skrzyżowaniu z drogą powiatową nr 2284W w mieście Sulejówek";
2) Roboty budowlane na linii kolejowej nr 229 odc. Glincz – Kartuzy realizowane w ramach projektu „Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz – Trójmiasto" - Odcinek D.
Fakt, że mimo wszystko Zamawiający nie zdecydował się na wezwanie Odwołującego do przedłożenia dodatkowych wyjaśnień i odrzucił jego ofertę z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, przy jednoczesnym wyborze oferty wykonawcy, który zaoferował cenę znacznie niższą, świadczy o wadliwości jego działania i wypaczeniu ratio legis badania ceny rażąco niskiej, o którym mowa w art. 224 Pzp.
W odpowiedzi na odwołalnie Zamawiający w piśmie z dnia 13 września 2023 r. poinformował o uwzględnieniu Odwołania w zakresie zarzutu nr 1, 2 i 3, wniósł o oddalenie Odwołania
w pozostałej części tj. w zakresie zarzutu nr 4 i 5 oraz o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego.
W uzasadnieniu pisma Zamawiający wskazał, że na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp uwzględnia Odwołanie w zakresie zarzutów nr 1, 2 i 3 Odwołania, w ramach których zarzucono naruszenie:
a) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 57 ust. 4 lit. a) w zw. z art. 18 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej jako „Dyrektywa 2014/24") w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Intercor- Stecol w sytuacji, gdy wobec członka Konsorcjum Intercor – Stecol, tj. spółki Stecol Corporation (dalej jako „Stecol") zostały wydane ostateczne decyzje administracyjne o naruszeniu przez tego wykonawcę obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska oraz prawa pracy, którymi to decyzjami wymierzono na Stecol kary pieniężne;
b) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Intercor- Stecol w sytuacji, gdy wykonawca ten, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z Postępowania, tj. zataił informację, że wobec Stecol zostały wydane ostateczne decyzje administracyjne o naruszeniu przez tego wykonawcę obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska

oraz prawa pracy, którymi to decyzjami wymierzono na Stecol kary pieniężne, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu;
c) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Intercor- Stecol w sytuacji, gdy wykonawca ten, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd w zakresie odnoszącym się do podstaw wykluczenia Stecol z Postępowania w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
Zamawiający podkreślił, że możliwość częściowego uwzględnienia Odwołania potwierdza doktryna prawa: Uwzględnienie odwołania stanowi czynność prawną zamawiającego mającą na celu całkowite lub częściowe zakończenie sporu. Jest to czynność dyspozytywna, jej dokonanie zależy wyłącznie od dokonanej przez zamawiającego oceny zasadności stawianych w odwołaniu zarzutów. Zamawiający, wedle własnej oceny, może dokonać uwzględnienia odwołania w całości lub w części. Ustawodawca nie wprowadził żadnej cezury czasowej na dokonanie przez zamawiającego czynności uwzględnienia odwołania. (P. Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 522).
W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie Odwołania, gdyż zarzut drugi jest całkowicie bezzasadny. Odwołujący w jego ramach zarzucił Zamawiającemu, że naruszył art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w związku z niezasadnym przyjęciem, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wobec niezasadnego przyjęcia przez Zamawiającego, że Odwołujący nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny w zakresie dotyczącym branży SRK, jak również że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia z dnia 14 grudnia 2022 r. i wyjaśnienia z 5 stycznia 2023 r. nie uzasadniają zaoferowanej ceny za wykonanie branży SRK i nie potwierdzają, że Odwołujący uwzględnił w swojej wycenie wszystkie koszty związane z wykonaniem prac tej branży, w tym kosztów związanych z powierzeniem wykonania części prac podmiotom udostępniającym zasoby, gdy tymczasem Odwołujący udzielił Zamawiającemu szczegółowych wyjaśnień
w zakresie wyceny branży SRK, przedłożył Zamawiającemu dowody potwierdzające zasadność i realność zaoferowanej ceny, w tym w szczególności szczegółową kalkulację prac branży SRK, a tym samym zadośćuczynił wezwaniu Zamawiającego.
Zgodnie z art. 224 ust. 1 oraz ust. 5 - 6 ustawy Pzp:
„1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. […]
Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.
Uwzględniając treść przywołanych przepisów, w przypadku skierowania przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień istotnej części składowej ceny, to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Jednocześnie w przypadku niewywiązania się przez wykonawcę z tego obowiązku, jego oferta podlega odrzuceniu, przy czym może do tego dojść zarówno w sytuacji, w której wykonawca w ogóle nie przedłożył wyjaśnień, jak również jeżeli jego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej
w ofercie ceny.
W zakresie stosowania wymogów dotyczących wyjaśnień wykonawcy w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, warto przywołać poglądy upowszechnione
w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, a mające istotne znaczenia dla niniejszej sprawy:
„Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2023 r., sygn. akt. KIO 490/23).
„Jeśli zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień, żądając jednocześnie aby ten przedstawił szczegółową kalkulację kosztów oraz złożył dowody na jej poparcie to jego obowiązkiem, jako profesjonalisty biorącego udział w

przetargu, jest zadośćuczynienie temu wezwaniu. Brak staranności w tym zakresie tj. składanie wyjaśnień ogólnych, nie popartych dowodami powoduje, że wykonawcy ponoszą negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń. Wykonawca zobligowany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie." (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2021 r., sygn. akt. KIO 1197/21)

Uwzględniając powyższe stanowisko, Odwołujący ponosi odpowiedzialność za swój brak staranności w zakresie złożenia wyjaśnień ogólnych, nie popartych dowodami.

Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 14 grudnia 2022 r. wskazał:

„Zgodnie z prośbą Zamawiającego w załączniku nr 1 Wykonawca przekazuje szczegółowe rozbicia każdej pozycji Rozbicia Ceny Ofertowej Części 8.1 Urządzenia automatyki kolejowej (SRK) kalkulację poszczególnych elementów oferty mających wpływ na wysokość wyliczenia ceny branży SRK mającej na celu wykazanie Zamawiającemu, że w zaoferowanej cenie rzeczywiście zostały uwzględnione wszystkie elementy niezbędne do należytego wykonania zamówienia.

Za postawę dla załączonej kalkulacji przyjęto RCO zawarte w TOM IV SIWZ, LOT A – na odcinku Katowice Szopienice Płd. – Katowice – Katowice Piotrowice 11. Część A – Urządzenia automatyki kolejowej (SRK) wraz z utrzymaniem podziału i stopnia szczegółowości zdefiniowanego przez Zamawiającego.

Powyższe RCO zostało rozbudowane przez Personel Wykonawcy zgodnie z najlepszą wiedzą i doświadczeniem, w oparciu o założenia Zamawiającego (1-2), skutkiem czego pozycje ryczałtowe zyskały rozbicie na kolejne elementy składowe RCO, umożliwiające Wykonawcy porównanie ofert poszczególnych Producentów i Dostawców (3-4) i dokonanie właściwego wyboru."

Zamawiający wskazał, że po przeprowadzeniu drugiej aukcji elektronicznej w dniu 9 września 2022 r. dokonał przeliczenia poszczególnych składników oferty Odwołującego uwzględniając współczynnik upustu cenowego. W wyniku tego działania obliczono, że w ofercie Budimex cena branży SRK po postąpieniach z drugiej aukcji wynosi 203 767 692,76 zł netto.

Mając powyższe na uwadze, w przedmiotowej sytuacji zaszła rozbieżność pomiędzy ceną wskazaną w kalkulacji Odwołującego przekazanej wraz z wyjaśnieniami z 14 grudnia 2022 r. oraz kwotą wynikająca z postąpień Odwołującego w toku aukcji, jako ostateczna wartość składnika oferty – branży SRK. Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 14 grudnia 2022 r. przedstawił kalkulację dotyczącą wyliczenia ceny branży SRK w ofercie wynoszącą 222 694 531,84 zł netto. Natomiast w wyjaśnieniach przesłanych w dniu 5 stycznia 2023 r., całkowity koszt kalkulacji ceny branży SRK wyniósł 203 767 694,12 zł netto, a więc o 18 926 837,72 zł niższy niż początkowo deklarował Odwołujący.

Zamawiający wskazał również, że Odwołujący w dniu 5 stycznia 2023 r. przekazał Zamawiającemu kolejne pisma w sprawie, w których poinformował, że:

„w trakcie przeprowadzonej wewnętrznej kontroli w ramach organizacji Wykonawcy w kwestii prawidłowości złożonych wyjaśnień przekazanych Zamawiającemu w dniu 14.12.2022 r. odkryliśmy, że w czasie przygotowywania wyjaśnień doszło do popełnienia przez pracownika przygotowującego wyjaśnienia oczywistej omyłki rachunkowej, o której mowa w art. 223 ust.

2 pkt 2) ustawy Pzp, wynikającej z przyjęcia w kalkulacji nieprawidłowego (nieaktualnego) współczynnika ryzyka.

W treści złożonych wyjaśnień doszło bowiem do niezamierzonego popełnienia przez Wykonawcę oczywistej omyłki rachunkowej polegającej na omyłkowym przyjęciu współczynnika określonego w celu oceny ryzyka własnego Wykonawcy związanego

z udziałem w aukcji elektronicznej. W ramach formularza złożonego wraz z wyjaśnieniami

z 14.12.2022 r. Wykonawca omyłkowo jako wyjściowy podał współczynnik ryzyka przewidziany w ramach pierwotnie złożonej oferty, zamiast współczynnika, który powinien prawidłowo zostać przyjęty w kalkulacji właściwej w etapie po aukcji elektronicznej. Współczynnik ten (określający ryzyko wkalkulowane w przypadku odbywania się aukcji elektronicznej, dotyczące kontraktów SRK) powinien zostać odjęty od ceny całkowitej, co przy składaniu wyjaśnień z dnia 14.12.2022 r. niestety nie miało miejsca."

Zamawiający podkreślił, że w przedmiotowej sytuacji Odwołujący nie został wezwany do doprecyzowania lub uszczegółowienia wyjaśnień z dnia 14 grudnia 2022 r.

Zamawiający w Informacji o odrzuceniu oferty wskazał, że: „Mając powyższe na uwadze,

w przedmiotowej sytuacji zachodzi rozbieżność pomiędzy ceną wskazaną w kalkulacji Wykonawcy Budimex S.A. przekazanej wraz z wyjaśnieniami oraz kwotą wyliczoną przez Zamawiającego jako ostateczna wartość składnika oferty – branży SRK. Kalkulacja przedstawiona przez Wykonawcę budzi daleko idące wątpliwości co do realności ceny

w zakresie branży SRK wynikającej z przeprowadzonej aukcji. Ocena wyjaśnień Wykonawcy Budimex S.A. pod kątem obalenia domniemania rażąco niskiej ceny zaoferowanej za wykonanie branży SRK musi być przeprowadzona przede wszystkim z uwzględnieniem przedstawionej kalkulacji. Ta natomiast nie uzasadnia wartości ustalonej po przeliczeniach

ceny zaproponowanej przez Wykonawcę w czasie aukcji.(…) Istotnym jest, że
w przedmiotowej sytuacji Budimex nie został wezwany do doprecyzowania lub uszczegółowienia wyjaśnień z dnia 14.12.2022 r. W ocenie Zamawiającego dopuszczenie możliwości samoistnego uzupełniania lub poprawiania wyjaśnień przez Wykonawcę stanowiłoby obejście regulacji art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którą oferta Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym mu terminie podlega odrzuceniu. Wykonawcy
w takiej sytuacji mogliby bowiem składać niepełne wyjaśnienia w terminie określonym przez zamawiającego, a później według własnej woli je doprecyzowywać lub uzupełniać. W ten sposób doszłoby do wieloetapowego składania wyjaśnień ceny przez Wykonawcę niezależnie od działania Zamawiającego."
Zamawiający podkreślił, że Odwołujący w skorygowanym kosztorysie nie przedstawił dodatkowych pozycji kosztowych, ale podał całkowicie nowe informacje poprzez wskazanie nowych wartości w poszczególnych pozycjach w kalkulacji ceny branży SRK.
Wobec powyższego, nieprawdziwe są twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający: „nie podał okoliczności, które mogłyby stanowić podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego. Nie wskazał żadnej wątpliwości co do realności ceny Odwołującego w stosunku do przedmiotu zamówienia o czym stanowi przepis art. 226 ust. 1 pkt. 8 Pzp, stanowiący podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego."
Natomiast jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej prowadzenie wyjaśnień wieloetapowo nie jest obowiązkiem zamawiającego i nie może mu być narzucane:
„Na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, ze zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Co do zasady, wyjaśnienia powinny obejmować informacje i dowody pozwalające na dokonanie oceny przez zamawiającego badanej ceny. Nie można wykluczyć jednak sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia, a zatem zawarte w wyjaśnieniach informacje nie są jasne, oczywiste i wymagają dalszego doprecyzowania lub wyjaśnienia. Wówczas zamawiający powinien umożliwić wykonawcy dalsze wyjaśnienie powstałych wątpliwości. W tym zakresie wezwanie do wyjaśnień powinno być ponowione, gdyż odrzucając ofertę zamawiający musi mieć pewność, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną cenę. Wyłącznie wątpliwości zamawiającego powstałe po złożeniu przez wykonawcę wyjaśnień oraz dowodów na ich poparcie, uzasadniają dalsze wyjaśnienia. Nie oznacza to jednak, że zamawiający ma obowiązek prowadzić wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wieloetapowo w sytuacji, gdy wyjaśnienia zawierają istotne braki w zakresie uwzględnienia wszystkich elementów kosztów realizacji zamówienia lub gdy z informacji uzyskanych przez zamawiającego wynika, że przyjęte przez wykonawcę koszty (ceny jednostkowe) nie znajdują odzwierciedlenia na rynku. Uzupełnianie i korygowanie tych kosztów w ramach "wieloetapowych" wyjaśnień naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (Wyrok KIO z 28 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 559/16)."
17. Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, że kalkulacja jest obarczona błędem, który wymaga tylko „autokorekty" Zamawiający podkreśla, że zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp:
„Zamawiający poprawia w ofercie:
1) oczywiste omyłki pisarskie,
2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona."
W opinii Zamawiającego omyłka zaistniała w przedmiotowej sprawie nie może być traktowana jako oczywista omyłka rachunkowa, przede wszystkim ze względu na brak możliwości jej samodzielnej poprawy przez Zamawiającego. Jak wskazuje się w doktrynie prawa w zakresie oczywistych omyłek rachunkowych:
„Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony na podstawie reguł rządzących tym działaniem, wynikających ze sposobu obliczenia ceny oferty, zgodnie z którymi możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu. Oczywistą omyłkę rachunkową stanowi błąd w obliczeniach popełniony przez wykonawcę, który da się poprawić wyłącznie w jeden sposób, niebudzący żadnych wątpliwości. W praktyce oczywista omyłka rachunkowa polega na błędnym zsumowaniu, odjęciu, pomnożeniu lub podzieleniu poszczególnych pozycji."
Przede wszystkim należy podkreślić, że Zamawiający nie posiadał wiedzy o tym, w jaki sposób miałby poprawić kalkulację ceny branży SRK przedstawioną przez Odwołującego. Jak wskazał sam Odwołujący, w obliczeniach wzięto pod uwagę niewłaściwy współczynnik dot. oceny ryzyka własnego wykonawcy związanego z udziałem w aukcji elektronicznej. Zamawiający nie tylko nie mógł wiedzieć o takiej okoliczności ale również nie był w stanie poprawić kalkulacji
w sposób odpowiadający intencji Odwołującego, gdyż omyłka nie wynikała z błędnych działań matematycznych.
Powyższy pogląd jest zgodny z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 605/19:

„Zgodzić również należało się, że omyłką rachunkową jest omyłka wynikająca z błędnej operacji na liczbach a stwierdzenie jej jest możliwe na podstawie prześledzonego działania matematycznego. W ocenie Izby w żaden sposób nie można w tej sprawie uznać, że mamy do czynienia z omyłką rachunkową, gdyż niemożliwe jest prześledzenie przebiegu działania matematycznego. Trudno zgodzić się, że niezgodność, która pojawiła się w ofercie Odwołującego zakwalifikować można jako "oczywistą omyłkę".
Mając powyższe na uwadze, zdaniem omyłka pracownika Odwołującego, o której mowa
w wyjaśnieniach wykonawcy z 5 stycznia 2023 r. nie wpisuje się w dyspozycję art. 223 ust.
2 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż nie ma charakteru oczywistej omyłki rachunkowej.
Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że modyfikacja wartości konkretnych pozycji kalkulacji Odwołującego z pewnością jest zmianą istotną, z tego powodu jej poprawienie nie było możliwe również na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Modyfikacja kalkulacji, zgodnie z skorygowaną kalkulacją Odwołującego opiewała bowiem na niemal 19 milionów złotych. Jak wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:
Natomiast art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w opisie przesłanek pozwalających na jego poprawienie nie wskazuje na "oczywistość" omyłki, lecz na jej "nieistotność" dla treści oferty, tj. stosunkowo niewielki zakres zmiany (jakkolwiek w praktyce również takie omyłki często bywają oczywiste, jeśli chodzi o powód ich zaistnienia i sposób poprawienia). (Uchwała KIO z 19.03.2019 r., sygn. akt KIO/KU 16/19).
Jednocześnie w opinii Zamawiającego poprawy kalkulacji cenowej nie można uznać za inną omyłkę z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień
z 14 grudnia 2022 r. nie miał wiedzy, że załączona jako załącznik kalkulacja nie uwzględnia określonego współczynnika ryzyka. Tym samym w momencie badania wyjaśnień Zamawiający nie mógł zakładać, że Odwołujący przedstawił nieprawidłową kalkulację.
Jednocześnie raz jeszcze warto podkreślić, że nawet gdyby Zamawiający taką wiedzę posiadał, to i tak nie mógł samodzielnie poprawić omyłki.
Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na konieczność badania przez Zamawiającego na podstawie wyjaśnień wykonawcy czy zaoferowana cena pozwala na pokrycie kosztów realizacji zamówienia oraz uzyskania zysku. Tak chociażby w wyroku z dnia 29 grudnia 2020 r. sygn. akt KIO 3214/20 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że:
„Nie zasługuje na akceptację stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym nie jest jego rolą dociekanie takich okoliczności, jak wysokość zysku wykonawcy, czy posiadanie środków na utrzymanie biura. Wręcz przeciwnie, Zamawiający na podstawie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę powinien powziąć wiedzę, czy cena oferty pozwala na pokrycie kosztów oraz osiągnięcie zysku, jakiej wielkości zysk jest zakładany, a także czy wykonawca skalkulował w cenie wszystkie koszty (w tym w jaki sposób przypisał koszty ogólne przedsiębiorstwa dla potrzeb przedmiotowego zadania) i czy zaoferowana cena pokrywa te koszty.”
Zgodnie z pkt. 12.7 IDW: „Wykonawca musi dołączyć do oferty wypełnione Rozbicie Ceny Ofertowej („RCO”). Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje Rozbicia Ceny Ofertowej, 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.”
Natomiast zgodnie z pkt.12.7 IDW: „Każda pozycja RCO powinna zostać wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym. Nie dopuszcza się wliczania kosztów wykonania jakiejkolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO.”
Biorąc pod uwagę, że branża SRK jest jedynie częścią przedmiotu zamówienia, przy wyjaśnieniach ceny w tym zakresie wykonawcy nie muszą zawsze osiągać zysku, gdyż mogą wskazywać, że osiągną go w ramach innych pozycji rozbicia ceny oferty. Niemniej jednak, Zamawiający musi badać czy wyjaśnienia potwierdzają, że wykonawca skalkulował
w zaoferowanej cenie wszystkie koszty i czy są one pokryte tak, aby w oparciu o ofertę możliwa była realizacja zamówienia, w szczególności, gdy zgodnie z powyższymi wymaganiami Zamawiającego nie dopuszcza się wliczania kosztów wykonania jakiejkolwiek pozycji RCO
w inną pozycję RCO.
Wykonawca w ramach niniejszego Postępowania nie może pokryć niedoboru wyceny branży SRK z wynagrodzenia, które miałby uzyskać z realizacji pozostałej części zamówienia.
W przedmiotowej sprawie rozbieżność pomiędzy ceną wskazaną w pierwotnej kalkulacji Odwołującego, a ceną zaoferowaną przez tego wykonawcę po przeliczeniu postąpień z drugiej
aukcji nie pozwalała na przyjęcie, że zaoferowana cena zawiera wszystkie elementy niezbędne do należytego wykonania branży SRK pomimo takiej deklaracji wykonawcy.
Zgodnie z poglądem przyjętym w doktrynie:
„Pojęcie istotności części składowej ceny lub kosztu należy interpretować m.in. przez odniesienie się do istotności części przedmiotu zamówienia, przynależnej danej części składowej ceny lub kosztu. Przykładowo jeżeli określone prace w ramach realizacji zamówienia mają dla zamawiającego istotne znaczenie, to powinien on mieć prawo zbadania, czy za prace te wykonawca oferuje cenę, która nie została przez niego rażąco zaniżona. Istotnymi częściami

składowymi ceny lub kosztu będą te części składowe, które ze względu na ich wartość, a także wielkość lub rozmiar, a tym samym znaczący udział w całości zamówienia, mają wpływ na wykonanie zamówienia.
W orzecznictwie KIO podkreśla się, że istotne są te elementy, których wartościowy udział
w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości." (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 224).
Wobec powyższego nieprawidłowe jest twierdzenie Odwołującego, że „Zamawiający
w przetargu o wartości prawie 4 miliardów złotych brutto odrzucił ofertę Odwołującego wyłącznie na podstawie nieuzasadnionych wątpliwości co do zakresu zamówienia (branży SRK) o wartości ok. 6,5 % powyższej kwoty."
Zgodnie z przepisem art. 224 ustawy Pzp Zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych.
Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko wskazane w Informacji o odrzuceniu oferty:
„Jedynym podwykonawcą, na którego ofertę wprost wskazał Budimex w wyjaśnieniach ceny branży SRK jest podmiot, który nie został wskazany w ofercie jako podmiot udostępniający zasoby. Wykonawca nie odniósł się natomiast wprost do podmiotów udostępniających mu zasoby w zakresie branży SRK – Alstom ZWUS sp. z o.o. oraz Krakowskich Zakładów Automatyki S.A. Zarówno w zobowiązaniu Alstom ZWUS sp. z o.o. jak i Krakowskich Zakładów Automatyki S.A wskazano, że Wykonawca Budimex S.A. będzie korzystał z zasobów podmiotów je udostępniających poprzez udział w realizacji zamówienia w formie podwykonawstwa.
W przypadku podmiotu Alstom ZWUS sp. z o.o. wskazano, że podwykonawstwo będzie polegać na częściowym wykonaniu usług i robót w zakresie branży sterowania ruchem kolejowym w całym okresie niezbędnym do realizacji zamówienia. Zamawiający ponadto zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 118 ust. 4 ustawy Pzp Wykonawca ma mieć rzeczywisty dostęp do udostępnianych zasobów. Natomiast w orzecznictwie podkreśla się
w szczególności, że udostępnienie zasobów ma mieć charakter realny, co może oznaczać rzeczywiste wykonanie danej usługi przez podmiot trzeci, w zakresie w jakim udostępnia zasoby.
Uwzględniając powyższe, w przedmiotowej sprawie dla kalkulacji ceny wykonania branży SRK
przez Wykonawcę Budimex S.A. istotna jest wycena podmiotów udostępniających zasoby, gdyż w przypadku wyboru oferty tego Wykonawcy, będą one musiały realnie wykonywać część zadań związanych z branżą SRK. W takiej sytuacji wątpliwości budzi, że Wykonawca nie przedłożył dowodów w postaci ofert tych podmiotów, a przedstawił jedynie ofertę podmiotu, który nie został zgłoszony w ofercie Wykonawcy ani jako podmiot udostępniający zasoby, ani jako podwykonawca.
W zaistniałym stanie faktycznym dla całościowego i rzetelnego wykazania, że zaoferowana przez Budimex cena za wykonanie branży SRK nie jest rażąca niska, Wykonawca powinien był przedstawić dowody dotyczące kalkulacji ceny podmiotów udostępniających zasoby, które mają być zaangażowane w realizacje zamówienia w tym zakresie."
Należy jednak pokreślić, że celem dokładnego wyjaśnienia ceny, w pewnych sytuacjach określone rodzaje dowodów mają szczególną wagę dla obalenia przez wykonawcę domniemania ceny rażąco niskiej. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia
4 lutego 2020 r. sygn. akt KIO 110/20:
„Podkreślenia wymaga, że na wykonawcy spoczywa nie tylko obowiązek przedstawienia szczegółowych, wyczerpujących wyjaśnień ale również w miarę możliwości również przedstawienia odpowiednich dowodów na ich poparcie, co w oczywisty sposób wiąże się
z tym, że to właśnie na ich podstawie Zamawiający dokonuje weryfikacji złożonych wyjaśnień. Izba prezentuje pogląd, że w niektórych przypadkach dowody mogą okazać się wręcz niezbędne. W szczególności, jeżeli mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, którego znaczna część jest pozyskiwana od innych podmiotów (np. zakup materiałów, produktów czy też wykonanie określonych usług przez podmioty zewnętrzne, podwykonawców)."
Zgodnie z powyższym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej w zaistniałym stanie faktycznym dla całościowego i rzetelnego wykazania, że zaoferowana przez Odwołującego w czasie drugiej aukcji cena za wykonanie branży SRK nie jest rażąca niska, Odwołujący powinien był przedstawić dowody dotyczące kalkulacji ceny podmiotów udostępniających zasoby, które mają być zaangażowane w realizacje zamówienia w tym obrębie.
W orzecznictwie podkreśla się, że brak złożenia dowodów na potwierdzenie wyjaśnień dotyczących ceny nie skutkuje odrzuceniem oferty w sytuacji, gdy z ich treści można wyczytać takie informacje, które tłumaczą sposób kalkulacji zaoferowanej ceny (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 547/15).
Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienia, załączona do nich kalkulacja oraz oferta AZD Praha nie tłumaczą jednak sposobu kalkulacji zaoferowanej ceny, gdyż wynikająca z nich cena wykonania branży SRK nie odpowiada cenie

wynikającej z przeliczenia po drugiej aukcji.
Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego co zaniechania Zamawiającego stosownego wezwania do złożenia wyjaśnień uzupełniających, Zamawiający wskazał, że zgodnie
z utrwalonym orzecznictwem KIO – zasadą (i obowiązkiem Zamawiającego) jest jednokrotne wystosowanie wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Przykładowo w wyroku
z dnia 16 czerwca 2021 r., sygn. akt: 1130/21 Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła, iż: „wobec ukształtowanej orzecznictwem zasady jednokrotnego wzywania wykonawców do wyjaśnień ceny oferty złożenie niekompletnych i nieudowodnionych wyjaśnień ceny uznać należy za tożsame z nieudzieleniem wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 3 p.z.p. Z tego względu obowiązkiem Zamawiającego jest odrzucenie oferty wykonawcy."
Zamawiający wskazał, że zgodnie z aktualnym kierunkiem orzeczniczym, prezentowanym m. in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09 czerwca2021 r., sygn. akt: KIO 1166/21:
„Ponowne wezwanie do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej nie ma charakteru automatycznego czy też bezrefleksyjnego. Ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny jest możliwe w sytuacji, gdyby wykonawca złożył rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, odpowiadające wystosowanemu wezwaniu,
a koniecznym byłoby wyjaśnienie kwestii, o które zamawiający nie zapytał. Wówczas gdy te wyjaśnienia i dowody (na pierwsze wezwanie) zrodziłyby po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagałyby dodatkowego wyjaśnienia czy uszczegółowienia. Kolejne wezwanie Wykonawcy nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia wykonawcy
w sposób nieuprawniony – z naruszeniem zasady równego traktowania – kolejnej możliwości złożenia wyjaśnień, gdy ten skutkiem przykładowo niestarannego działania złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających kalkulacje ceny oferty."
Warto również zwrócić uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 3 kwietnia 2023 r., sygn. akt 780/23:
„Dokonanie dodatkowego wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest szczególnym uprawnieniem Zamawiającego (nie zasada) i możliwe jedynie w okolicznościach, gdy dane informacje podane w pierwotnych wyjaśnieniach powodują konieczność wyjaśnienia ich. Zamawiający nie może wzywać do wyjaśnienia elementów, które zostały już podane. Zamawiający nie może wzywać również do złożenia wyjaśnień w zakresie informacji, jakie następczo stanowią podstawę faktyczną uzasadnienia odrzucenia oferty wykonawcy. Takie działanie, co należy podkreślić niedopuszczalne, prowadziłoby do nieuprawnionej wielokrotności wezwania wykonawcy w tym samym zakresie (a przecież ciężar wykazania, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy składającym wyjaśnienia wraz
z dowodami), a w efekcie do nieuprawnionego negocjowania składanych wyjaśnień."
Konkludując, Zamawiający wskazał, że błędny jest wniosek Odwołującego jakoby oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający działał w zgodzie z przepisami ustawy Pzp i z należytą dokładnością ocenił wyjaśnienia złożone przez Odwołującego, jego działania i zaniechania.
Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu, Stecol Corporation, dalej *„Przystępujący"* w piśmie z dnia 13 września 2023 r. w odniesieniu do zarzutów 1-3 odwołania przedstawił następujące stanowisko.
Zarzut dotyczący rzekomego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust.
1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty jest całkowicie niezasadny. Nie może on stanowić podstawy uwzględnienia odwołania z przyczyn szczegółowo przedstawionych poniżej. Odwołujący kwalifikuje jako okoliczności objęte zakresem zastosowania sankcji wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonej art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp rzekome naruszenia przepisów dot. ochrony środowiska i prawa pracy, jakich miał się dopuścić na terenie Chińskiej Republiki Ludowej jeden z członków Konsorcjum Intercor - Stecol Corporation („Stecol").
Jak stanowi ten przepis z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną
o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną.
I.1.2. Wnioski płynące z wykładni art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp
Już na podstawie wykładni gramatycznej wskazanego przepisu widać jednoznacznie, że nie może być on podstawą do wykluczenia Konsorcjum Intercor z Postępowania z uwagi na należności publiczno-prawne, które na podstawie prawa chińskiego zostały nałożone na Stecol. Przyjęcie przez Odwołującego wykładni art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp takiej jak zaprezentowana w odwołaniu jest całkowicie sprzeczne z przepisami Pzp, zasadami wykładni prawa przyjętymi w tradycji prawa polskiego oraz nie znajduje jakichkolwiek podstaw w świetle Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady

2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 65 z późn. zm. – „Dyrektywa 2014/24/UE"), do której odsyła Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 243 z późn. zm. – „Dyrektywa 2014/25/UE").

Inną kwestią jest fakt, iż Stecol nie naruszył w świetle prawa Chińskiej Republiki Ludowej obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów
o zabezpieczeniu społecznym, co zostało szczegółowo omówione w dalszej części pisma procesowego.

W kontekście wykładni omawianej podstawy wykluczenia, którą prezentuje Odwołujący należy zwrócić uwagę, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp (w przeciwieństwie do innych podstaw prawnych wykluczenia z postępowania), określając zakres naruszeń obowiązków określonych we wskazanych tam dziedzinach prawa nie przewiduje odesłania do odpowiednich przepisów prawa obcego. Nie jest zatem tak, jak usiłuje to przedstawiać Odwołujący, że naruszenie obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów
o zabezpieczeniu społecznym, niezależnie od tego w jakim porządku prawnym nastąpiło, zawsze stanowi przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie Pzp.

Ustawodawca konstruując niektóre podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tak w przypadku tzw. podstaw obligatoryjnych ujętych w art. 108 ust. 1 Pzp, jak i w przypadku tzw. podstaw fakultatywnych wskazanych w art. 109 ust. 1 Pzp) wyraźnie wymienia przypadki, gdy oczekuje, aby naruszenie prawa obcego wyznaczało przesłankę wykluczenia na równi z przepisami określonymi wprost. Tak rzecz się ma
w przypadku postaw wykluczenia wynikających z art. 108 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 Pzp, która wskazuje katalog przestępstw określonych w polskich ustawach karnych, ale wskazuje również na „odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego". Analogicznie rzecz się m w przypadku przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp, na gruncie którego katalog przestępstw określonych w polskich ustawach karnych został poszerzony o „odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego".

Jak widać to na przykładzie podstaw z art. 108 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 Pzp oraz z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp, gdy ustawodawca chce, aby dana przesłanka wykluczenia swoim zakresem zastosowania obejmowała naruszenia obcych porządków prawnych, to określa to w sposób jednoznaczny. Jeżeli zatem art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp (a więc ten, którego naruszenie zarzuca Odwołujący) nie zawiera takiego odesłania, to konsekwentnie przyjmować należy, że jest to w pełni świadome działanie ustawodawcy, a nie jego omyłka.

Wyprzedzając nieco argumentację przedstawioną w dalszej części pisma – już z tego powodu (tj. z uwagi na brzmienie zarzucanego w niniejszej sprawie naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp) odwołanie powinno zostać w tym zakresie oddalone, Odwołujący zdaje się bowiem domagać zastosowania względem Przystępującego negatywnych (najdalej idących) konsekwencji, pomimo tego że przedstawiony powyżej zamysł ustawodawcy przeczy rozumowaniu Odwołującego. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „Sankcyjny charakter omawianych regulacji nakazuje ścisłą ich interpretację, w świetle czego bezwzględnie zakazane jest stosowanie wykładni rozszerzającej".(Wyrok z dnia 18 marca 2022 r., sygn. KIO 566/22).

W swoim odwołaniu Odwołujący domaga się wykluczenia Przystępującego z Postępowania
(i odrzucenia jego oferty) nie na podstawie przepisu prawa, ale wyłącznie jego nieuprawnionej wykładni. Podkreślić należy, iż jest to wykładnia całkowicie odosobniona i nie podzielił jej żaden ze składów orzekających KIO czy też komentatorów Pzp. Znamienne jest, że Odwołujący próbując argumentować, iż przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp obejmuje również przypadki naruszenia przepisów prawa dot. prawa ochrony środowiska w rozumieniu prawa obcego, przywołuje komentarz Urzędu Zamówień Publicznych… do art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp (sic.!). Oba przepisy (art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a) oraz art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) jednakże wyznaczają odrębne i autonomiczne w stosunku do siebie podstawy wykluczenia, przy czym jedna odwołuje się wprost do skazania za czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego, zaś w drugiej takiego odwołania brak.

Z powyższych względów nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego jakoby na gruncie całego art. 109 ust. 1 pkt 2 Pzp (poszczególnych jednostek redakcyjnych tego przepisu) przyjmować należałoby rozumienie prawa pracy i prawa ochrony środowiska uwzględniające właściwe przepisy prawa obcego. Różnica pomiędzy brzmieniem poszczególnych jednostek redakcyjnych wchodzących w skład art. 109 ust. 1 pkt 2 Pz (tj. lit. a oraz lit. c) jest argumentem przemawiającym za przyjęciem wniosku dokładnie przeciwnego jak ten, który przyjmuje Odwołujący. Skoro na gruncie tego samego przepisu w jednej jego jednostce redakcyjnej następuje odwołanie do prawa obcego (art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp), zaś w drugiej już nie (art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp), to uznać należy, iż rozróżnienie to jest całkowicie przemyślaną i zamierzoną decyzją ustawodawcy.

Tym samym już na poziomie literalnej wykładni prawa polskiego (Pzp) widać jednoznacznie, iż ewentualne naruszenia prawa pracy i prawa ochrony środowiska mające miejsce na gruncie prawa chińskiego nie jest objęte zakresem

zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp.
Przystępujący wskazuje również, że jedną z podstawowych zasad systemu zamówień publicznych jest zakaz poddawania sankcyjnych (przewidujących w stosunku do wykonawcy zastosowanie przesłanek wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty) wykładni rozszerzającej. Tymczasem Odwołujący właśnie w taki (rozszerzający) sposób wykłada brzmienie art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp. Z taką argumentacją nie sposób się jednak zgodzić, przeczy ona zarówno podstawowej metodzie dokonywania wykładni prawa (gdzie dominującą i podstawową jest reguła wykładni literalnej), ale i stanowi naruszenie zasady pewności prawa.
I.1.3. Wnioski płynące z wykładni art. 57 ust. 4 lit. a) Dyrektywy 2014/24/UE
Wykładnia art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp eliminująca z zakresu jego zastosowania ewentualne naruszenia prawa pracy i prawa ochrony środowiska mające miejsce na gruncie prawa chińskiego znajduje pełne wsparcie w postanowieniach Dyrektywy 2014/24/UE. Art. 57 ust.
4 lit. a) Dyrektywy 2014/24/UE stanowi, ze instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu
o udzielenie zamówienia każdego wykonawcę, gdy instytucja zamawiająca za pomocą dowolnych stosownych środków może wykazać naruszenie mających zastosowanie obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2 (Dyrektywy 2014/24/UE).
Przesłanka wyznacza więc zakres naruszeń skutkujących wykluczeniem z postępowania poprzez odesłanie do art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE. Przepis ten stanowi, że Państwa członkowskie podejmują stosowne środki służące zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załączniku X.
Art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE ma kluczowe znaczenie dla określenia zakresu zastosowania przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 57 ust. 4 lit. a) Dyrektywy 2014/24/UE. Dla jego prawidłowego rozumienia zwrócić należy uwagę na trzy zasadnicze elementy tego przepisu:
a) po pierwsze wskazuje on, że stosowne środki służące zapewnieniu, by wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy mają podjąć Państwa Członkowskie;
b) po wtóre przewiduje, że Państwa Członkowskie podejmują stosowne środki służące zapewnieniu przestrzegania przez wykonawców obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy przy realizacji zamówień publicznych;
c) obowiązki w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy przy realizacji zamówień publicznych, których przestrzeganie mają zapewnić Państwa Członkowskie mają być ustanowione w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załączniku X do Dyrektywy.
Wymienione elementy art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/24 jednoznacznie wskazują, że przesłanka wykluczenia z art. 57 ust. 4 lit. a) Dyrektywy 2014/24/UE nie może dotyczyć ewentualnego naruszenia prawa chińskiego. Przesłanką wykluczenia jest bowiem naruszenie obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2, zaś w świetle tego przepisu obowiązki te są ustanawiane przez Państwa Członkowskie. Powyższe oznacza, iż na gruncie tego przepisu chodzi o naruszenia przepisów ustanowionych przez Państwa Członkowskie UE, a nie jakiekolwiek państwo. Terytorialny zakres zastosowania prawa Państwa Członkowskiego jest zaś ograniczony wyłącznie do terytorium poddanego jego jurysdykcji. Siłą rzeczy art. 18 ust.
2 Dyrektywy 2014/24/UE (a w ślad za nim art. 57 ust. 4 lit. a) Dyrektywy 2014/24/UE) nie może dotyczyć prawa państw innych niż Państwa Członkowskie oraz naruszeń dokonanych na terytoriach niepoddanych jurysdykcji Państwa Członkowskiego UE. Podkreślenia wymaga, że jakkolwiek Odwołujący przywołuje w treści odwołania art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/24, to w ogóle nie pochyla się nad jego treścią, nie poddaje żadnej analizie zawartości merytorycznej tego przepisu.
Ponadto, skoro art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE przewiduje w swoich postanowieniach, że Państwa Członkowskie podejmują stosowne środki służące zapewnieniu przestrzegania przez wykonawców obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego
i prawa pracy przy realizacji zamówień publicznych, to musi on dotyczyć wyłącznie terytoriów poddanych jurysdykcji Państwa Członkowskiego, czyli na których Państwa Członkowskie mogą wymuszać przestrzeganie przepisów, które ustanowiły.
Wreszcie art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE stanowi, że przedmiotowe obowiązki
w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy przy realizacji zamówień publicznych, których

przestrzeganie mają zapewnić Państwa Członkowskie mają być ustanowione w przepisach unijnych i krajowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załączniku X do Dyrektywy 2014/24/UE. Jak zatem widać przepis ten, jako źródło obowiązków, które winni przestrzegać wykonawcy wskazuje wyłącznie prawo obowiązujące na terenie Unii Europejskiej. Wymienia bowiem prawo unijne, prawo krajowe (czyli prawo Państwa Członkowskiego) oraz przepisy prawa międzynarodowego wymienione w załączniku do Dyrektywy 2014/24/UE (przy czym wszystkie zostały ratyfikowane przez Państwa Członkowskie i w związku z tym są częścią ich porządków prawnych).

Wskazany powyżej sposób wykładni art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE znajduje pełne wsparcie w świetle motywu (37) preambuły Dyrektywy 2014/24/UE. W motywie tym prawodawca wspólnotowy objaśnia: „Z myślą o odpowiednim uwzględnieniu wymogów środowiskowych, społecznych i wymogów dotyczących pracy w procedurach udzielania zamówień publicznych, jest rzeczą szczególnie istotną, by państwa członkowskie i instytucje zamawiające podjęły stosowne środki w celu zapewnienia przestrzegania obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, które mają zastosowanie w miejscu wykonywania robót budowlanych lub świadczenia usług i które wynikają z przepisów ustawowych i wykonawczych, dekretów i decyzji zarówno na szczeblu krajowym, jak i unijnym, a także z układów zbiorowych, pod warunkiem że takie przepisy i ich stosowanie są zgodne z prawem unijnym”. Motyw (37) preambuły Dyrektywy 2014/24/UE jednoznacznie objaśnia, że omawiane obowiązki w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy mają zastosowanie w miejscu wykonywania robót budowlanych lub świadczenia usług i mają wynikać z przepisów ustawowych i wykonawczych, dekretów i decyzji zarówno na szczeblu krajowym, jak i unijnym. Nie ma zatem żadnej wątpliwości, iż w tym miejscu prawodawca wspólnotowy ma na myśli jedynie prawo obowiązujące na terenie Państw Członkowskich UE, przy czym bez znaczenia jest czy jest to prawo unijne uchwalone przez właściwe organy Unii, czy też prawo krajowe uchwalone przez organy prawodawcze Państwa Członkowskiego.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, iż także prawodawca wspólnotowy, w przypadkach, gdy chce, aby obcy (nie-unijny) porządek prawny wyznaczał podstawę wykluczenia

z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to wskazuje to jednoznacznie w treści postanowień danego przepisu. W tym miejscu przywołać należy postanowienia jednej z tzw. obligatoryjnych przesłanek wykluczenia określonych w art. 57 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE, tj. treść art. 57 ust. 1 lit. b Dyrektywy 2014/24/UE. Zgodnie z tym przepisem instytucje zamawiające wykluczają danego wykonawcę z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdy stwierdzą - po weryfikacji przeprowadzonej zgodnie z art. 59, 60 oraz 61 - lub gdy w inny sposób zdobyły informację, że w stosunku do tego wykonawcy wydany został prawomocny wyrok z powodu dopuszczenia się korupcji, zgodnie z definicją zawartą w art.

3 Konwencji w sprawie zwalczania korupcji urzędników Wspólnot Europejskich i urzędników państw członkowskich Unii Europejskiej i art. 2 ust. 1 decyzji ramowej Rady 2003/568/WSiSW, jak również korupcji zdefiniowanej w prawie krajowym instytucji zamawiającej lub wykonawcy.

W przypadku przesłanki wykluczenia wyznaczonej postanowieniami art. 57 ust. 4 lit.

a Dyrektywy 2014/24/UE brak jest analogicznego odesłania do „prawa krajowego wykonawcy”, co jest widocznym znakiem, iż zakres obowiązków w zakresie prawa ochrony środowiska oraz w zakresie prawa pracy, o których mowa w tym przepisie nie wynika z takiego prawa. Jak opisano to powyżej obowiązki te wyznaczone są jedynie przepisami przepisów ustawowych

i wykonawczych, dekretów i decyzji zarówno na szczeblu krajowym, jak i unijnym, jak stanowi literalnie art. 18 ust. 2 Dyrektywy.

Z uwagi na wskazane argumenty nie może być wątpliwości, że ewentualne naruszenia prawa pracy i prawa ochrony środowiska mające miejsce na gruncie prawa chińskiego i na terenie Chińskiej Republiki Ludowej nie jest objęte zakresem zastosowania art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE, a ślad za nim nie jest także objęte zakresem zastosowania przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uregulowanej w art. 57 ust. 4 lit. a) Dyrektywy 2014/24/UE.

Wnioski płynące z wykładni art. 57 ust. 4 lit. a) Dyrektywy 2014/24/UE rzutują bezpośrednio na sposób interpretacji przepisu art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp. Stanowi on transpozycję przywołanego przepisu dyrektywy do porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej i powinien być interpretowany z uwzględnieniem swojej genezy prawnoeuropejskiej, a to z uwagi na fakt, iż w orzecznictwie organów ochrony prawnej powszechnie przyjęta i w pełni aprobowana jest zasada interpretacji prawa krajowego z uwzględnieniem postanowień prawa Unii Europejskiej, których transpozycję do polskiego porządku prawnego stanowi dany przepis prawa krajowego (tzw. prowspólnotowa wykładnia prawa krajowego). Obowiązek prowspólnotowej wykładni prawa krajowego został potwierdzony

i skonkretyzowany w licznych wyrokach TSUE. W myśl używanej przez TSUE formuły „stosując prawo krajowe, a zwłaszcza przepisy uregulowania przyjętego specjalnie w celu wprowadzenia wymagań dyrektywy, sąd krajowy jest

zobowiązany interpretować prawo krajowe w najszerszym możliwym zakresie (ang. as far as possible) w świetle brzmienia i celu danej dyrektywy, aby osiągnąć rezultat przez nią przewidziany, a co za tym idzie zapewnić zgodność z art. 249 ak. 3 Traktatu o Wspólnocie Europejskiej (w aktualnym stanie prawnym art. 288 ust. 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej)" (Wyrok z dnia 16 grudnia 1993 r. w sprawie C-334/92 (Wagner Miret), Rec. str. I-6911, pkt 2; wyrok z dnia 15 maja 2003 r.
w sprawie C-160/01 (Mau), Rec. str. I-4791; wyrok z dnia 23 lutego 1999 r. w sprawie C-63/97 (BMW), Rec. str. I-905, pkt 22; wyrok z dnia 27 czerwca 2000 r. w sprawach połączonych od C-240/98 do C-244/98, Rec. str. I-4941, pkt 30, wyrok z dnia 23 października 2003 r. w sprawie C-408/01 (Adidas-Salomon i Adidas Benelux), dotychczas nieopublikowany, pkt 21.).
Wymóg ten stanowi immanentną cechę systemu traktatowego, który umożliwia sądom krajowym zapewnienie w ramach ich właściwości pełnej skuteczności prawa wspólnotowego przy rozstrzyganiu zawisłych przed nimi sporów. Jak podkreśla TSUE, sądy krajowe powinny czynić wszystko, co leży w zakresie ich kompetencji, uwzględniając wszystkie przepisy prawa krajowego i stosując uznane w porządku krajowym metody wykładni, by zapewnić pełną skuteczność rozpatrywanej dyrektywy i dokonać rozstrzygnięcia zgodnego z realizowanymi przez nią celami (wyrok z dnia 20 maja 2003 r. w sprawach połączonych C-465/00, C-138/01 i C-139/0139 Rechnungshof). W świetle orzecznictwa TSUE wykładnia prowspólnotowa wymaga w pewnych sytuacjach pominięcia przez sąd krajowy sprzecznego z prawem wspólnotowym przepisu prawa krajowego. W sprawie Marleasing (sprawa C-106/89) z 1990 r. TSUE uznał, że wykładnia prowspólnotowa powinna skłaniać sąd krajowy do pominięcia (niestosowania) przepisu prawa krajowego, jeżeli rezultat jego zastosowania byłby sprzeczny z brzmieniem i celem dyrektywy. Nakaz pominięcia przepisu krajowego niezgodnego z odpowiednim standardem unijnym wynika również z orzeczenia TS w sprawie Centrosteel (sprawa C-456/98).
Analogicznie nakaz prowspólnotowej wykładni prawa krajowego postrzegają sądy polskie. Jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 17 września 2010 r. (sygn. akt I FSK 237/10) „Sąd krajowy jest zobowiązany dokonywać wykładni prawa wspólnotowego tak dalece, jak to możliwe w świetle brzmienia i celu dyrektywy, aby osiągnąć cel dyrektywy" (niepubl. zamieszczony w Systemie Informacji Prawnej LEX).
Jeszcze dobitniej obowiązek ten wyraził Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia
10 marca 2015 r. (sygn. akt I FSK 100/14) orzekając, że „Podstawowym celem dokonywania wykładni systemowej jest zapewnienie zgodności między normami należącymi do odrębnych porządków prawnych (tj. prawa polskiego i prawa unijnego) oraz inspirowanie organu stosującego prawo krajowe do wyboru takiego rezultatu wykładni, który zapewnia możliwie największą skuteczność prawu unijnemu. W konsekwencji sąd krajowy powinien dokonać wykładni istniejącego prawa wewnętrznego tak, aby uwzględniała ona zarówno treść, jak i cel przepisu prawa unijnego. Natomiast wykładnia celowościowa prawa wspólnotowego nakazuje w większym stopniu uwzględniać cele konkretnych rozwiązań prawnych, niż literalne brzmienie przepisów je zawierających".
Zgodnie natomiast z poglądem wyrażonym przez Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku
z dnia 12 września 2012 r. (sygn. akt I FSK 1781/2011): „Aby dokonać pełnej oceny zgodności prawa krajowego z prawem unijnym, należy oczywiście odwołać się nie tylko do litery przepisu, ale również poznać jego kontekst, miejsce w systemie, funkcje i cele, którym służy. Przy czym sędzia krajowy nie może zapominać, że interpretacja danego przepisu krajowego powinna być dokonywana z punktu widzenia jego celu i ogólnego systemu regulacji, którego jest częścią."
Naczelny Sąd Administracyjny podkreśla więc, że obowiązek prounijnej wykładni nie może zakończyć się na etapie porównania brzmienia przepisów prawa krajowego i unijnego, ale konieczne może być również dokonanie interpretacji systemowej i celowościowej przepisu prawa krajowego, w celu uniknięcia konfliktu z normą dyrektywy. Pogląd wyrażony przez Naczelny Sąd Administracyjny zasługuje w pełni na aprobatę. Wymaga bowiem przypomnienia, że zgodnie z art. 288 TFUE dyrektywa obliguje państwa członkowskie do osiągnięcia określonego w niej rezultatu, pozostawiając jednocześnie swobodę wyboru formy i środków, które doprowadzą do jego osiągnięcia. Zgodnie natomiast z orzecznictwem TSUE najważniejszym kryterium oceny właściwego funkcjonowania norm dyrektyw w prawie krajowym jest zapewnienie im pełnej praktycznej efektywności i w ten sposób pełne osiągnięcie wyznaczonego rezultatu.
I.1.4. Nieadekwatność stanu faktycznego z uwagi na brak elementu ostatecznej decyzji administracyjnej
Niezależnie od argumentów wykazanych powyżej, przesądzających o konieczności oddalenia zarzutów związanych z działalnością firmy Stecol, Przystępujący wskazuje na dodatkowe argumenty odnoszące się wprost do faktów przywołanych w odwołaniu. Jak stanowi art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlega wykonawca, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów
o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną. Tym samym sankcja wykluczenia dotyczy takich wykonawców, których naruszenia obowiązków w zakresie prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym zostały stwierdzone w decyzji administracyjnej posiadającej walor ostateczności, a decyzja wymierzała ich karę pieniężną.

Opisany powyżej stan faktyczny ujęty w hipotezie normy prawnej wyrażonej
w postanowieniach art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp ma istotne znaczenie z punktu widzenia oceny stanów faktycznych, w których doszło na terenie Chińskiej Republiki Ludowej do wymierzenia grzywien w stosunku do Stecol.
Przystępujący zwrócił uwagę, iż należności publiczno-prawne, które obowiązany był uiścić
w Chinach w związku ze zdarzeniami wskazanymi w odwołaniu zostały nałożone
w postępowaniach, które nie są podobne (analogiczne) do postępowania administracyjnego kończącego się wydaniem decyzji administracyjnej, lecz raczej upodabniają się do postępowania mandatowego lub nakazu zapłaty, od którego można wnieść sprzeciw. Dotyczą bowiem niewielkich co do swojej rangi naruszeń prawa publicznego, karanych prostą i szybko wymierzaną sankcją pieniężną w postaci relatywnie niewysokiej grzywny. Nie jest to zatem skomplikowane postępowania jurysdykcyjne prowadzone przez organ, ze sformalizowanym postępowaniem dowodowym i udziałem wielu stron (podmiotów zainteresowanych lub mających interes w rozstrzygnięciu).
Pomijając różnice pomiędzy polskim a chińskim porządkiem prawnym, zwrócić należy uwagę, że także w Polsce organy administracji publicznej władne są nakładać mandaty i na tej podstawie wymierzać grzywny. Dotyczy to zwłaszcza procesu inwestycyjnego i tak:
a) zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2002 r.
w sprawie nadania pracownikom organów nadzoru budowlanego uprawnień do nakładania grzywien w drodze mandatu karnego (Dz. U. Nr 174, poz. 1423) pracownicy organów nadzoru budowlanego są uprawnieni do nakładania grzywien w drodze mandatu karnego za wykroczenia określone w art. 93 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U.
z 2000 r. Nr 106, poz. 1126, z późn. zm.);
b) zgodnie z rozporządzeniem Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 30 sierpnia 2022 r.
w sprawie wykroczeń, za które inspektorzy Inspekcji Ochrony Środowiska są uprawnieni do nakładania grzywien w drodze mandatu karnego (Dz. U. poz. 1837), inspektorzy tej inspekcji są uprawnieni do nakładania grzywien w drodze mandatu karnego za wykroczenia określone m.in. w: (i) art. 330-334, art. 335a-336, art. 337a-349, art. 350 ust. 1, art. 351-355, art. 358, art. 359 ust. 2 i art. 360 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2021 r. poz. 1973, z późn. zm.), (ii) art. 28 ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zapobieganiu szkodom w środowisku i ich naprawie (Dz. U. z 2020 r. poz. 2187); (iii) art. 171, art. 172, art. 176-179, art. 180 ust. 2-4, art. 180a-182, art. 183 ust. 1 i 2 oraz art. 184-192 ustawy z dnia
14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2022 r. poz. 699, 1250 i 1726) czy też (iv) art. 476 ust. 1 i 2, art. 477 pkt 4, 5 i 12 oraz art. 478 pkt 6, 7, 9, 10 i 16 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. - Prawo wodne (Dz. U. z 2021 r. poz. 2233, z późn. zm. 3);
c) zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia
15 lipca 2020 r. w sprawie wykroczeń, za które pracownicy Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie wykonujący kontrolę gospodarowania wodami są uprawnieni do nakładania grzywien w drodze mandatu karnego, oraz warunków i sposobu wydawania upoważnień do nakładania grzywien w drodze mandatu karnego (Dz. U. poz. 1285) pracownicy Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie wykonujący kontrolę gospodarowania wodami są uprawnieni do nakładania grzywien w drodze mandatu karnego za wykroczenia określone w art. 476 ust. 1 i 2, art. 477 pkt 4-8 oraz art. 478 pkt 2, 6 i 12-16 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. - Prawo wodne (Dz. U. z 2020 r. poz. 310, 284, 695, 782 i 875);
d) bezpośrednio na podstawie art. 95 § 3 Kodeksu wykroczeń w sprawach określonych w art. 17 § 2 tego kodeksu (wykroczenia przeciwko prawom pracownika) postępowanie mandatowe prowadzi inspektor pracy. Inspektor pracy może nałożyć grzywnę w drodze mandatu karnego także po przeprowadzeniu czynności wyjaśniających, jeżeli uzna, że kara ta będzie wystarczająca.
Na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 95 § 5 Kodeksu wykroczeń wydano niemal 20 rozporządzeń przyznającym organom administracji publicznej uprawnienia do nakładania grzywien w postępowaniu mandatowym. Zgodnie z treścią ww. delegacji, Prezes Rady Ministrów, na wniosek ministra właściwego do spraw wewnętrznych, złożony w porozumieniu z Ministrem Sprawiedliwości, może nadać, w drodze rozporządzenia, uprawnienia do nakładania grzywien w drodze mandatu karnego funkcjonariuszom innych organów, określając jednocześnie wykaz wykroczeń, za które funkcjonariusze ci uprawnieni są do nakładania grzywien, oraz zasady i sposób wydawania upoważnień do nakładania grzywien, mając na względzie zakres ustawowych uprawnień takich organów, potrzebę szybkiej reakcji na fakt popełnienia wykroczenia oraz potrzebę ochrony dóbr szczególnie narażonych na naruszenia ze strony sprawców wykroczeń.
Nie zawsze zatem (nawet na gruncie prawa polskiego) należność publicznoprawna wymierzona przez organ administracji publicznej jest karą administracyjną, o której mowa
w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp. Niekiedy jest to grzywna, która nie mieści się w dyspozycji art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp. Z takimi właśnie (wykraczającymi poza zdarzenia sankcjonowane na gruncie tego przepisu) zdarzeniami mamy do czynienia w przypadku grzywien przywołanych w odwołaniu, przy czym chiński system prawny umożliwia nakładanie

grzywien także na przedsiębiorstwa, a nie tylko na osoby fizyczne jak ma na to miejsce
w Polsce.
Przystępujący zwraca ponadto uwagę, że informacje o karach administracyjnych nałożonych na Stecol (gdyby w istocie do ich nałożenia doszło), zgodnie z regulacjami obowiązującymi
w Chińskiej Republice Ludowej, byłyby ujawnione w Krajowym systemie publikacji informacji dot. wiarygodności przedsiębiorstw. System ten gromadzi informacje m.in. o karach administracyjnych. W przypadku ich nałożenia w dokumencie z Krajowego systemu publikacji informacji dot. wiarygodności przedsiębiorstw ujawnia się opis nałożonych kar. Tymczasem zaświadczenie z Krajowego systemu publikacji informacji dot. wiarygodności przedsiębiorstw dot. Stecol, a przedłożone w trakcie Postępowania, zawiera wzmiankę o braku informacji w tej sprawie, co oznacza, że kara administracyjna na Stecol nie została nałożona.
W kontekście jedynego dokumentu urzędowego, jaki został złożony w toku Postępowania (czyli zaświadczenie z Krajowego systemu publikacji informacji dot. wiarygodności przedsiębiorstw dot. Stecol złożone jako podmiotowy środek dowodowy) nie wiadomo na jakiej podstawie Odwołujący twierdzi, że „W świetle prawa chińskiego wyżej wymienione decyzje mają przymiot decyzji ostatecznych". W tym zakresie, w pierwszych kolejności, wskazać należy, iż dokumenty, który załącza do odwołania to jedynie informacje z chińskich stron internetowych, co oznacza, iż nie mogą one podważać domniemania prawdziwości dokumentu urzędowego, jakim jest zaświadczenie z Krajowego systemu publikacji informacji dot. wiarygodności przedsiębiorstw dot. Stecol.
Po wtóre przedłożone informacje wprost stanowią o grzywnach nałożonych przez organy administracji, jako typie kary wymierzonej przez organ chiński. Odwołujący zatem bardzo wybiórczo traktuje przedłożony przez siebie materiał dowodowy skupiając się na fakcie nałożenia grzywien przez organ administracji publicznej jednakże bez jakiejkolwiek refleksji nad charakterem prawnym sankcji (w tym przypadku – grzywien) zastosowanych przez organ oraz nad charakterem środka prawnego nakładającego sankcję. W każdym razie w żaden sposób nie udowadnia, iż grzywny zostały nałożone w drodze decyzji administracyjnej i to jeszcze takiej, która cieszy się walorem jakkolwiek rozumianej ostateczności.
I.1.5. Nieproporcjonalność ewentualnej sankcji wykluczenia
Przystępujący zwraca uwagę, że ewentualne wykluczenie go postępowania na podstawie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp byłoby w najwyższym stopniu nieproporcjonalne
w stosunku do rangi naruszeń prawa chińskiego wskazanych w odwołaniu, a tym samym naruszałoby jedną z fundamentalnych zasad prowadzenia postępowania, o której mowa w art. 16 Pzp. Ponadto zgodnie art. 109 ust. 3 Pzp w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.
W kontekście zasady proporcjonalności wyrażonej w Pzp, Konsorcjum Intercor zwraca uwagę, że naruszenia ukarane grzywnami na gruncie prawa chińskiego dotyczyły bardzo drobnych uchybień powstałych przy realizacji bardzo poważnych zamierzeń inwestycyjnych. Jakkolwiek co do zasady nie powinny mieć miejsca, to ich ranga i skala nie uzasadnia wykluczania Konsorcjum Intercor z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
W tym zakresie zacząć należy od omówienia strony przedmiotowej naruszeń wykazywanych przez Odwołującego. Czyny ukarane grzywnami nałożonymi przez organy chińskie to m.in.
(1)zanieczyszczenie powietrza podczas prac ziemnych w związku nierozpryskiwaniem wody prowadzące do zapylenia;
(2) zanieczyszczenie środowiska hałasem przy realizacji robót;
(3) składowanie odpadów budowlanych poza terenem budowy, bez zezwolenia;
(4) niepodjęcie środków technicznych i zarządczych w celu wyeliminowania ryzyka wypadków;
(5) pracownicy pracujący na wysokości nie byli wyposażeni w pasy bezpieczeństwa do wykonywania prac na dużych wysokościach, a Stecol nie usunął nieprawidłowości w wyznaczonym terminie;
(6) nakaz przywrócenie [1600,00008 m2] gruntów leśnych na pierwotnym terenie i zalesienie dodatkowych 0,5 mu [333,33335 m2] gruntów;
(7) naruszenie bezpieczeństwa pracy;
(8) odprowadzanie ścieków poza teren budowy - ścieki wydostały się do rowu deszczowego pod zbiornikiem i ostatecznie wpadały do zbiornika Xianlin.
Jak widać naruszenia związane ze środowiskiem są bardzo drobnymi uchybieniami, przede wszystkim dotyczącymi naruszeń utrzymania placu budowy w należytym porządku, ale nie z korzystaniem lub zanieczyszczaniem środowiska. Wszystkie miały charakter jednostkowy, a nie trwały, a żadne z nich nie dotyczy zdarzeń o skali katastrofy ekologicznej czy chociażby poważnej awarii przemysłowej w rozumieniu polskiego Prawa ochrony środowiska. Z kolei naruszenia w zakresie prawa pracy dotyczą jednostkowych (w skali budowy) naruszeń wymagań dot. BHP oraz nieterminowego

przeprowadzenia szkoleń i działań naprawczych.
Oceniając kwestię proporcjonalności nie można też stracić z pola widzenia faktu, że wartość wszystkich grzywien dot. naruszeń wskazywanych w odwołaniu pozostaje w rażącej dysproporcji do ceny oferty złożonej w Postępowaniu. Łączna wartość grzywien wynosi ok stanowi nie więcej niż 0,015% przy wartości oferty wynoszącej ponad 3,7 mld PLN (!). Uznanie, iż tak błahe kwoty mają przełożyć się na tak drastyczną sankcję jednoznacznie pokazuje,
iż byłby to przypadek oczywistej nieproporcjonalności.
Podkreślić należy, iż uchybienia ukarane grzywnami przez organy chińskie stanowią jednostkowe przypadki w odniesieniu do skali działalności Stecol. W ciągu ostatnich 5 lat Stecol wykonał na terenie Chin prawie 650 kontraktów budowlanych i osiągnął przychody
w Chinach na kwotę ponad 65 mld (czyli ponad 40 mld PLN). Z kolei działalność poza Chinami obejmowała ponad 350 kontraktów i osiągnął przychody za granicą na kwotę ponad 11 mld PLN. Podkreślić przy tym należy, iż w przypadku kontraktów realizowanych na terenie Unii Europejskiej nigdy nie doszło do jakiegokolwiek przypadku naruszenia przepisów dot. ochrony środowiska czy prawa pracy.
Wykluczenie Konsorcjum Intercor w oparciu o przywołane w odwołaniu przypadki stanowiłoby o wypaczeniu sensu nadanego przez ustawodawcę sankcjom, o których mowa w art. 108
i 109 Pzp. Przepisy te mają na celu niedopuszczenie do powierzenia realizacji zamówienia wykonawców nierzetelnych, niedających rękojmi należytego wykonania zamówienia, tymczasem Odwołujący nie podejmuje nawet próby wykazania, że grzywny, o których mowa w odwołaniu rzeczywiście podważają rzetelność wykonawcy Stecol.
I.2. Zarzut dot. przedstawienia nieprawdziwych informacji
Całkowicie niezasadnymi są zarzuty Odwołującego dot. naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.
W pierwszej kolejności Przystępujący wskazuje, że przepis.is art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp nie może znaleźć zastosowania w sprawie, gdyż nie obejmuje on przypadku złożenia informacji dotyczących braku podstaw wykluczenia. Przedłożenie nieprawdziwych informacji w zakresie braku podstaw do wykluczenia jest sankcjonowane na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Przepis ten nakazuje wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu
o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.
Zasadniczym elementem konstrukcyjnym tej przesłanki jest wprowadzenie w błąd zamawiającego w wyniku celowego działania lub rażącego niedbalstwa. Jak zwróciła na to uwagę KIO w wyroku z dnia 24 lutego 2023 r. (sygn. akt KIO 373/23) Przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 p.z.p. w odróżnieniu od dyspozycji art. 109 ust. 1 art. 10 p.z.p. (" (...) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd (...)") określają kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd. Wykonawca musi przede wszystkim działać w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Przepis odsyła więc w pierwszej kolejności do zachowania zamierzonego, celowego, a więc świadomego i nastawionego na wywołanie określonych skutków".
W przypadku Przystępującego oświadczenie się w JEDZ przez Stecol, iż nie zachodzi
w stosunku do niego przesłanka wykluczenia opisana w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) PZP było
w pełni uzasadnione okolicznościami sprawy. Po pierwsze przepis art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp nie odsyła do jakichkolwiek przepisów prawa obcego, co pozwalało Stecol na przyjęcie, że nie musi się oświadczać co do zdarzeń powstałych na terenie Chińskiej Republiki Ludowej i sankcjonowanych grzywnami nałożonymi na podstawie prawa chińskiego. Po wtóre, jak do tej pory w żadnym ze swoich orzeczeń KIO, Sąd Zamówień Publicznych, ani też TSUE nie przyjął takiej interpretacji omawianej przesłanki wykluczenia, że miałaby ona obejmować swoim zakresem zastosowania zdarzenia zaistniałe poza obszarem Unii Europejskiej
i niepoddane właściwości prawa Państwa Członkowskiego UE.
Wykładnia prezentowana przez Odwołującego nie występuje też w piśmiennictwie prawniczym.
Wreszcie kary grzywny nałożone w Chinach na Stecol, wedle najlepszego przekonania Stecol, zostały nałożone w drodze mandatowej i nie stanowią odpowiednika administracyjnej kary pieniężnej nałożonej ostateczną decyzja administracyjną.
Ponadto w pozyskanym przez Stecol dokumenty urzędowym z Krajowego systemu publikacji informacji dot. wiarygodności przedsiębiorstw, gdzie powinny znaleźć się informacje o karach administracyjnych (gdyby takowe zostały nałożone), informacji takich nie ma.
Stecol był zatem w pełni uprawniony do udzielenia odpowiedzi NIE na pytanie o kary administracyjne. Niezależnie bowiem od tego, że (co wykazane zostało powyżej), grzywny,

o których mowa w odwołaniu w ogólne nie podlegają notyfikacji w JEDZ, nie należy pomijać znaczenia wspomnianego powyżej urzędowego dokumentu zawierającego informacje
o istnieniu lub braku kar administracyjnych. Wydawanie w Chińskiej Republice Ludowej tego dokumentu pozwala bowiem na przyjęcie, że Stecol, udzielając odpowiedzi na pytanie JEDZ, zachował się w zgodzie z miernikiem starannego działania (tym bardziej, że pytanie JEDZ zawiera odesłanie do wiedzy wykonawcy: „Czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy?").
Z drugiej strony, jak wskazano powyżej, KIO wielokrotnie wypowiadała się w ten sposób, że wszelkie przepisy Pzp o charakterze sankcyjnym (czy to przesłanki odrzucenia oferty, czy to przesłanki wykluczenia z postępowania) powinny być interpretowane ściśle i restrykcyjnie. Stecol pozostawał zatem w pełni uzasadnionym przekonaniu, że składa oświadczenie zgodne z prawdą, nie istnieją więc jakiekolwiek podstawy do przyjęcia, że wprowadził lub mógł wprowadzić swoim działaniem Zamawiającego w błąd.
Dodatkowo Przystępujący zauważa, że część opisanych przez Odwołującego grzywien została nałożona już po złożeniu JEDZ przez Stecol w postępowaniu.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, oferty założyło 5 wykonawców. Zamawiający przewidział wybór wykonawcy z wykorzystaniem aukcji elektronicznej.
Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę wykonawców wspólnie ubiegający się
o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o oraz Stecol Corporation, dalej: „*Konsorcjum Intercor*", lub „*Przystępujący Konsorcjum Intercor*".
Zamawiający w pkt 8.1. SWZ przewidział, że o udzielenie zamówienia będą mogli ubiegać się wykonawcy, wobec których brak było podstaw do wykluczenia z postępowania w oparciu
o fakultatywne przesłanki wykluczenia , tj. art. 109 ust. 1 pkt 2, 3, 4, 7, 8, 10 ustawy Pzp.
Odwołujący w odwołaniu wskazał, iż wobec Stecol Corporation w 11 przypadkach chińskie organy administracji wydały decyzje administracyjne w związku z naruszeniem przez Stecol Corporation obowiązków związanych z naruszeniem prawa ochrony środowiska i prawa pracy na podstawie przepisów prawa obowiązujących w Chińskiej Republice Ludowej.

1. Decyzja nr 8 o karze środowiskowej z 17 kwietnia 2023 r., Biuro Budownictwa Mieszkaniowego i Miejsko-Wiejskiego Powiatu Xiong nałożyło na Stecol Corporation - grzywny w wysokości 30.000 RMB (juanów) za naruszenie art. 69 ustawy Chińskiej Republiki Ludowej o zapobieganiu i kontroli zanieczyszczeń powietrza, polegającego
   na braku zraszania wodą w celu zmniejszenia pylenia podczas prac ziemnych,
   na podstawie art. 115 ww. ustawy;
2. Kara nr 80003 (2022) z 11 sierpnia 2022 r. – Biuro Rządu Ludowego miasta Zhongshan nałożyło na Stecol Corporation grzywnę w wysokości 10 000 RMB (juanów) za brak wdrożenia ograniczenia godzin pracy nałożonych przez organ właściwy do spraw administracji ochrony środowiska, co stanowiło naruszenie postanowienia art. 19 i 20 ustawy Chińskiej Republiki Ludowej dotyczącej kontroli zanieczyszczenia hałasem
   w środowisku;
3. Decyzja o ukaraniu nr 1 [2022] z 9 września 2022 r. Urząd ds. Wodnych Dzielnicy Pingshan miasta Shenzhennałożył na Stecol Corporation grzywnę w wysokości 100.000 RMB (juanów) za naruszenie art. 16 § 1 Ustawy o gospodarce odpadami budowlanymi odprowadzanie odpadów budowlanych poza plac budowy bez zezwolenia;
4. Decyzja o ukaraniu numer 66 (2022) w dniu 26 sierpnia 2022 roku, Biuro Zarządzania Kryzysowego miasta Zhongshan nałożyło na Stecol Corporation karę grzywny
   w wysokości 475.000 RMB (juanów) za naruszenie art. 41 ust. 2, art. 43, art. 44 ust.
   1 i art. 49 ust. 2 Prawa o bezpieczeństwie produkcji Chińskiej Republiki Ludowej za niepodjęcie środków technicznych i zaradczych w celu wykrycia i wyeliminowania ryzyka wypadków, którego skutkiem był wypadek, w którym związany z bezpieczeństwem,
   w którym zginęła jedna osoba;
5. Decyzja nr 402 (2022) z 31 sierpnia 2022 r., Biuro Rządu Ludowego miasta Zhonghan nałożyło na Stecol Corporation karę grzywny w wysokości 10.000 RMB (juanów) za naruszenie art. 41 ust. 2 Prawa o bezpieczeństwie produkcji Chińskiej Republiki Ludowej za brak wyposażenia pracowników w pasy bezpieczeństwa do wykonywania prac na dużych wysokościach;
6. Decyzja o ukaraniu nr 8 (2021) z 22 listopada 2021 r., Biuro Zasobów Ludzkich
   i Ubezpieczeń Społecznych miasta Jiande podstawie Artykułu 27 rozporządzenia o nad nadzorze nad bezpieczeństwem pracy w prowincji Zhejiang nałożyło na Stecol Corporation karę grzywny w wysokości 5.000 RMB (juanów) za niezastosowanie się do nakazów Nadzoru Bezpieczeństwa Pracy w celu terminowego wykonania działań naprawczych;

7.Decyzja o karze leśnictwa nr 2120210701 z 28 października 2021 r., Urząd ds. Zieleni Miejskiej dzielnicy Qingpu miasta Szanghaj, na podstawie art. 43 ust. 2 Przepisów wykonawczych do prawa leśnego Chińskiej Republiki Ludowej, nałożył karę grzywny
w wysokości 38.686 RMB (juanów) i nakazano przywrócenie 2,4 mu (1600,00008 m^2) gruntów leśnych na pierwotnym terenie i zalesienie dodatkowych 0,5 mu (333,33335 m^2) gruntów;

8.Decyzja o ukaraniu 1677 (2022) z 18 sierpnia 2022 r. Urząd Zasobów Ludzkich i Ubezpieczeń Społecznych Nowej Dzielnicy Jinpu Miasta Dalian, nałożyło na Stecol Corporation grzywnę w wysokości 10.000 RMB (juanów) za odmowę usunięcia naruszeń, na podstawie art. 6 Rozporządzenia o nadzorze nad bezpieczeństwem pracy;

9.Decyzja o ukaraniu numer 18-0006 z 20 sierpnia 2020 r., Biuro ds. Kompleksowego Egzekwowania Prawa Administracyjnego dzielnicy Yuhang nałożyło grzywnę w wysokości 5.000 RMB (juanów) za odprowadzanie ścieków poza plac budowy w wiosce Huashu;

10.Kara w ramach Nadzoru Kryzysowego Yingdong (2021) Biuro Zarządzania Kryzysowego dzielnicy Yingdong miasta Fuyang z 30 września 2021 r., grzywna w wysokości 210.000 RMB za brak wprowadzenia procedur badania ukrytych zagrożeń związanych
z bezpieczeństwem produkcji i zapobiegania im;

11.Kompleksowa decyzja o ukaraniu (2021) z 6 stycznia 2021 r., Miasto Xiongzhou, grzywna w wysokości 50.000 RMB za poważne zanieczyszczenie dróg z placu.

Naruszenia miały miejsce w okresie od 20 sierpnia 2020 r. do 17 kwietnia 2023 r. i w tym okresie zostały wydane decyzje administracyjne, na podstawie których na Stecol Corporation nałożono kary pieniężne.

Stecol Corporation w JEDZ z dnia 17 czerwca 2022 r. i JEDZ z dnia 31 maja 2023 r. złożył oświadczenie, że zgodnie z którym wedle własnej wiedzy nie naruszył swoich obowiązków
w dziedzinie prawa ochrony środowiska, o których mowa dla celów niniejszego zamówienia, w prawie krajowym, w stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia bądź w artykule 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE oraz w JEDZ z 17 czerwca 2022 r. i JEDZ z 31 maja 2023 r. złożył oświadczenie, że wedle własnej wiedzy, nie naruszył swoich obowiązków w dziedzinie prawa pracy, o których mowa, do celów niniejszego zamówienia, w prawie krajowym,
w stosownym ogłoszeniu lub w dokumentach zamówienia bądź w art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE. Kolejno w oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w JEDZ z dnia
8 lutego 2023 r. oświadczył, że informacje zawarte w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy, w zakresie braku podstaw wykluczenia z Postępowania wskazanych przez Zamawiającego, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c Ustawy są aktualne i zgodne
z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji.

W dniu 29 listopada 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w branży SRK. Odwołujący w dniu 14 grudnia 2022 r. złożył wyjaśnienia, załączając do nie nich kalkulację wraz z ofertą podwykonawcy na realizację prawa opcji nr 1 i 2.

W dniu 5 stycznia 2023 r. Odwołujący złożył kolejne pismo, w którym poinformował Zamawiającego, że kalkulacja złożona wraz z wyjaśnieniami w dniu 14 grudnia 2022 r. zawiera błąd.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

W dniu 31 sierpnia 2023 r. Odwołujący wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1)wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia,
tj. Przedsiębiorstwa Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. oraz Stecol Corporation jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

2)zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor- Stecol w sytuacji, gdy została złożona
przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania;

3)odrzuceniu oferty Odwołującego w związku z niezasadnym przyjęciem, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4) zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie wyceny branży SRK w sytuacji, w której w następstwie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, Zamawiający powziął nowe wątpliwości w zakresie przyjętych przez Odwołującego założeń lub przedłożonych dowodów.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 57 ust. 4 lit. a) w zw. z art.

18 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej jako „Dyrektywa 2014/24") w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Intercor- Stecol w sytuacji, gdy wobec członka Konsorcjum Intercor – Stecol, tj. spółki Stecol Corporation (dalej jako „Stecol") zostały wydane ostateczne decyzje administracyjne o naruszeniu przez tego wykonawcę obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska oraz prawa pracy, którymi to decyzjami wymierzono na Stecol kary pieniężne;

2) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Intercor- Stecol w sytuacji, gdy wykonawca ten, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z Postępowania, tj. zataił informację, że wobec Stecol zostały wydane ostateczne decyzje administracyjne o naruszeniu przez tego wykonawcę obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska oraz prawa pracy, którymi to decyzjami wymierzono na Stecol kary pieniężne, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu;

względnie (w przypadku nie uwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 2 powyżej)

3) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Intercor - Stecol w sytuacji, gdy wykonawca ten, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd w zakresie odnoszącym się do podstaw wykluczenia Stecol z Postępowania w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

4) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w związku z niezasadnym przyjęciem, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wobec niezasadnego przyjęcia przez Zamawiającego, że Odwołujący nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny w zakresie dotyczącym branży SRK, jak również że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia z dnia 14 grudnia 2022 r. i wyjaśnienia
z 5 stycznia 2023 r. nie uzasadniają zaoferowanej ceny za wykonanie branży SRK i nie potwierdzają, że Odwołujący uwzględnił w swojej wycenie wszystkie koszty związane
z wykonaniem prac tej branży, w tym kosztów związanych z powierzeniem wykonania części prac podmiotom udostępniającym zasoby, gdy tymczasem Odwołujący udzielił Zamawiającemu szczegółowych wyjaśnień w zakresie wyceny branży SRK, przedłożył Zamawiającemu dowody potwierdzające zasadność i realność zaoferowanej ceny, w tym w szczególności szczegółową kalkulację prac branży SRK, a tym samym zadośćuczynił wezwaniu Zamawiającego. Odrzucenie oferty Odwołującego w tych okolicznościach świadczy o tym, że Zamawiający zaniechał przeprowadzenia pogłębionej, merytorycznej analizy tych wyjaśnień, na które składały się pisma z dnia 14 grudnia 2022 r. i z 5 stycznia 2023 r., co z kolei świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców. Ponadto Zamawiający nie uzasadnił w sposób należyty podstaw prawnych i faktycznych swojej decyzji;

5) ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia powyższego zarzutu z pkt 4) art. 224 ust.
1 Pzp z zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie sposobu wyceny branży SRK w sytuacji, w której
w następstwie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień Zamawiający powziął nowe wątpliwości w zakresie przyjętych przez Odwołującego założeń lub przedłożonych dowodów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności: unieważnienia wyboru oferty Intercor- Stecol jako najkorzystniejszej w Postępowaniu i nakazanie przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert
z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a w ramach tej czynności nakazanie Zamawiającemu:

1) odrzucenia oferty Intercor- Stecol w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp;

2)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w związku z niezasadnym przyjęciem, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3) ewentualnie (w przypadku uwzględnienia zarzutu nr 5 z petitum odwołania) wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie sposobu wyceny branży SRK.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili:

1.wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu, Stecol Corporation,

2.wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TORPOL S.A.

z siedzibą w Warszawie, INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Przystępujący Konsorcjum Intercor w piśmie z dnia 13 września 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości z uwagi na całkowitą bezzasadność podniesionych zarzutów.

Przystępujący Torpol S.A. oraz Intop Warszawa Sp. z o.o. w piśmie 13 września 2023 r. wniósł o oddalenie zarzutów wskazanych w pkt 4 i 5 odwołania.

Odwołujący w piśmie z dnia 19 września 2023 r. przedstawił swoje stanowisko.

Przystępujący zgłosił na posiedzeniu w dniu 15 września 2023 r. sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów 1-3 odwołania.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie.

Izba rozpoznając odwołanie uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie
z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust.
2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa
w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej oraz dopuściła dowody przedłożone przez Odwołującego w załączeniu do odwołania, dowody przedłożone na posiedzeniu i rozprawie przez Odwołującego, Zamawiającego oraz Przystępującego Konsorcjum Intercor.

Izba uznała, że 2 opinie prawne: Opinia prawna dr A.S. z 14 września 2023 r. oraz Opinia prawna dr hab. P.N. dot. interpretacji przepisu art. 18 ust.
2 dyrektywy 2014/24/UE, przedstawione przez Przystępującego stanowią uzupełnienie stanowiska Przystępującego. Opinia prywatna to dokument, który powstaje poza postępowaniem, najczęściej w celu jej przedstawienia w toku postępowania. Co do zasady opinia prywatna nie stanowi dowodu wiadomości specjalnych.

Stan prawny ustalony przez Izbę

Art. 57 ust. 4 lit. a) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz.Urz.UE.L Nr 94, str. 65), dalej: *„Dyrektywa 2014/24/UE*" stanowi, że *instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcę, gdy instytucja zamawiająca za pomocą dowolnych stosownych środków może wykazać naruszenie mających zastosowanie obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2*.

Art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE stanowi, że*państwa członkowskie podejmują stosowne środki służące zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych*
w załączniku X.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, *z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną.*

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, *z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,*
co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Stosowanie do art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, *z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

Zgodnie z art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, *w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt. 1-5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa*

wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.*

Zgodnie z art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, *Zamawiający poprawia w ofercie:*

1) oczywiste omyłki pisarskie,

2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zgodnie z brzmieniem art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, *jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.*

Stosownie do art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, *obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy*.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, *odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu*.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Stosownie do art. 253 ust. 1 ustawy Pzp, *niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:*

1)wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;

2)wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowych sprawach, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniach, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskami przystępujących, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestników postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

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

w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazali, że posiadają legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia, zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiających przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w obydwu sprawach mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, 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 dowodowy przedłożony przez strony

i uczestników postępowania odwoławczego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniach oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołujących:

1.zarzuty w sprawie o sygn. akt KIO 2572/23 podlegały oddaleniu;

2.zarzuty nr 1 i 2 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2574/23 zostały przez Izbę uwzględnione, natomiast zarzuty nr 3 oraz 5 podlegały oddaleniu.

I. KIO 2572/23:

W odniesieniu do zarzutu nr 1 odwołania:

W ocenie Izby, przedstawiona przez Odwołującego, interpretacja warunku dotyczącego doświadczenia kierownika robót torowych nie jest prawidłowa. Zamawiający wymagał, aby kierownik robót torowych posiadał doświadczenie w kierowaniu co najmniej jedną inwestycją
o określonym w tym warunku zakresie robót.

W ocenie Izby, warunek dotyczący kierownika robót torowych: „*ma doświadczenie w kierowaniu co najmniej jedną inwestycją o następującym zakresie robót*", należy odczytywać zgodnie z jego literalnym brzmieniem. A to oznacza, że doświadczenie kierownika robót torowych nie musi dotyczyć robót już wykonanych oraz całego zrealizowanego zakresu referencyjnych robót.

W ocenie Izby, Zamawiający w trakcie postępowania słusznie podniósł: „doświadczenie w kierowaniu co najmniej jedną inwestycją o następującym zakresie robót" nie jest tożsame z „doświadczeniem w kierowaniu co najmniej jedną inwestycją, w ramach której zrealizowano następujący zakres robót".

O samym doświadczeniu zawodowym (3-letnim) na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót lub inspektora nadzoru (w rozumieniu ustawy Prawo budowalne)
w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych na robotach związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie robót torowych jest mowa w tiret pierwszym w warunku określonym w punkcie 8.4.2 Lp. 3 SWZ- IDW. Natomiast w tiret drugim wskazano konieczność posiadania przez kierownika robót torowych doświadczenia w kierowaniu co najmniej jedną inwestycją o określonym zakresie. Istotna jest treść warunku, a nie jak wskazuje Odwołujący opis tabeli w załączniku nr 8 do IDW,w której wykonawca miał wskazać podmiot, na rzecz którego wykonywał usługi lub roboty budowlane: „Podmiot na rzecz którego usługi lub roboty budowalne były wykonane". Nie ulega również wątpliwości, że gdyby Zamawiający wymagał, aby doświadczenie dotyczyło robótjuż wykonanych, to taki warunek zostałby przez Zamawiającego wskazany wprost w SWZ - IDW.

Izba wskazuje, że wszelkie wątpliwości dotyczące treści warunku (w tym przypadku zarówno strony, jak i uczestnicy Postępowania rozumieli go inaczej), należy rozpatrywać na korzyść wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1047/22, który skład orzekający w pełni aprobuje, wskazała: „*Niejasne, niejednoznaczne zapisy SWZ nie mogą obciążać wykonawców bazujących na tych zapisach podczas składania oferty, czy przedstawiania podmiotowych środków dowodowych. Jeżeli możliwa była co najmniej dwutorowa interpretacja warunku udziału w postępowaniu, to wszelkie niejasności SWZ należy odczytywać na korzyść wykonawców, nawet jeżeli weźmie się pod uwagę podwyższony miernik staranności wymagany w stosunkach danego rodzaju od wykonawcy zawodowo prowadzącego działalność gospodarczą i stale biorącego udział w postępowaniach
o udzielenie zamówień publicznych*".

W uchwale z 3 sierpnia 2017 r., sygn. akt: KIO/KD 38/17, która zachowała swoją aktualność Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: "Reguła ta wynika z prawniczej paremii »In dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które zostały zredagowane przez Zamawiającego."

Podobnie wypowiedział się Sąd Okręgowy w Nowym Sączu w wyroku z 18 marca 2015 r., sygn. akt: III Ca 70/15: *Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny; a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji
i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (...)*" oraz

Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z 7 marca 2018 r., sygn. akt. VIII Ga 102/18, wskazując, że: *Wyrażona w art. 7 ust 1 p.z.p. zasada, obecnie formułowana jako zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji*".

A wobec powyższego fakt, iż stacja Białystok nie została ukończona i do dnia złożenia ofert
nie posiadała 50 rozjazdów kolejowych oraz dokumenty wskazane przez Odwołującego na potwierdzenie powyższych okoliczności: pisma PKP PLK S.A. CRI Region Centralny, Zespół Projektu nr 1/7 z dnia 21.02.2023 r., protokoły odbioru eksploatacyjnego, protokoły odbioru technicznego (w tym branży torowej), dotyczące referencyjnej stacji Białystok (z załącznikami) za okres od lutego 2021 r. do dnia złożenia oferty przez Konsorcjum Intercor, raporty miesięczne składane Zamawiającemu przez Konsorcjum Intercor, zgodnie z Subklauzulą 4.21 umowy na wykonanie robót w ramach referencyjnej inwestycji stacja Białystok za okres od lutego 2021 r. do dnia złożenia oferty przez Konsorcjum Intercor, Dziennik Budowy nr 48/2/2020 oraz nagranie wideo dostępne w internetowej sieci publicznej obrazujące stan zaawansowania robót budowlanych na stacji Białystok w lipcu 2022 r. (- dostęp na dzień 31.08.2023 r.), nie miały dla

rozstrzygnięcia sprawy istotnego znaczenia.
Ponadto w ocenie Izby, dla rozstrzygnięcia sprawy jest istotne, że Konsorcjum Intercor w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, oprócz kwestionowanej przez Odwołującego, inwestycji na stacji Białystok, wskazało również inwestycję: „Zaprojektowanie i wykonanie przebudowy stacji Łódź Widzew
i część szlaku Łódź Fabryczna – Łódź Widzew od km 2,250 do km 7,200 wraz
z urządzeniami SRK telekomunikacji dla całego odcinka Łódź Fabryczna – Łódź Widzew oraz modernizacji linii objazdowej Łódź Widzew – Łódź Chojny – Łódź Kaliska (okres: od 08.2013 – 12.2016). Doświadczenie kierownika robót torowych dotyczące powyższej inwestycji nie było kwestionowane w odwołaniu. A wobec powyższego, należy przyjąć, że Konsorcjum Intercor wykazało spełnienie warunku w zakresie doświadczenia kierownika robót torowych
w kierowaniu co najmniej jedną inwestycją o następującym zakresie robót: Budowa lub przebudowa linii kolejowej dwutorowej o długości co najmniej 20 km budowa lub przebudowa co najmniej jednej stacji, przy czym stacja ta ma mieć min. 50 rozjazdów.
Wobec powyższego, nawet gdyby przyjąć, że roboty budowalne – przebudowa stacji Białystok nie potwierdzała doświadczenia kierownika robót torowych, to wciąż w wykazie znajdowały się roboty budowlane, polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu przebudowy stacji Łódź Widzew i części szlaku Łódź Fabryczna – Łódź Widzew.
Zatem ewentualne naruszenie przepisów w powyższym zakresie nie miały wpływu na wynik Postępowania.
Wobec powyższego, Izba uznała zarzut nr 1 odwołania za niezasadny.
<u>W odniesieniu do zarzutu nr 2 i 7:</u>
W ocenie Izby, oświadczenie Spółki Trakcja S.A., dalej: „*Trakcja S.A.*" o udostępnieniu Konsorcjum Intercor zasobów w celu wykazania posiadania doświadczenia w wykonywaniu określonych przez Zamawiającego robót budowlanych budzi wątpliwości co do jego rzeczywistego zakresu.
Oświadczenie Spółki Trakcja S.A:
„a) udostępniam Wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie:
- robót budowlanych na:
•budowę lub przebudowę co najmniej 1 stacji kolejowej, przy czym budowa lub przebudowa obejmowały co najmniej: dwa tory główne zasadnicze i dwa tory główne dodatkowe wraz
z odwodnieniem, dwa perony oraz wymianę lub zabudowę 50 rozjazdów kolejowych,
oznaczać mogło, że Trakcja S.A. udostępniła Konsorcjum Intercor zasoby w postaci budowy lub przebudowy 1 stacji kolejowej lub 2 stacji kolejowych.
Zgodnie z definicją Słownika języka polskiego PWNpojęcie „*co najmniej*" jest partykułą komunikującą, że ilość, liczba lub miara czegoś jest nie mniejsza od wymienionej i że może być większa.
Powyższych wątpliwości, w ocenie Izby nie usuwa, wskazana przez Konsorcjum Intercorkorespondencja mailowa pomiędzy pracownikami Konsorcjum Intercor i pracownikami Trakcja S.A. z 7 grudnia 2022 r. oraz 24 stycznia 2023 r. ponieważ nie dotyczyła samego zobowiązania, ale 2 referencji na budowę lub przebudowę co najmniej 1 stacji kolejowej.
Zakres zobowiązania Trakcji S.A. może również budzić wątpliwości z uwagi na treść oświadczenia obecnego Zarządu Trakcja S.A. z 29 sierpnia 2023 r. o udostępnieniu Konsorcjum Trakcja S.A. zasobu w postaci tylko 1 budowy lub przebudowy stacji kolejowej, pomimo, że informacja obecnego Zarządu Trakcja S.A. została udzielona w odpowiedzi na pismo Odwołującego i nie została skierowana ani do Zamawiającego, ani do Konsorcjum Intercor.
W ocenie Izby, wątpliwości co do zakresu udostępnionego zasobu nie usuwa użyte
w oświadczeniu Trakcja S.A. sformułowanie: „*udostępniam Wykonawcy ww. zasoby,*
w następującym zakresie: - robót budowlanych na: (…)", z uwagi na użycie pojęcia *„robót budowalnych"* w liczbie mnogiej, którą to okoliczność podkreślał Przystępujący.
Izba na rozprawie w dniu 15 września 2023 r. oddaliła wniosek Odwołującego o przesłuchanie
w charakterze świadków: Prezesa Trakcja S.A. Artura Szumisza, Andrzeja Kozery – członka Zarządu Trakcja S.A. oraz Grażyny Koniarskiej – pełnomocnika Trakcja S.A. na okoliczności wskazane w uzasadnieniu zarzutów 2-7 odwołania ponieważ w celu wykazania powyższych okoliczności zostały przedstawione dokumenty.
W ocenie Izby oświadczenie Trakcji S.A. powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do rzeczywistego zakresu zobowiązania Trakcji S.A. do udostępnienia Konsorcjum Intercor zasobów. Zamawiający, zgodnie z brzmieniem art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, może żądać od wykonawców wyjaśnień czy to w zakresie treści JEDZ czy złożonych środków dowodowych lub innych złożonych przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów.
Istotne w ocenie Izby, jest odczytywanie oświadczenia Trakcja S.A. jako całości.
Wobec powyższego, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu nr 2 odwołania, natomiast, w ocenie Izby, uwzględnieniu podlegał zarzut nr 7. Z uwagi na niejednoznaczną treść oświadczenia Trakcja S.A., Zamawiający powinien zażądać wyjaśnienia złożonego przez Trakcja S.A. oświadczenia.

Mając jednakże uwadze fakt, iż Izba uwzględniła odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2574/23 w zakresie zarzutu nr 1 i 2 odwołania i nakazała Zamawiającemu odrzucenie oferty Konsorcjum Intercor, Zamawiający nie ma już obowiązku wezwania Konsorcjum Intercor do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia podmiotu trzeciego.
Zatem Izba nie miała podstaw do nakazania Zamawiającemu wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.
A wobec Izba oddaliła zarzut nr 2 oraz 7 odwołania.
W odniesieniu do zarzutu nr 3, 4 i 5:
Z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wynika, iż z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu
o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.
Przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania, zawarta w art. 109 ust. 1 pkt
8 ustawy Pzp, dotyczy złożenia informacji odnoszących się do sytuacji podmiotowej wykonawcy, wprowadzających Zamawiającego w błąd. Wprowadzenie zamawiającego w błąd może przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Zamierzone działanie polega na celowym wprowadzeniu zamawiającego w błąd przez wykonawcę chcącego potwierdzić spełnianie warunków, kryteriów selekcji lub brak podstaw wykluczenia. Rażące niedbalstwo to jeden z przypadków winy nieumyślnej, oznaczający zachowanie w sposób istotnie odbiegający od oczekiwań stawianych wobec podmiotu działającego na rynku profesjonalnie.
Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03 (niepubl.): *„Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji
w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej*".
Oceniając należytą staranność w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej należy, zgodnie z art. 355 § 2 Kc, uwzględnić jej zawodowy. Szczególnej staranności, która powinna przybrać postać większej dokładności i rzetelności w działaniu wymaga się od przedsiębiorcy. Od wykonawcy, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego należy oczekiwać dokładności i rzetelności przy składaniu oferty, przygotowaniu dokumentów i oświadczeń składanych w postępowaniu, a zatem również tego, aby upewnił się, czy deklarowany stan rzeczy odpowiada rzeczywistości, por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 918/22.
Warunkiem zastosowania wykluczenia wykonawcy z postępowania jest potencjalny wpływ informacji wprowadzającej w błąd na decyzje zamawiającego. Z założenia informacje dotyczące warunków udziału w postępowaniu, podstaw wykluczenia czy kryteriów selekcji mogą wpłynąć na decyzje zamawiającego.
Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
Przesłanka wykluczenia z powodu złożenia informacji wprowadzających w błąd w przypadku art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, odnosi się do sytuacji, gdy informacje te złożono wskutek lekkomyślności lub niedbalstwa. Lekkomyślność polega na tym, że wykonawca przedstawia informacje przewidując możliwość wprowadzania zamawiającego w błąd, ale bezpodstawnie sądzi, że takiego skutku uniknie, naruszając przy tym zasady ostrożności.
Niedbalstwo to polega na tym, że wykonawca w ogóle nie posiada wyobrażenia co od możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, choć taki skutek powinien był przewidywać.
Wspólną cechą przepisu art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10 ustawy Pzp jest wprowadzenie zamawiającego przy przedstawieniu informacji w błąd.
Izba uznała, że nie zaistniały przesłanki wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10 ustawy Pzp, gdyż Przystępujący przedstawiając informacje dotyczące doświadczenia kierownika robót torowych nie wprowadził Zamawiającego w błąd. Informacja dotycząca stacji Białystok jest zgodna ze stanem rzeczywistym - budowa czy też przebudowa stacji Białystok na dzień składania oferty przez Przystępującego nie została zakończona. Powyższa okoliczność została potwierdzona
w złożonym przez wykonawcę oświadczeniu. Spór dotyczył jedynie odmiennego rozumienia warunku udziału w Postępowaniu. Izba wskazuje, że przyjęcie odrębnego rozumienia postanowień SWZ i podanie informacji nawiązującej do tej wykładni nie stanowi wprowadzenia w błąd Zamawiającego. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 13.05.2015 r., sygn. akt: KIO 842/15, KIO 862/15, który jest nadal aktualny, Izba wskazała: *„W tym wypadku, należy dodatkowo podnieść, że jakiekolwiek niejednoznaczności w opisie przedmiotu zamówienia
w ramach postanowień SIWZ, także działają na korzyść Wykonawców i nie pozwalają na definitywne stwierdzenie złożenia*

nieprawdziwej informacji."
Podobnie w odniesieniu do oświadczenia Trakcja S.A. o udostępnieniu Przystępującemu zasobów w zakresie doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych, Izba stwierdziła, że Przystępujący nie przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwych informacji dotyczących udostępnionych zasobów, a jedynie informacje inaczej zinterpretował. W ocenie Izby, treść oświadczenia Trakcji S.A. powinna skłonić Zamawiającego do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, a nie stanowić podstawy do jego wykluczenia
z Postępowania.
Warunek udziału w Postępowaniu dotyczący doświadczenia kierownika robót torowych nie został sformułowany w sposób jednoznaczny, a wobec powyższego jakiekolwiek niejednoznaczności w ramach postanowień SWZ działają na korzyść wykonawców.
A zatem również informacja, że kierownik robót torowych p. R.G. rozpoczął kierowanie inwestycją na stacji Białystok od lutego 2021 r., podczas w Dzienniku Budowy widnieje wrzesień 2021 r., nie wprowadzała Zamawiającego w błąd.
Wobec powyższego, zarzuty nr 3, 4 i 5 podlegały oddaleniu.
W odniesieniu do zarzutu nr 6:
Wobec faktu, że Izba uznała, że warunek dotyczący doświadczenia kierownika robót torowych należało odczytywać zgodnie z jego literalnym brzmieniem, a zatem nie musiało ono dotyczyć robót już wykonanych, wszelkich niejednoznaczności w treści warunku nie powinno się tłumaczyć na niekorzyść wykonawcy, nie było podstaw do uznania przez Izbę, że Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum Intercor do złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia zdobytego przez kierownika robót torowych Pana R.G. w kierowaniu przebudową stacji Białystok co do ilości faktycznie wybudowanych nowych rozjazdów w dniu składania ofert w Postępowaniu oraz okresu nabywania doświadczenia przez wskazaną osobę lub/i uzupełnienia oferty w tym zakresie.
Wobec powyższego, zarzut nr 6 odwołania podlegał oddaleniu.
Jako zarzut wynikowy wobec oddalenia zarzutów 1-7 odwołania, oddaleniu podległ również zarzut nr 8 odwołania, zarzut dotyczący naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji.

II.KIO 2574/23:

w odniesieniu do zarzutu nr 1 odwołania:
W celu wykazania ziszczenia się względem Konsorcjum Intercor przesłanek z art. 109 ust.
1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, Odwołujący przedstawił informacje pochodzące z ogólnodostępnych baz danych i rejestrów, prowadzonych przez chińskie organy administracji: Platformy Publicznej Informacji Organów Egzekucji Administracyjnej Prowincji Hebei, Platformy Publicznej Informacji Organów Egzekucji Administracyjnej Prowincji Guangdong oraz oficjalnej strony rządowej strony Credit China. Z rejestrów i baz danych wynika, że chińskie organy administracyjne: m.in. Biuro Budownictwa Mieszkaniowego i Miejsko-Wiejskiego Powiatu Xiong, Biuro Rządu Ludowego Miasta Zhongshan, Urząd ds Wodnych Dzielnicy Pingshan miasta Shenzhen wydały decyzje administracyjne, którymi nałożyły na Stecol Corporation kary pieniężne. Odwołujący wskazał 11 takich przypadków.
W dokumencie pod nazwą Odpowiedź na wniosek o upublicznienie informacji rządowych, Odwołujący przedstawił szczegółowe informacje dotyczące decyzji administracyjnych: nr 2120210701, wydanej przez Urząd ds. Zieleni Miejskiej dzielnicy Qingpu miasta Szanghaj, którą na Stecol Corporation w związku z naruszeniami przepisówwykonawczych do prawa leśnego Chińskiej Republiki Ludowej nałożono karę pieniężną oraz decyzji nr 18-006 Biura Kompleksowej Egzekucji Prawa Administracyjnego w dzielnicy Yuhang miasta Hangzhou
z 31 sierpnia 2023 r., którą za naruszenie art. 50 ust. 2 Rozporządzenia dotyczącego wyglądu miasta i zarządzania środowiskiem sanitarnym miasta Hangzhou na Stecol Corporation nałożono karę administracyjną.
Pomimo, iż Przystępujący Konsorcjum Intercor zaprzeczyło, że: akty, na podstawie których nałożono na Stecol Corporation kary pieniężne miały charakter decyzji oraz że były to decyzje ostateczne, a także, że na Stecol Corporation zostały nałożone nie kary administracyjne, lecz mandaty, Izba nie miała wątpliwości co do charakteru powyższych aktów prawnych. Po pierwsze,
w rejestrach i bazach danych jest mowa o decyzjach, jak również o decyzjach lub zawiadomieniach o nałożeniu kary administracyjnej jest mowa w oświadczeniach podwykonawców Stecol Corporation w projektach, w których Stecol Corporation występował jako generalny wykonawca, złożonych jako dowód przez Przystępującego. Po drugie akty zostały wydane przez chińskie organy administracyjne w ramach przysługującego im władztwa. W decyzjach wskazano stan faktyczny sprawy oraz podstawę prawną oraz informację o przysługujących od decyzji środkach odwoławczych: wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy oraz pozwie administracyjnym. Co prawda, w dokumentach przedstawionych przez Odwołującego jest mowa również o mandatach, to jednak
w oświadczeniach podwykonawców już tylko o karach pieniężnych lub karach administracyjnych. Izba, w odniesieniu do powyższego, uwzględniła fakt występowania

w różnych porządkach prawnych odmiennej terminologii, a także doboru różnych odpowiedników tłumaczonego pojęcia.
O tym, że decyzje o nałożeniu kary pieniężnej na Stecol Corporation nie zapadły w prostym, odformalizowanym postępowaniu mandatowym, jak twierdzi Przystępujący świadczą informacje dotyczące chociażby Decyzji administracyjnej nr 2120210701, nakładającej karę pieniężną na Stecol Corporation za naruszenie przepisów wykonawczych do prawa leśnego Chińskiej Republiki Ludowej. W sprawie zakończonej wydaniem powyższej decyzji organ dokonał oględzin miejsca, zebrał dokumentację fotograficzną, spisał protokół, dokonał przesłuchania, z którego sporządził protokół. Od powyższej decyzji przysługiwało Stecol Corporation prawo do złożenia wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy lub pozwu administracyjnego, co oznacza, że było to postępowanie dwuinstancyjne. Stecol Corporation jednak nie skorzystał z tego prawa, dokonując zapłaty nałożonej na niego kary administracyjnej, czego dowodem było wskazanie w decyzji „Kara administracyjna zrealizowana, rekomenduje się zamknięcie sprawy". Natomiast z oświadczeń podwykonawców Stecol Corporation wynika, że kary pieniężne nałożone na Stecol Corporation nie były kwestionowane i zostały zapłacone przez jego podwykonawców.
W związku z powyższym należało stwierdzić, że mamy do czynienia z decyzjami ostatecznymi.
Odnosząc się do stanowiska Przystępującego, zgodnie z którym, gdyby w istocie doszło do nałożenia kar administracyjnych na Stecol Corporation, to taka informacja zostałaby ujawniona
w Krajowym systemie publikacji informacji dotyczącej wiarygodności przedsiębiorstw, tak jak to miało miejsce w przypadku wyciągów z rejestru informacji dot. wiarygodności przedsiębiorstwa dot. trzech innych spółek, który przedstawił Przystępujący Konsorcjum Intercor. Tymczasem, jak wskazał Przystępujący Konsorcjum Intercor, zaświadczenie
z Krajowego systemu publikacji informacji dotyczących wiarygodności przedsiębiorstw dotyczące Stecol Corporation, przedłożone w toku postępowania (zaświadczenie z tego systemu) zawierało wzmiankę o braku informacji w tej sprawie, co oznacza, że kara administracyjna na Stecol Corporation nie została nałożona.
Izba stwierdziła, że sam fakt, że informacja o nałożonych na Stecol Corporation karach pieniężnych nie została zamieszczona w Krajowym systemie publikacji informacji dotyczących wiarygodności przedsiębiorstw nie oznacza, że kary pieniężne nie zostały na Stecol Corporation nałożone. Ponieważ dane z rejestrów opierają się w głównej mierze na informacjach podmiotów, których dotyczą, Stecol Corporation mógł takich informacji nie przekazać do rejestru. Fakt nałożenia na Stecol Corporation kar pieniężnych w drodze decyzji administracyjnych został potwierdzony natomiast w oświadczeniach podwykonawców Stecol Corporation. Treść oświadczenia podwykonawców odpowiada informacjom z wykazu kar nałożonych na Stecol Corporation, przedstawionego przez Odwołującego. Co prawda
w większości oświadczeń podwykonawców pominięta została informacja, że na Stecol Corporation zostały nałożone kary pieniężne, to jednak w jednym z nich (oświadczenie z dnia 11 grudnia 2022 r.) podwykonawca Stecol Corporation oświadczył wprost:
: *„… w wyniku tych zgłoszeń w stosunku do Stecol Corporation jako generalnego wykonawcy została wydana decyzja o karze administracyjnej przez Biuro Zasobów Ludzkich*
i Ubezpieczeń społecznych Nowej Dzielnicy Jinpu w Dalian."
Co więcej, jak wynika z pisma prawniczego Tianjin Jinrui Law Firm Nr (2023) 0930, dotyczącego podmiotów odpowiedzialnych w karach administracyjnych, wskazanego jako dowód przez Przystępującego, z Ustawy Chińskiej Republiki Ludowej o karach administracyjnych wynika odpowiedzialność generalnego wykonawcy za naruszenia odpowiednich przepisów dotyczących zarządzania administracyjnego wynika oraz że: „*Podmiotem kary administracyjnej jest podmiot odpowiedzialny, który ma obowiązek utrzymywania porządku zarządzania zgodnie z prawem. Zgodnie z postanowieniami Prawa Budowlanego Chińskiej Republiki Ludowej i Środków Zarządzania Podwykonawstwem Projektów Budowlanych Zarządzanie (2004) Nr 124 Ministerstwa Budownictwa Chińskiej Republiki Ludowej, generalny wykonawca i podwykonawcy projektów budowlanych ponoszą solidarną odpowiedzialność. Generalny wykonawca jest główną osobą odpowiedzialną za zarządzanie placem budowy podczas procesu realizacji projektów. Wszyscy uczestnicy projektów budowlanych, którzy naruszają odpowiednie przepisy dotyczące zarządzania administracyjnego, podlegają karom administracyjnym jako główna strona odpowiedzialna. Podwykonawcy, którzy dopuścili się określonych uchybień zostają wezwani do dokonania poprawek i wspólnie akceptują kary administracyjne. Wina podwykonawców skutkuje karami administracyjnymi dla generalnego wykonawcy*."
Co prawda pismo dotyczy postanowień Prawa budowlanego Chińskiej Republiki Ludowej,
jednakże można z niego wywieść ogólną zasadę, że kary administracyjne, bez względu na to, kto rzeczywiście ponosi odpowiedzialność za naruszenie przepisów, obciążają generalnego wykonawcę, co znajduje potwierdzenie w wykazie kar nałożonym na Stecol Corporation, przedstawionym przez Odwołującego, a także w oświadczeniach podwykonawców Stecol Corporation.
Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Izba oceniła wskazane w uzasadnieniu dokumenty przedstawione przez Odwołującego i Przystępującego Konsorcjum Intercor jako wiarygodne źródło informacji o karach administracyjnych

nałożonych w drodze decyzji administracyjnych na Stecol Corporation w związku z naruszeniami obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska oraz prawa pracy.
Odnosząc się do stanowiska Przystępującego dotyczącego wykładni przepisu art. 57 ust. 4 lit. a, art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, Izba wskazuje:
W ocenie Przystępującego ewentualne naruszenie obowiązków wynikających z prawa pracy
i prawa ochrony środowiska mające miejsce na gruncie prawa chińskiego nie jest objęte zakresem zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, w związku z tym że pkt
2 lit. c nie zawiera odesłania do prawa obcego. Powyższe, w ocenie Przystępującego, stanowi przemyślaną i zamierzoną decyzję ustawodawcy i znajduje wsparcie w art. 57 ust. 4 lit. a oraz art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE, który referuje do obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska prawa socjalnego i prawa pracy ustanowionych w przepisach unijnych krajowych układach zbiorowych bądź przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych
w załączniku X.
Izba wskazuje, że przy dokonywaniu wykładni przepisu art. 57 ust. 4 lit a, art. 18 ust.
2 Dyrektywy 2014/24 /UE orazart. 109 ust.1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, nie można oprzeć się jedynie na ich literalnym brzmieniu.
Jak słusznie podniósł Przystępujący, przywołując wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 marca 2015 r., sygn. akt I FSK 100/14: *„Podstawowym celem dokonywania wykładni systemowej jest zapewnienie zgodności między normami należącymi do odrębnych porządków prawnych (tj. prawa polskiego i prawa unijnego) oraz inspirowanie organu stosującego prawo krajowe do wyboru takiego rezultatu wykładni, który zapewnia możliwie największą skuteczność prawu unijnemu. W konsekwencji sąd krajowy powinien dokonać wykładni istniejącego prawa wewnętrznego tak, aby uwzględniała ona zarówno treść, jak i cel przepisu prawa unijnego. Natomiast wykładnia celowościowa prawa wspólnotowego nakazuje w większym stopniu uwzględniać cele konkretnych rozwiązań prawnych, niż literalne brzmienie przepisów je zawierających*".
Niewątpliwie zasadniczym celem wynikającym z art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE jest podjęcie przez państwa członkowskie stosownych środków służących zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy.
Cel zawarty w przepisie art. 57 ust. 4 lit. a Dyrektywy 2014/24/UE to wykluczenie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, gdy instytucja zamawiająca za pomocą dowolnych stosownych środków może wykazać naruszenie mających zastosowanie obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE.
Z motywu 101 Dyrektywy 2014/24/UE wynika: *„Ponadto instytucje zamawiające powinny mieć możliwość wykluczania wykonawców, którzy okazali się nierzetelni, na przykład z powodu naruszeń obowiązków środowiskowych lub społecznych, w tym przepisów dotyczących dostępności dla osób niepełnosprawnych, lub innych form poważnych wykroczeń zawodowych, takich jak naruszenie reguł konkurencji lub praw własności intelektualnej*."
Realizacja powyższych celów nie będzie możliwa, ani w pełni skuteczna, jeśli zignorowane zostaną zasadnicze dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zasady: zasada równego traktowania wykonawców oraz zasada uczciwej konkurencji.
Zasada równego traktowania wykonawców oraz zasada uczciwej konkurencji są zasadami mocno akcentowanymi w przepisach Dyrektywy 2014/24/UE.
Art. 18 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE stanowi, że: *„instytucje zamawiające zapewniają równe*
i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty
i proporcjonalny. Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców."
Z motywu 1 Dyrektywy 2014/24/UE wynika, że: *„Udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także*
z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. W odniesieniu do zamówień publicznych o wartości powyżej określonej kwoty należy jednak ustanowić przepisy koordynujące krajowe procedury udzielania zamówień
w celu zagwarantowania, że zasady te mają praktyczne zastosowanie, a zamówienia publiczne są otwarte na konkurencję."

Natomiast z motywu 37 Dyrektywy 2014/24/UE wynika obowiązek podjęcia przez państwa członkowskie stosownych środków w celu zapewnienia przestrzegania obowiązków
w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, a stosowne środki powinny mieć zastosowanie zgodnie z podstawowymi zasadami prawa Unii Europejskiej,
w szczególności z myślą o zapewnieniu równego traktowania wykonawców:
„*Z myślą o odpowiednim uwzględnieniu wymogów środowiskowych, społecznych i wymogów dotyczących pracy w procedurach udzielania zamówień publicznych, jest rzeczą szczególnie istotną, by państwa członkowskie i instytucje zamawiające podjęły stosowne środki w celu zapewnienia przestrzegania obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, które mają zastosowanie w miejscu wykonywania robót budowlanych lub świadczenia usług i które wynikają z przepisów ustawowych i wykonawczych, dekretów i decyzji zarówno na szczeblu krajowym, jak i unijnym, a także z układów zbiorowych, pod warunkiem że takie przepisy i ich stosowanie są zgodne z prawem unijnym. Podobnie,*
w trakcie realizacji zamówienia należy stosować się do zobowiązań wynikających z umów międzynarodowych ratyfikowanych przez wszystkie państwa członkowskie i wymienionych
w załączniku XI. W żaden sposób nie powinno to jednak uniemożliwiać stosowania warunków zatrudnienia korzystniejszych dla pracowników. Stosowne środki powinny mieć zastosowanie zgodnie z podstawowymi zasadami prawa Unii, w szczególności z myślą o zapewnieniu równego traktowania. Takie stosowne środki powinny być stosowane zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 96/71/WE 11 oraz w sposób zapewniający równe traktowanie i brak dyskryminacji bezpośredniej czy pośredniej wobec wykonawców
i pracowników z innych państw członkowskich.”.
W motywie 40 Dyrektywy 2014/24 wskazano: „*monitorowanie przestrzegania tych przepisów prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy powinno się odbywać na odpowiednich etapach postępowania o udzielenie zamówienia przy stosowaniu zasad ogólnych regulujących wybór uczestników i udzielenie zamówienia, przy stosowaniu kryteriów wykluczenia i przy stosowaniu przepisów dotyczących rażąco tanich ofert. Niezbędna w tym celu weryfikacja powinna mieć miejsce zgodnie ze stosownymi przepisami niniejszej dyrektywy, w szczególności z przepisami regulującymi środki dowodowe i oświadczenia własne*”.
W zgodzie z zasadą równego traktowania wykonawców oraz zasadą uczciwej konkurencji, jak również ze względu na jego cel, należy interpretować przepis art. 109 ust. 1 pkt 2 lit c ustawy Pzp, wdrażający art. 57 ust. 4 lit. a oraz art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE w polskim porządku prawnym.
Celem wprowadzenia przepisu art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp jest eliminowanie
z postępowania wykonawców naruszających obowiązki związane z prawem ochrony środowiska i prawem pracy, a także zapewnienie, aby środki służące zapewnieniu przestrzegania przez wykonawców tych obowiązków zapewniały również realizację podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych - zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz zasady proporcjonalności.
Wykładnia literalna przepisu art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp prowadzić będzie do następujących wniosków: z postępowania można wykluczyć wykonawcę, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną, przy czym naruszenie ww. obowiązków nastąpiło na terytorium Unii Europejskiej, natomiast nie można wykluczyć z postępowania wykonawcy, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną, przy czym naruszenie ww. obowiązków miało miejsce poza terytorium Unii Europejskiej. Podczas, gdy w innej jednostce redakcyjnej artykułu 109 ust. 2 w lit. a, ustawodawca przewiduje, że wykluczeniu podlega zarówno wykonawca, będący osobą fizyczną skazaną prawomocnie za przestępstwo przeciwko środowisku, o którym mowa w rozdziale XX Kodeksu karnego lub za przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, o którym mowa w rozdziale XXVIII Kodeksu karnego, jak również wykonawca, będący osobą fizyczną skazaną prawomocnie za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego.
Taka wykładnia przepisu art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp pozostaje nie do pogodzenia
z zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadą równego traktowania wykonawców.
W ocenie Izby, interpretacja przepisu art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp może mieć miejsce tylko poprzez pryzmat zasady zachowania uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców.
Wskazać należy, że ustawodawca w art. 109 ust. 1 pkt 2 c ustawy Pzp wskazując na obowiązki wynikające z prawa ochrony środowiska, prawa pracy oraz z przepisów zabezpieczeniu społecznym nie odsyła do konkretnych ustaw, a zatem ustawodawca nie widział potrzeby dodatkowego wskazania, że chodzi o naruszenia obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy oraz z przepisów zabezpieczeniu społecznym lub naruszenia odpowiednich

obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy oraz
z przepisów zabezpieczeniu społecznym, określonych w prawie obcym.
Należy podkreślić, za Odwołującym, że obowiązki wynikające z prawa ochrony środowiska
i prawa pracy, których naruszenia dopuścił się Stecol Corporation zostały wskazane również w krajowych przepisach prawa, np. obowiązek ochrony środowiska przed odpadami uregulowany został w ustawie o odpadach, która przewiduje za powyższe kare pieniężną, obowiązek ochrony środowiska przed hałasem został przewidziany w ustawie Prawo ochrony środowiska, którego naruszenie wiąże się z nałożeniem kary pieniężnej.
Ponadto Izba stwierdziła, że podnoszone przez Przystępującego argumenty dotyczącejednostkowości przypadków naruszeń prawa ochrony środowiska i prawa pracy przez Stecol, ich bagatelności, a także niewielkiej wartości kar w stosunku do wartości oferty Stecol
w Postępowaniu oraz do przychodu Stecol, które miałyby świadczyć o brakuproporcjonalności wykluczenia tego wykonawcy, nie były zasadne. W ocenie Izby, powyższych naruszeń nie można nazywać bardzo drobnymi. Dotyczyły one m.in. obowiązku zapewnienia bezpieczeństwa pracy na terenie budowy, naruszenie powyższego obowiązku spowodowało wypadek śmiertelny (mimo, że o wypadku jest mowa w oświadczeniu podwykonawcy Stecol Corporation z 26 sierpnia 2022 r.), ochrony powietrza i wody w związku z prowadzonymi pracami budowalnymi. Wysokość nałożonych na Stecol kar pieniężnych i ich proporcja do przychodu Spółki pozostaje w świetle art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp bez znaczenia. Tak więc dokument Sprawozdania finansowego Stecol Corporation wskazujący stan finansowy spółki na koniec roku 2022 r. nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.
Izba wskazuje, że ocena, czy wykluczenie wykonawcy byłoby w danym przypadku oczywiście nieproporcjonalne, musi zostać dokonana również w odniesieniu do zasad ogólnych wskazanych w art. 16 i 17 ustawy Pzp. W ocenie Izby, wskazane powyżej okoliczności
w świetle zasady równego traktowania i zachowania uczciwej konkurencji
Wydanie przez chińskie organy administracji ostatecznych decyzji administracyjnych
o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska oraz prawa pracy
i nałożenie na Stecol Corporation kar pieniężnych odniosło skutek wobec Konsorcjum Intercor, które w ocenie Izby podlegało wykluczeniu, na podstawie art. 109 ust.
1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, a w konsekwencji, z mocy art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp, oferta Konsorcjum podlegała odrzuceniu.
Wobec powyższego, zarzut nr 1 odwołania okazał się zasadny.
W odniesienie do zarzutu nr 2:
Izba uznała za uzasadniony również zarzut nr 2 odwołania.
Izba stwierdziła, że Stecol Corporation zataiła informacje o nałożeniu przez chińskie organy administracji na tę spółkę kary pieniężne za naruszenie obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska oraz prawa pracy w 11 przypadkach, które były wymagane do weryfikacji braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z Postępowania. Stecol Corporation dwukrotnie
w formularzu JEDZ, w odpowiedzi na pytanie, czy wykonawca wedle własnej wiedzy naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa ochrony środowiska oświadczyła, że nie naruszyła takich obowiązków, jak również, że nie naruszyła obowiązków wynikających z prawa pracy. Następnie w oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w JEDZ z 8 lutego 2023 r. Stecol Corporation potwierdziła, że informacje zawarte w jej oświadczeniach są aktualne i zgodne
z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji.
Stecol Corporation dokonał samodzielnej oceny istnienia przesłanek do jej ewentualnego wykluczenia z postępowania, stwierdzając, że w związku z tym, że kary pieniężne to
w rzeczywistości mandaty, nałożone przez chińskie organy administracyjne, nie ma podstaw do wskazywania takich informacji w JEDZ. Jednakże, Izba stwierdza, że w świetle przedstawionych w postępowaniu odwoławczym dowodów w uzasadnieniu zarzutu nr 1, było to stanowisko niezasadne. A wobec powyższego, nieujawnienie informacji dotyczących nałożonych na Stecol Corporation kar pieniężnych, które powinny podlegać ocenie Zamawiającego pod kątem wykluczenia wykonawcy było działaniem o charakterze co najmniej rażącego niedbalstwa.
Rażące niedbalstwo jest jedną z postaci winy nieumyślnej. Przez niedbalstwo, zgodnie
z doktryną prawa cywilnego, należy rozumieć zachowanie sprawcy, który podejmując decyzję co do przyszłego postępowania, nie zdaje sobie sprawy z tego, że może ono być bezprawne. Miernikiem oceny przewidywania sprawcy co do prawidłowości lub nieprawidłowości działania w przypadku zamówień publicznych powinno być zachowanie należytej staranności ustalanej z uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności prowadzonej przez wykonawcę" (M. Stachowiak (w:) W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kiliel, M, Stachowiak, Prawo zamówień publicznych Komentarz, Warszawa 2021, art. 109).

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Krakowie wyrażonym w wyroku z 8 marca 2017 r., sygn. akt II Ga 1019/16 (niepubl.): „(...) *Ocena działania i zaniechania podmiotu odpowiedzialnego wymaga odniesienia do modelu starannego działania, który kształtowany jest przez przepisy prawa, zasady współżycia społecznego, zwyczaje, zasady wykonywania zawodu. Niedbalstwem profesjonalisty będzie nie tylko niedołożenie należytej staranności ale także brak wiedzy, niezręczność, nieuwaga jeżeli nie powinny zaistnieć*".

W ocenie Izby, rażące niedbalstwo Stecol Corporation, związane z nieujawnieniem
informacji o naruszeniu przez spółkę obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska oraz z prawa pracy na skutek błędnego uznania, że te informacje nie podlegają ujawnieniu,
z uwagi na to, że naruszenia obowiązków wynikających z prawa pracy i prawa ochrony środowiska miały miejsce w Chinach.

Stecol Corporation miał świadomość, że zostały na nią nałożone kary pieniężne
w decyzjach administracyjnych, co wynika z oświadczeń jego podwykonawców i potwierdza wykaz kar administracyjnych nałożonych na Stecol Corporation oraz szczegółowych informacji dotyczących wybranych decyzji, przedstawionych przez Odwołującego. Stecol Corporation na skutek rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu w JEDZ informacji, że nie podlega on wykluczeniu wywołując u Zamawiającego mylne wyobrażenie
o tej okoliczności.

Stecol Corporation, nie informując Zamawiającego o fakcie naruszenia przez siebie obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska oraz z prawa pracy, uniemożliwił Zamawiającemu zbadanie i ocenę, czy ten wykonawca podlega wykluczeniu z Postępowania.

Stecol Corporation wywołał u Zamawiającego mylne przekonanie, że ten wykonawca nie podlega wykluczeniu z Postępowania. Wywołanie u Zamawiającego mylnego przekonania
o niepodleganiu wykluczeniu z Postępowania miało wpływ na wynik Postępowania, czego wyrazem była decyzja Zamawiającego o wyborze oferty Konsorcjum Intercor jako najkorzystniejszej.

Izba stwierdza, że oświadczenie złożone przez Stecol Corporation w JEDZ jest sprzeczne
z rzeczywistym stanem rzeczy, ponieważ Stecol Corporation naruszył obowiązki wynikające
z prawa ochrony środowiska oraz z prawa pracy, co zostało stwierdzone w ostatecznych decyzjach administracyjnych wydanych przez chińskie organy administracji. Stecol wskazując w formularzu JEDZ odpowiedź negatywną zaprzeczył, że takie naruszenia miały miejsce.

Izba wskazuje, że dokument jest bez wątpienia dokumentem kategorycznym z uwagi na wagę składanych w nim oświadczeń. Jeśli wykonawca zaznacza w dokumencie JEDZodpowiedź „nie", to uniemożliwia zamawiającemu dokonanie oceny, czy wykonawca daje rękojmię prawidłowego wykonania umowy, mimo, że zaistniała sytuacja, której dotyczy odpowiedź
w formularzu JEDZ i staje się niejako „sędzią we własnej sprawie".

W ocenie Izby, Stecol Corporation powinien wskazać w formularzu JEDZ w odpowiedniej rubryce odpowiedź tak, zarówno w odniesieniu do informacji o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, z prawa pracy oraz powinien wskazać odpowiednią rubrykę dotyczącą aktualności oświadczeń w zakresie braku podstaw do wykluczenia z Postępowania.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, ziściły się przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, stanowiące podstawę do wykluczenia Stecol Corporation, a w konsekwencji Konsorcjum Intercor z Postępowania i odrzucenia oferty Konsorcjum Intercor, na podstawie art. 226 ust.
1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp.

W takim przypadku ziszczenia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, nie stosuje się art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, który przewiduje możliwość odstąpienia od wykluczenia , jeżeli wykluczenie byłoby w oczywisty sposób nieproporcjonalne. W świetle wskazanych powyższej okoliczności, Izba uznała, że zarzut nr 2 był uzasadniony.

<u>W odniesieniu do zarzutu nr 3 odwołania:</u>

Izba wskazuje, że zarzut numer 3 odwołania - naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechania odrzucenia oferty Intercor-Stecol w sytuacji, gdy wykonawca ten, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd w zakresie odnoszącym się do podstaw wykluczenia Stecol z Postępowania w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 2 lit c ustawy Pzp,co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu
o udzielenie zamówienia został sformułowany jako zarzut ewentualny, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 2 odwołania. Wobec uwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 2, zarzut nr 3 odwołania nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

Nadto, Izba wskazuje, że działanie wykonawcy w warunkach rażącego niedbalstwa konsumuje wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, łagodniejsze formy podmiotowe działania wykonawcy, tj. niedbalstwo oraz lekkomyślność.

W odniesieniu do zarzutu 4 i 5 odwołania:

W dniu 29 listopada 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień istotnej części składowej ceny, w zakresie wyceny branży SRK, w tym do złożenia dowodów
w zakresie kalkulacji elementów oferty mających wpływ na wysokość wyliczenia ceny branży SRK (np. zysk, wysokość wynagrodzenia, wybrane rozwiązania techniczne, itp.).

W wyznaczonym terminie, tj. 14 grudnia 2022 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, załączając do nich kosztorys, który zawierał uszczegółowienie zakresu pozycji Rozbicia Ceny Ofertowej Części B.1 Urządzenia automatyki kolejowej (SRK), wyjaśniania w odniesieniu do kosztów pracowniczych oraz ofertę podwykonawcy na realizację prawa opcji nr 1 i nr 2.

W dniu 5 stycznia 2023 r. Odwołujący przesłał do Zamawiającego pismo, w którym wskazał, że na skutek błędu w kosztorysie złożonym wraz z pismem z 14 grudnia 2022 r. pojawiły się ceny wyższe niż te, które Odwołujący wskazał w ofercie i złożył kolejne wyjaśnienia z nowym kosztorysem.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał, że w wyniku analizy wskazanych wyjaśnień Odwołującego, Zamawiający uznał, że przedmiotowe wyjaśnienia nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny w zakresie części dot. SRK. Wyjaśnienia nie uzasadniały zaoferowanej ceny za wykonanie branży SRK i nie potwierdzały, że Wykonawca uwzględnił w niej wszystkie koszty związane z jej wykonaniem, w tym koszty związane z powierzeniem wykonania części prac podmiotom udostępniającym zasoby. Zgodnie z przedstawionym przez Wykonawcę Budimex S.A. załącznikiem nr 1 do przedstawionych wyjaśnień tj. Rozbicie kosztów z zakresu branży SRK, całkowita wartość Części B.1 Urządzenia automatyki kolejowej (SRK) w ofercie tego Wykonawcy została porównana do wartości składników oferty po przeliczeniach dokonanych przez Zamawiającego w związku z przeprowadzeniem aukcji elektronicznej.

Kwota wskazana w załączniku do wyjaśnień Wykonawcy Budimex S.A. była wyższa od wartości wyliczonej przez Zamawiającego. Z tego powodu kalkulacja Wykonawcy nie mogła stanowić dowodu na prawidłowe wyliczenie ceny zaoferowanej przez tego Wykonawcę
w zakresie branży SRK. Przedstawione wyliczenie nie wskazywało, że zaoferowana w toku aukcji cena jest realna i Wykonawca może w oparciu o nią prawidłowo zrealizować zamówienie. Wręcz przeciwnie, jeżeli kalkulacja Wykonawcy wskazywała na wyższą kwotę niż rzeczywiście zaoferowana, to wątpliwość dotyczyła tego, czy cena zaoferowana w trakcie aukcji elektronicznej nie jest zaniżona.

W sytuacji, gdy wartości kalkulacji Odwołującego w zakresie składnika oferty – branży SRK, przekazanej wraz z wyjaśnieniami były rozbieżne z wartościami wskazanymi jako ostateczna wartość tego składnika oferty, w ocenie Izby, Zamawiający mógł stwierdzić nierealność ceny w zakresie branży SRK oraz brak objęcia ceną wszystkich elementów niezbędnych
do należytego wykonania branży SRK, pomimo takiej deklaracji Odwołującego.

Izba wskazuje, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w przypadku skierowania do niego przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień istotnej części składowej ceny. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia powinny poparte być odpowiednimi dowodami.

Odwołujący pierwotnie w złożonych wyjaśnieniach wskazywał, że w kalkulacji załączonej do wyjaśnień z dnia 14 grudnia 2022 r. w zaoferowanej przez niego cenie zostały uwzględnione wszystkie elementy niezbędne do należytego wykonania zamówienia. Jednak na skutek błędu w kalkulacji różnica pomiędzy ceną wskazaną w kalkulacji Odwołującego, przekazanej wraz
z wyjaśnieniami z 14 grudnia 2022 r. przez Odwołującego oraz kwotą, która wynikała
z postąpień Odwołującego w toku aukcji wynosiła kilkanaście milionów.

Izba wskazuje, że ocena wyjaśnień i kalkulacji Odwołującego dotyczącej branży SRK dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa. Wobec tego, że kalkulacja zawierała inne wartości niż kwota wynikająca z postąpień w toku aukcji, nie mogła ona stanowić dowodu na prawidłowe wyliczenie ceny w zakresie branży SRK oraz na to, że zaoferowana w toku aukcji cena jest realna (nie jest zaniżona) i że w oparciu o tę cenę Odwołujący może prawidłowo zrealizować zamówienie. Wykonawca, do którego skierowano wezwanie do wyjaśnienia ceny powinien złożyć konkretne i wyczerpujące wyjaśnienia oraz przedstawiając odpowiednie dowody w celu obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie przedstawił
w postaci ofert podmiotów, na których zasoby w zakresie realizacji branży SRK się powoływał. Izba stwierdził, że wycena podmiotów udostępniających zasoby była w tym przypadku o tyle uzasadniona, że to podmioty udostępniające Odwołującemu zasoby miały wykonać część zadań związanych z branżą SRK.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, w ocenie Izby, dokumenty dotyczące kwestii wyliczenia współczynnika upustu

w złożonej przez Odwołującego ofercie oraz wyjaśnień, do których przedstawienia Odwołujący został zobowiązany, przedstawione przez Odwołującego w trakcie rozprawy, nie mogły stanowić dowodu na fakt, że kalkulacja Odwołującego uzasadniała oferowaną przez niego cenę, ponieważ sama kalkulacja zawierała inne wartości
w odniesieniu do ceny branży SRK, niż oferowane przez Odwołującego po postąpieniu
w aukcji elektronicznej.
W ocenie Izby, Odwołujący nie był uprawniony do formułowania zarzutu, że cena branży SRK nie stanowi istotnej części składowej ceny ofert, a Zamawiający powinien wykazać, w jaki sposób „istotna część składowa" ceny oferty rzutuje na cenę globalną, dopiero na etapie odwołania. Powyższy zarzut Izba oceniła jako spóźniony. Zarzut nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę, a Odwołujący był wezwaniem związany. Poza powyższym Izba wskazuje, że jak słusznie podnieśli uczestnicy postępowania, o „istotności" części składowej ceny lub kosztu nie przesądza jedynie procentowy udział wartości tej części (branży SRK)
w całości prac. Na uwadze należy mieć „istotność" części składowej dla całego przedmiotu Postępowania. O tym, że branża SRK jest istotna dla całego przedmiotu Postępowania, świadczy już chociażby nazwa Postępowania: „Realizacja robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych, systemu dynamicznej informacji podróżnych na odcinku Katowice Szopienice Płd. – Katowice – Katowice Piotrowice w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, Etap I: Linia E65 na odcinku Będzin – Katowice Szopienice Płd. – Katowice – Katowice Piotrowice.", ale również rozległy zakres prac, jakie przewidział Zamawiający w związku
z branżą SRK.
Izba wskazuje również, że wykonawca nie może zasłaniać się zbyt ogólnym wezwaniem do wyjaśnień ceny i złożyć wyjaśnień niepełnych, niekonkretnych, które nie zawierają dowodów uzasadniających przyjętą przez niego ceny. Odwołujący wskazywał, że w zasadzie nie wiedział, czego oczekuje od niego Zamawiający. W ocenie Izby, pismo Zamawiającego
z 29 listopada 2022 r. - wezwanie do złożenia wyjaśnień ceny oferty w zakresie branży SRK nie mogło budzić żadnych wątpliwości. Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień istotnej części składowej ceny - w zakresie wyceny branży SRK, w tym złożenie dowodów w zakresie kalkulacji elementów oferty mających wpływ na wysokość wyliczenia ceny branży SRK (np. zysk, wysokość wynagrodzenia, wybrane rozwiązania techniczne, itp.), mając na uwadze, że ceny ukształtowane zostały poprzez dwukrotnie odbyte aukcje.
Zamawiający nie tylko wskazał, jakie składniki oferty powinny być wyjaśnione, ale także zwrócił uwagę Odwołującemu, że należy mieć na względzie, że ceny ukształtowane zostały poprzez dwukrotnie odbyte aukcje.
W ocenie Izby również uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego zawarte
w Zawiadomieniu o odrzuconych ofertach, spełnia wymagania określone w artykule 253 ust.
1 ustawy Pzp, posiada wyjaśnienie, dlaczego Zamawiający uznał, że Odwołujący nie obaliłdomniemania rażąco niskiej ceny oferty. Zamawiający wskazał: „(…)*w przedmiotowej sytuacji zachodzi rozbieżność pomiędzy ceną wskazaną w kalkulacji Wykonawcy Budimex S.A. przekazanej wraz z wyjaśnieniami oraz kwotą wyliczoną przez Zamawiającego jako ostateczna wartość składnika oferty – branży SRK. Kalkulacja przedstawiona przez Wykonawcę budzi daleko idące wątpliwości co do realności ceny w zakresie branży SRK wynikającej z przeprowadzonej aukcji. Ocena wyjaśnień Wykonawcy Budimex S.A. pod kątem obalenia domniemania rażąco niskiej ceny zaoferowanej za wykonanie branży SRK musi być przeprowadzona przede wszystkim z uwzględnieniem przedstawionej kalkulacji. Ta natomiast nie uzasadnia wartości ustalonej po przeliczeniach ceny zaproponowanej przez Wykonawcę w czasie aukcji*."
Wbrew stanowisku Odwołującego, Zamawiający nie uprawniony do dokonania oceny wyjaśnień, w tym kalkulacji przedstawionej przez Odwołującego w zakresie ceny składnika oferty – branży SRK na podstawie nowego dokumentu, złożonego przez Odwołującego samodzielnie, w ramach „autokorekty" bez uprzedniego wezwania Zamawiającego.
W ocenie Izby składanie samodzielnie przez wykonawcę nowych wyjaśnień dotyczących ceny nie jest możliwe. Przedstawienie nowych dokumentów jest możliwe w sytuacji, gdy nie są to dokumenty podlegające ocenie Zamawiającego, np. dokumenty pochodzące z odpowiednich rejestrów. Wobec powyższego, Zamawiający nie mógł zaakceptować nowych wyjaśnień Odwołującego i dokonać ich oceny.
Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie był również uprawniony do ponownego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.
Co do zasady, wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty następuje jednokrotnie. Ponowne wezwanie jest możliwe tylko w wypadku, gdy wykonawca już za pierwszym razem złożył konkretne i spójne wyjaśnienia, które tylko w niektórych aspektach wymagają doprecyzowania czy uzupełniania. A takimi wyjaśnieniami nie były wyjaśnienia pierwotnie przedstawione przez
Odwołującego. Kalkulacja w zakresie wyceny branży SRK, złożona przez Odwołującego wraz z pismem z 5 stycznia

2023 r. była już nową kalkulacją i zawierała nowe wartości. W takim wypadku doprecyzowanie czy uzupełnienie wyjaśnień nie było możliwe, ponieważ mogłoby dojść do niedopuszczalnej zmiany treści pierwotnie złożonych wyjaśnień, a nie ich do ich uzupełnienia lub wyjaśnienia.

Jeśli wskazana przez Odwołującego kalkulacja w zakresie wyceny branży SRK nie uzasadniała przyjętej przez niego ceny, to Zamawiający nie miał obowiązku domagania się dalszych wyjaśnień, ponieważ takie działanie naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji
i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby, Zamawiający nie był także uprawniony do poprawienia wartości kalkulacji jako oczywistej omyłki rachunkowej, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp. Kalkulacja Odwołującego była obarczona błędem, który nie był oczywistą omyłką rachunkową.

Oczywistą omyłką rachunkową jest omyłka wynikająca z błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu i błąd ten można poprawić wyłącznie
w jeden sposób, niebudzący żadnych wątpliwości. Należy przyjąć, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty nie tylko wtedy, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka. Te cechę można przypisać wyłącznie omyłkom dotyczącym prostych działań na małych liczbach. Dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzenia obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jednoznacznego stwierdzenia, por. Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza. Urząd Zamówień Publicznych. Warszawa, 2023 r., s. 713.

Jak słusznie wskazał Zamawiający, nie wiedział, w jaki sposób miałby poprawić kalkulację ceny branży SRK przedstawioną przez Odwołującego, ponieważ nie tylko nie wiedział, że kalkulacja jest obarczona błędem (przed otrzymaniem pisma Odwołującego z 5 stycznia 2023 r.), ale również nie był w stanie poprawić kalkulacji w sposób, który odpowiadałby intencji Odwołującego. Omyłka nie wynikała z błędnych działań matematycznych, tylko przyjętych
w kalkulacjach błędnych założeń.

Biorąc pod uwagę wskazane powyżej okoliczności, zarzut 4 oraz 5 odwołania podlegały oddaleniu.

O kosztach postępowania Izba orzekła, na podstawie, na podstawie art. 557 oraz art. 574,
art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 5 pkt 2b) 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. 2020 r. poz. 2437).

Kosztami postępowania odwoławczego, stosowanie do wyniku postępowania odwoławczego, w sprawie:

1. KIO 2572/23 został obciążony Odwołujący,

2.KIO 2574/23 zostali obciążeni po połowie Odwołujący oraz Przystępujący, który wniósł sprzeciw.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....

Członkowie: ……

……