

WYROK

Warszawa, dnia 28 maja 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski
Beata Pakulska-Banach
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej A. w dniu 22 kwietnia 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach (sygn. akt: KIO 1532/25),

B. w dniu 22 kwietnia 2025 r. przez wykonawcę Gülermak S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 1570/25) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy udziale uczestników po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1532/25:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, PORR Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu,

B. wykonawcy Gülermak S.A. z siedzibą w Warszawie,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, DOĞUŞ İNŞAAT VE TİCARET A.Ş. z siedzibą w Stambule

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1570/25:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, PORR Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, DOĞUŞ İNŞAAT VE TİCARET A.Ş. z siedzibą w Stambule

orzeka:

w sprawie o sygn. akt KIO 1532/25:

oddala odwołanie,

kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu, MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu, MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu, MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu, MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach na rzecz zamawiającego Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

w sprawie o sygn. akt KIO 1570/25:

zamraża postępowanie odwoławcze w zakresie: zarzutu nr 2 lit. b) w części dotyczącej punktacji przyznanej wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, PORR Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu i zarzutu nr 2 lit. c) z uwagi na ich wycofanie,

w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

kosztami postępowania obciąża wykonawcę Gülermak S.A. z siedzibą w Warszawie i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Gülermak S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Gülermak S.A. z siedzibą w Warszawie

tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

zasądza od wykonawcy Gülermak S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

.....

.....

Sygn. akt:KIO 1532/25

KIO 1570/25

UZASADNIENIE

Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa tunelu dalekobieżnego w Łodzi w ciągu linii kolejowej nr 85, od komory „Retkinia” do komory „Fabryczna” wraz z infrastrukturą niezbędną do budowy oraz funkcjonowania tunelu, komór i linii kolejowej” (znak postępowania: FZA.2510.12.2024/IG/24). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 lipca 2024 r. pod numerem 454263-2024 (Dz.U. S: 146/2024).

KIO 1532/25

W dniu 22 kwietnia 2025 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w przedmiotowym postępowaniu złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach (dalej: „Odwołujący I” lub „TORPOL-MIRBUD”).

Odwołanie złożono od:

- 1)** czynności wyboru przez Zamawiającego oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie i PORR Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu (dalej „PORR”), jako najkorzystniejszej;
- 2)** zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty PORR na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp pomimo tego, że PORR Bau GmbH dopuścił się 1362 przypadków udziału w zawarciu z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji stwierdzonych wydanym w dniu 12 lutego 2022 r. wyrokiem Austriackiego Sądu Kartelowego (dalej „ASK”) opublikowanym w dniu 25 lipca 2022 r. stwierdzającego, że PORR Bau GmbH brał udział w zawarciu 1362 przypadkach umów mających na celu zakłócenie konkurencji, czego skutkiem było ukaranie PORR Bau GmbH karą w wysokości ponad 62 mln euro, co wyczerpuje wszystkie przesłanki podstawy wykluczenia opisanej w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp i do czego przyznał się PORR Bau GmbH w Jednolitym Europejskim Dokumentie Zamówienia (dalej „JEDZ POR Bau”), przy czym PORR Bau GmbH nie udowodniło Zamawiającemu, że spełniło przesłanki pozwalające na uznanie, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu w świetle wymagań art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, a Zamawiający nie miał podstaw w świetle art. 110 ust. 3 ustawy Pzp do uznania PORR Bau GmbH za rzetelnego wykonawcę, w szczególności uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu PORR Bau GmbH;
- 3)** zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Gülermak S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Gülermak” lub „Odwołujący II”) oraz przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie i DOGUS INSAAT VE TICARET A.S. z siedzibą w Stambule (dalej „Konsorcjum NDI-DOGUS”) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 43 i 45 ust. 1 Dyrektywy 2014/25/UE i art. 132 ustawy Pzp jako oferty niezgodnej z przepisami ustawy lub na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp jako sprzecznej z warunkami zamówienia lub na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 9) ustawy Pzp jako ofertę złożoną przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert;
- 4)** zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Konsorcjum NDI-DOGUS na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp z uwagi na to, że oferta Konsorcjum NDI-DOGUS została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „uznk”) w zakresie, w jakim Konsorcjum NDI-DOGUS w celu uzyskania dodatkowych 2 punktów w ramach określonego w Rozdziale XIX ust. 7.2 SWZ kryterium oceny ofert wskazało w Załączniku nr 14 na stanowisko Kierownika Budowy osobę pana E.C. i w pkt. 2 jego doświadczenia, że w okresie styczeń 2010 r. do sierpień 2012 r. pełnił funkcję Kierownika Budowy przy realizacji roboty budowlanej „Linia Metra 2 Warszawa/Polska”, podczas gdy w rzeczywistości p. E.C. nie pełnił funkcji kierownika budowy na wskazanej inwestycji, co jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i narusza interes

Odwołującego I,

5) czynności Zamawiającego polegającej na ocenie oferty złożonej przez Konsorcjum NDI-DOGUS niezgodnie z kryterium oceny ofert określonymi w Rozdziale XIX ust. 7.2, 7.3 i 7.4 SWZ i w konsekwencji przyznanie temu wykonawcy 26 punktów w kryterium Kwalifikacje personelu, łącznie 84,48 punktów w kryteriach oceny ofert, podczas gdy Konsorcjum NDI-DOGUS wykazało doświadczenie osób, które nie spełniają wymagań odpowiednio określonych w Rozdziale VI ust. 4.2.2) lit c), ust. 4.2.3 lit c) i 4.2.14) lit c) SWZ, a zatem Zamawiający winien był przyznać Konsorcjum NDI-DOGUS 10 punktów w kryterium Kwalifikacje personelu, łącznie 68,48 punktów we wszystkich kryteriach oceny ofert, ewentualnie od czynności przyznania Konsorcjum NDI-DOGUS 4 punktów w ramach określonego w Rozdziale XIX ust. 7.2 SWZ kryterium oceny ofert, podczas gdy Konsorcjum NDI-DOGUS wskazało w Załączniku nr 14 na stanowisko Kierownika Budowy osobę pana E.C. i w pkt. 2 jego doświadczenia, że w okresie styczeń 2010 r. do sierpień 2012 r. pełnił funkcję Kierownika Budowy przy realizacji roboty budowlanej „Linia Metra 2 Warszawa/Polska”, podczas gdy w rzeczywistości p. E.C. nie pełnił funkcji kierownika budowy na wskazanej inwestycji, a zatem Zamawiający winien przyznać w tym kryterium Konsorcjum NDI-DOGUS 2 punkty oraz czynności przyznania Konsorcjum NDI-DOGUS punktów w kryterium określonym w Rozdziale XIX ust. 7.4 SWZ kryterium oceny ofert, podczas gdy Konsorcjum NDI-DOGUS wskazało w Załączniku nr 14 na stanowisko Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej osobę pana S.S. i w pkt. 2 jego doświadczenia, że w okresie lipiec 2016 r. do czerwiec 2019 r. pełnił funkcję Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej przy realizacji roboty budowlanej „Projekt rozbudowy metra w Sofii linia 3 part 4/Bulgaria”, podczas gdy w rzeczywistości p. S.S. nie pełnił funkcji kierownika robót w specjalności inżynierskiej mostowej na wskazanej inwestycji, a zatem Zamawiający winien przyznać w tym kryterium Konsorcjum NDI-DOGUS 4 punkty w tym kryterium, łącznie 22 punkty w kryterium Kwalifikacje personelu, i 80,48 punktów we wszystkich kryteriach oceny ofert;

6) czynności Zamawiającego polegającej na ocenie oferty złożonej przez Gulermak niezgodnie z kryterium oceny ofert określonymi w Rozdziale XIX ust. 7.2 i 7.4 SWZ i w konsekwencji przyznanie temu wykonawcy 28 punktów w kryterium Kwalifikacje personelu, łącznie 86,75 punktów w kryteriach oceny ofert, podczas gdy Gulermak wykazało doświadczenie pozwalające na uzyskanie 2 punktów w kryterium określonym w Rozdziale XIX ust. 7.2 i 2, ewentualnie 4 punktów w kryterium określonym w Rozdziale XIX ust. 7.4 tj. łącznie o 8 ewentualnie 6 punktów mniej w tych kryteriach, a zatem Zamawiający winien był przyznać Gulermak 20 ewentualnie 22 punkty w kryterium Kwalifikacje personelu tj. o 8 ewentualnie 6 punktów mniej, łącznie 78,75 ewentualnie 80,75 punktów we wszystkich kryteriach oceny ofert;

7) czynności Zamawiającego polegającej na ocenie oferty złożonej przez Odwołującego I niezgodnie z kryterium oceny ofert określonymi w Rozdziale XIX ust. 7.4 SWZ i w konsekwencji przyznanie temu wykonawcy 28 punktów w kryterium Kwalifikacje personelu, łącznie 82,20 punktów w kryteriach oceny ofert, podczas gdy Odwołujący I wykazał doświadczenie osoby p. P.G., które spełnia wymagania dla uzyskania maksymalnej liczby 6 punktów w tym kryterium, a zatem Zamawiający winien był przyznać Odwołującemu I 30 punktów w kryterium Kwalifikacje personelu, łącznie 84,20 punkty we wszystkich kryteriach oceny ofert, ewentualnie zaniechania czynności wezwania Odwołującego I w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień w zakresie metody realizacji robót tj. górniczą lub tarczą (pełnoprzekrojową);

8) zaniechania przez Zamawiającego czynności zwrócenia się do PORR w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia - wskazanych w uzasadnieniu odwołania - istotnych części składowych zaoferowanej przez PORR ceny.

Odwołujący I zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty PORR pomimo tego, że PORR Bau GmbH dopuścił się 1362 przypadków udziału w zawarciu z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji stwierdzonych wydanym w dniu 12 lutego 2022 r. wyrokiem ASK opublikowanym w dniu 25 lipca 2022 r. stwierdzającym, że PORR Bau GmbH brał udział w zawarciu 1362 przypadkach umów mających na celu zakłócenie konkurencji, czego skutkiem było ukaranie PORR Bau GmbH karą w wysokości ponad 62 mln euro, co wyczerpuje wszystkie przesłanki podstawy wykluczenia opisanej w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp i do czego przyznał się PORR Bau GmbH w JEDZ PORR Bau, przez czym PORR Bau GmbH nie udowodniło Zamawiającemu, że spełniło przesłanki pozwalające na uznanie, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu w świetle wymagań art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, a Zamawiający nie miał podstaw w świetle art. 110 ust. 3 ustawy Pzp do uznania PORR Bau GmbH za rzetelnego wykonawcę, w szczególności uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu PORR Bau GmbH;

2) art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 43 i 45 ust. 1 Dyrektywy 2014/25/UE i art. 132 ustawy lub art. 226 ust. 1 pkt 5) lub 9) ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Gulermak oraz Konsorcjum NDI-DOGUS jako oferty niezgodnej z przepisami ustawy lub jako sprzecznej z warunkami zamówienia lub jako ofertę złożoną przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert;

3)art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Konsorcjum NDI-DOGUS z uwagi na to, że oferta Konsorcjum NDI-DOGUS została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk w zakresie, w jakim Konsorcjum NDI-DOGUS w celu uzyskania dodatkowych 2 punktów w ramach określonego w Rozdziale XIX ust. 7.2 SWZ kryterium oceny ofert wskazało w Załączniku nr 14 na stanowisko Kierownika Budowy osobę pana E.C. i w pkt. 2 jego doświadczenia, że w okresie styczeń 2010 r. do sierpień 2012 r. pełnił funkcję Kierownika Budowy przy realizacji roboty budowlanej „Linia Metra 2 Warszawa/Polska”, podczas gdy w rzeczywistości p. E.C. nie pełnił funkcji kierownika budowy na wskazanej inwestycji, co jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i narusza interes Odwołującego;

4)art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez Konsorcjum NDI-DOGUS niezgodnie z kryterium oceny ofert określonymi w Rozdziale XIX ust. 7.2, 7.3 i 7.4 SWZ i w konsekwencji przyznanie temu wykonawcy 26 punktów w kryterium Kwalifikacje personelu, łącznie 84,48 punkty w kryteriach oceny ofert, podczas gdy Konsorcjum NDI-DOGUS wykazało doświadczenie osób, które nie spełniają wymagań odpowiednio określonych w Rozdziale VI ust. 4.2.2) lit c), ust. 4.2.3 lit c) i 4.2.4) lit c) SWZ, a zatem Zamawiający winien był przyznać Konsorcjum NDI-DOGUS 10 punktów w kryterium Kwalifikacje personelu, łącznie 68,48 punktów we wszystkich kryteriach oceny ofert

ewentualnie poprzez przyznanie Konsorcjum NDI-DOGUS 4 punktów w ramach określonego w Rozdziale XIX ust. 7.2 SWZ kryterium oceny ofert, podczas gdy Konsorcjum NDI-DOGUS wskazało w Załączniku nr 14 na stanowisko Kierownika Budowy osobę pana E.C. i w pkt. 2 jego doświadczenia, że w okresie styczeń 2010 r. do sierpień 2012 r. pełnił funkcję Kierownika Budowy przy realizacji roboty budowlanej „Linia Metra 2 Warszawa/Polska”, podczas gdy w rzeczywistości p. E.C. nie pełnił funkcji kierownika budowy na wskazanej inwestycji, a zatem Zamawiający winien przyznać w tym kryterium Konsorcjum NDI-DOGUS 2 punkty oraz poprzez przyznanie Konsorcjum NDI-DOGUS punktów w kryterium określonym Rozdziale XIX ust. 7.4 SWZ kryterium oceny ofert, podczas gdy Konsorcjum NDI-DOGUS wskazało w Załączniku nr 14 na stanowisko Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej osobę pana S.S. i w pkt. 2 jego doświadczenia, że w okresie lipiec 2016 r. do czerwiec 2019 r. pełnił funkcję Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej przy realizacji roboty budowlanej „Projekt rozbudowy metra w Sofii linia 3 part 4/Bulgaria”, podczas gdy w rzeczywistości p. S.S. nie pełnił funkcji kierownika robót w specjalności inżynierskiej mostowej na wskazanej inwestycji, a zatem Zamawiający winien przyznać w tym kryterium Konsorcjum NDI-DOGUS 4 punkty w tym kryterium, łącznie 22 punkty w kryterium Kwalifikacje personelu, i 80,48 punktów we wszystkich kryteriach oceny ofert;

5)art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez Gulermak niezgodnie z kryterium oceny ofert określonymi w Rozdziale XIX ust. 7.2 i 7.4 SWZ i w konsekwencji przyznanie temu wykonawcy 28 punktów w kryterium Kwalifikacje personelu, łącznie 86,75 punktów w kryteriach oceny ofert, podczas gdy Gulermak wykazało doświadczenie pozwalające na uzyskanie 2 punktów w kryterium określonym w Rozdziale XIX ust. 7.2 i 2 ewentualnie 4 punktów w kryterium określonym w Rozdziale XIX ust. 7.4 tj. łącznie o 8 ewentualnie 6 punktów mniej w tych kryteriach, a zatem Zamawiający winien był przyznać Gulermak 20 ewentualnie 22 punktów w kryterium Kwalifikacje personelu tj. o 8 ewentualnie 6 punktów mniej, łącznie 78,75 ewentualnie 80,75 punktów we wszystkich kryteriach oceny ofert;

6)art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez Odwołującego I niezgodnie z kryterium oceny ofert określonymi w Rozdziale XIX ust. 7.4 SWZ i w konsekwencji przyznanie temu wykonawcy 28 punktów w kryterium Kwalifikacje personelu, łącznie 82,20 punktów w kryteriach oceny ofert, podczas gdy Odwołujący I wykazał doświadczenie osoby p. P.G., które spełnia wymagania dla uzyskania maksymalnej liczby 6 punktów w tym kryterium, a zatem Zamawiający winien był przyznać Odwołującemu I 30 punktów w kryterium Kwalifikacje personelu, łącznie 84,20 punktów we wszystkich kryteriach oceny ofert, ewentualnie naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Odwołującego I do udzielenia wyjaśnień w zakresie metody realizacji robót tj. górniczą lub tarczą (pełnoprzekrojową);

7)art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności zwrócenia się do PORR o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia - wskazanych w uzasadnieniu odwołania istotnych części składowych zaoferowanej przez PORR ceny.

Odwołujący I wniósł o uwzględnienie niniejszego Odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienie czynności wyboru oferty PORR, jako najkorzystniejszej;**
- 2)odrzućenie oferty PORR na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp;**
- 3)odrzućenie ofert Konsorcjum NDI-DOGUS oraz Gulermak na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 43 i 45 ust. 1 Dyrektywy 2014/25/UE i art. 132 ustawy Pzp lub art. 226 ust. 1 pkt 5) lub 9) ustawy Pzp;**

- 4) odrzucenie oferty Konsorcjum NDI-DOGUS na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk;
- 5) unieważnienie czynności przyznania Konsorcjum NDI-DOGUS 26 punktów w kryterium Kwalifikacje personelu, łącznie 84,48 punktów i przyznanie Konsorcjum NDI-DOGUS 10 punktów w kryterium Kwalifikacje personelu, łącznie 68,48 punktów w kryteriach oceny ofert, ewentualnie 22 punktów w kryterium Kwalifikacje personelu i łącznie 80,48 punktów;
- 6) unieważnienie czynności przyznania Gulermak 28 punktów w kryterium Kwalifikacje personelu i przyznanie Gulermak 20 ewentualnie 22 punktów w tym kryterium, łącznie 78,75 ewentualnie 80,75 punktów w kryteriach oceny ofert;
- 7) unieważnienie czynności przyznania Odwołującemu I 28 punktów w kryterium Kwalifikacje personelu i przyznanie Odwołującemu I 30 punktów w tym kryterium, łącznie 84,20 punktów w kryteriach oceny ofert lub wezwanie Odwołującego I w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień w zakresie metody realizacji robót tj. górniczą lub tarczą (pełnoprzekrojową);
- 8) zwrócenie się do PORR w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej przez PORR ceny w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania;
- 9) dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący wniósł nadto o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego. Odwołujący I wskazał, że ma interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż: „jest wykonawcą, którego oferta uplasowała się na czwartym (4) miejscu w rankingu ofert pod względem kryteriów oceny ofert uzyskując łącznie 82,20 punktów. Oferta China Harbour Engineering Co. Ltd została odrzucona. Gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów wskazanych w petitum odwołania to oferta Odwołującego zostałaby uznana jako oferta najkorzystniejsza, bowiem w takim przypadku zarówno oferta PORR, Gulermak, jak i Konsorcjum NDI-DOGUS podlegałyby odrzuceniu i jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu pozostałaby oferta Odwołującego. Nawet jeżeli Zamawiający nie odrzuciłby oferty Gulermak i Konsorcjum NDI-DOGUS, to w przypadku prawidłowego przyznania punktacji wykonawcom - założywszy odrzucenie oferty PORR - Przystępujący uzyskałby 84,20 punktów, Gulermak 80,20 punktów, zaś Konsorcjum NDI-DOGUS 68,48 punktów, ewentualnie 80,48 punktów lub 82,48 punktów i oferta Przystępującego byłaby wówczas najkorzystniejsza. Ponadto, nawet w przypadku braku odrzucenia oferty PORR na obecnym etapie, Zamawiający zaniechał czynności zwrócenia się do PORR w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej przez PORR ceny. Zważywszy zaś, że gdyby Zamawiający zwrócił się do PORR o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie, a PORR nie udzieliłby wyjaśnień albo udzielone wyjaśnienia nie uzasadniłyby zaoferowanej przez PORR ceny lub potwierdziły jej rażąco niski charakter, wówczas oferta PORR podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp. Także i wówczas Odwołujący uzyskałby zamówienie.

Wskutek zaniechania czynności odrzucenia oferty PORR, Gulermak i Konsorcjum NDI-DOGUS oraz w świetle powyższego, Odwołujący może ponieść szkodę w związku z niezgodnym z prawem działaniem Zamawiającego, która powinna być rozumiana jako utrata możliwości wygenerowania przez niego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że Odwołujący oferuje wykonanie zamówienia w niniejszym Postępowaniu, którego wynikiem będzie zawarcie z Zamawiającym umowy, a w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania szanse Odwołującego na uzyskanie zamówienia znacząco wzrosną - oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą. Nawet w przypadku, w którym wyłącznie oferta PORR podlegałaby odrzuceniu, wówczas wskazania wymaga, iż Zamawiający zastrzegł w Rozdziale XVIII pkt. 1 SWZ, że korzysta z uprawnienia wynikającego z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp i bada spełnianie warunków udziału w postępowaniu wyłącznie wobec wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Oznacza to tym samym, że Zamawiający nie badał spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Gulermak i Konsorcjum NDI-DOGUS i tym samym wykonawcy ci na dalszym etapie postępowania mogą zostać wykluczeni a ich oferty odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) i b) ustawy Pzp. Z kolei naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może wyrządzić Odwołującemu szkodę w postaci utraconych korzyści przychodów z nieuzyskanego zamówienia. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa. Odwołujący uzasadnia swój interes w uzyskaniu zamówienia także okolicznościami faktycznymi i zarzutami prawnymi wskazanymi w uzasadnieniu odwołania, w świetle których Zamawiający winien odrzucić ofertę PORR, Gulermak i Konsorcjum NDI. W przypadku potwierdzenia się uzasadnionych niniejszym odwołaniem zarzutów, Odwołujący uzyska zamówienie”.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący I uzyskał w dniu 11 kwietnia 2025 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 22 kwietnia 2025 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 20 000,00 złotych (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem

na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący I prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Zamawiający pismem z dnia 11 maja 2025 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 12 maja 2025 r. PORR wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 12 maja 2025 r. Gulermak wniósł o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 12 maja 2025 r. Konsorcjum NDI-DOGUS wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących Konsorcjum NDI-DOGUS.

KIO 1570/25

W dniu 22 kwietnia 2025 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w przedmiotowym postępowaniu złożył Gülermak S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Gülermak” lub „Odwołujący II”)

Odwołanie złożono wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego:

- (1) niezasadnego wyboru jako najkorzystniejszej oferty PORR, mimo iż oferta tego wykonawcy z uwagi na okoliczności opisane w szczegółach w uzasadnieniu odwołania, powinna zostać odrzucona (ewentualnie PORR w określonym zakresie powinien zostać wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 lub 4 ustawy Pzp);
- (2) brak odrzucenia oferty Konsorcjum NDI-DOGUS z uwagi na okoliczności opisane w szczegółach w uzasadnieniu odwołania;
- (3) błędnej oceny ofert poprzez przyznanie nieprawidłowej liczby punktów wykonawcy PORR, Konsorcjum NDI-DOGUS China Harbour Engineering Co. Ltd (dalej jako „CHE”) oraz TORPOL-MIRBUD w pozacenowym kryterium oceny ofert Kwalifikacje Personelu – z uwagi na okoliczności w szczegółach opisane w uzasadnieniu odwołania;
- (4) brak wezwania PORR do wyjaśnień RNC oraz treści oferty, mimo iż istotne części składowe, a przez to cena zaoferowana przez tego wykonawcę, są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;
- (5) zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Gülermak;

Odwołujący II zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 i 14 ust. 1 uznk oraz w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum NDI-DOGUS, pomimo iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a to z uwagi na przekazanie Zamawiającemu przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji dotyczących posiadanego przez osobę wyznaczoną do pełnienia funkcji kierownika budowy (p. Emre Celik) doświadczenia na potrzeby uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert pn. „Kwalifikacje Personelu” – osoba ta bowiem nie pełniła funkcji Kierownika Budowy na projekcie Linia Metra 2 w Warszawie - co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, sprzeczny z dobrymi obyczajami, a co najmniej zagraża lub też wręcz narusza interes Odwołującego II i Zamawiającego (oraz pozostałych wykonawców biorących udział w Postępowaniu);

2. art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez dokonanie błędnej oceny ofert w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert „Kwalifikacje Personelu” z uwagi na:

a) przyznanie Konsorcjum NDI-DOGUS dodatkowych punktów za doświadczenie p. E.C., O.D. oraz S.S. w sytuacji, w której osoby te nie mogą pełnić w Polsce funkcji – odpowiednio – Kierownika Budowy, Kierownika Robót w specjalności kolejowej oraz Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej, gdyż nie posiadają stosownych uprawnień (nabytych w państwach członkowskich), a przez to (ponadto) nie są uprawnieni do świadczenia usługi transgranicznej (pełnienia stosownej funkcji w Polsce), co było warunkiem przyznania dodatkowych punktów (wskazanie do pełnienia funkcji; wskazanie tej samej osoby na potrzeby spełnienia warunków udziału oraz kryterium oceny ofert);

b) przyznanie wskazanym w uzasadnieniu odwołania wykonawcom dodatkowych punktów w ramach pozacenowego kryterium dot. doświadczenia personelu za to samo doświadczenie, które wskazali na potrzeby spełnienia warunku udziału, pomimo wyraźnego zastrzeżenia w SWZ, iż wykonawcy w celu uzyskania punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert poza wyraźnie określonym jednym wyjątkiem nie mogą posługiwać się doświadczeniem wskazanym na spełnienie warunków udziału w Postępowaniu (R. XIX ust. 8 SWZ);

c) przyznanie dodatkowych punktów TORPOL-MIRBUD za doświadczenie p. V.M., mimo że osoba ta nie zgodziła się na pełnienie funkcji kierowniczych w Polsce (kierownika kontraktu) i zaprzeczyła, aby wyraziła jakąkolwiek wolę lub zainteresowanie podjęcia pracy, w tym pracy w pełnym/istotnym wymiarze, która wiązałaby się choćby z czasowym pobytem w kraju innym niż Włochy (w tym Polska w ramach realizacji Projektu), co też winno skutkować przyznaniem 0 pkt za doświadczenie ww. osoby, która miałaby być skierowana do pełnienia funkcji Kierownika Kontraktu;

3. art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 i 14 ust. 1 uznk oraz w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PORR, pomimo iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a to z uwagi na przekazanie Zamawiającemu przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji dotyczących posiadanego doświadczenia (doświadczenia personelu):

a) w zakresie roboty budowlanej, która miała obejmować monitoring geodezyjny obiektu/ obiektów inżynierskich (lub kubaturowych), polegający na automatycznym monitoringu ww. obiektów, trwającym nieprzerwanie (w sposób ciągły) przez okres co najmniej 6 miesięcy w sytuacji w której PORR nie realizował monitoringu spełniającego oczekiwania Zamawiającego wyrażone w warunku udziału z uwagi na okoliczności opisane w szczegółach w uzasadnieniu odwołania,

b) w zakresie Geodety 4, który miał przeprowadzić co najmniej dwa projekty z zakresu stabilizacji znaków granicznych co najmniej 100 działek lub 200 punktów granicznych w ramach jednego projektu, co jednak w przypadku osoby wskazanej przez PORR do pełnienia tej funkcji (p. P.R.) nie miało miejsca z uwagi na okoliczności w szczegółach opisane w treści uzasadnienia odwołania,

co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, sprzeczny z dobrymi obyczajami, a co najmniej zagraża lub też wręcz narusza interes Odwołującego II i Zamawiającego (oraz pozostałych wykonawców biorących udział w Postępowaniu), choćby z uwagi na fakt, że zamówienie zostaje udzielone podmiotowi, który faktycznie nie spełnia warunków udziału;

4. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) i b) ustawy Pzp w zw. z art. 57 pkt 1) ustawy Pzp i art. 108 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z §4 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej „Rozporządzenie”) i art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty PORR (ewentualnie stosownego wezwania), mimo iż wykonawca ten nie wykazał, że nie podlega wykluczeniu z Postępowania - przedłożone bowiem przez PORR informacje z niemieckiego i austriackiego odpowiednika KRK nie potwierdzają, że członków zarządu, rady nadzorczej oraz prokurentów nie skazano za przestępstwa, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp, czego wykazanie jest obowiązkiem wykonawcy;

5. art. 226 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 i 14 ust. 1 uznk oraz w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PORR, pomimo iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na celową wycenę kosztów zakupu TBM (tarczy zmechanizowanej) w kosztach wymagań ogólnych w pozycji „zaplecze TBM” wbrew postanowieniom SWZ i w sprzeczności m.in. z definicją „zaplecza”, ewentualnie brak rozłożenia tych kosztów na poszczególne pozycje (zgodnie z SWZ), co doprowadziło do nieuzasadnionego (obok zaliczki na zakup TBM) dodatkowego zaliczkowania w skutek czego PORR jeszcze przed rozpoczęciem robót budowlanych otrzyma ok. 25% wartości wynagrodzenia (ok. 0,5 mld zł), a co nie tylko jest niezgodne z warunkami zamówienia, ale ponadto stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

6. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) i 8) ustawy Pzp poprzez brak wezwania PORR do wyjaśnień ceny oraz treści oferty, mimo iż zarówno zaoferowana cena w całości, jak i jej istotne części składowe (opisane w szczegółach w uzasadnieniu odwołania, w tym w szczególności koszty wzmocnienia i zabezpieczenia sieci oraz budynków) są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą poważne, uzasadnione wątpliwości co do możliwości ich wykonania zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i przepisami prawa (w szczegółach kwestie te zostały opisane w uzasadnieniu odwołania), co może wskazywać na niezgodność oferty z warunkami zamówienia (lub też RNC);

7. art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący II wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

(1) unieważnienie czynności wyboru oferty PORR jako najkorzystniejszej

(2) powtórzenia badania i oceny ofert, w tym:

a) nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum NDI-DOGUS oraz PORR;

b) nakazanie Zamawiającemu przyznania wykonawcom odpowiedniej liczby punktów zgodnie z treścią i wnioskami płynącymi z treści niniejszego odwołania;

ewentualnie, w przypadku braku odrzucenia oferty PORR:

c) nakazanie Zamawiającemu wezwania PORR do wykazania braku podstaw do wykluczenia, w tym przedłożenia odpowiednich informacji z odpowiednika KRK zgodnie z przepisami prawa i treścią odwołania;

d) nakazanie Zamawiającemu wezwania PORR do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 i art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w tym wykazanie, iż zarówno oferta, jak i poszczególne wskazane w odwołaniu istotne części zamówienia, nie zawierają ceny rażąco niskiej, a zaproponowana ceny i sposób pozwala na ich prawidłowe wykonanie (szczegółności w zakresie wzmocnień), w tym PORR wycenił całość niezbędnych do realizacji zamówienia prac.

Odwołujący II wniósł też o:

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym,

- zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia kosztorysu wyceny przedmiotu zamówienia, który to dowód jest

istotny dla rozstrzygnięcia odwołania, gdyż po pierwsze pozwala ustalić różnice w wycenie (wartości) poszczególnych robót (istotnych części zamówienia) między Zamawiającym a PORR, co – o ile są to ważne różnice – powinno skutkować wezwaniem PORR do wyjaśnień w zakresie RNC i treści oferty, a po drugie wskazuje również miejsce, w którym należało wycenić wartość TBM, a ponadto czy PORR zasadnie dokonał tej wyceny w ramach kosztów ogólnych, - zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego II kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący II wskazał, że ma interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż: „ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania. Odwołujący złożył bowiem ofertę w Postępowaniu, co oznacza, że ma szansę na uzyskanie zamówienia, szczególnie w sytuacji sklasyfikowania Gulermak na drugim miejscu w rankingu ofert. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem Zamawiający błędnie ocenił oferty wykonawców konkurencyjnych w stosunku do Gulermak w tym Postępowaniu. Przede wszystkim Zamawiający niesłusznie zaniechał odrzucenia oferty PORR, mimo wystąpienia szeregu podstaw w tym zakresie (w szczególności opisanych w treści uzasadnienia odwołania, które stanowi integralną część niniejszego uzasadnienia interesu Odwołującego). Ewentualnie też Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy PORR do wykazania braku podstaw do wykluczenia z Postępowania. Na obecnym etapie, z uwagi na brak takiego wykazania, należy uznać, że oferta powinna zostać odrzucona. O ile oferta PORR zostałaby odrzucona z Postępowania, szansę na pozyskanie zamówienia ma Gulermak. Odwołujący stracił ją jednak (poniósł szkodę) z uwagi na nieprawidłowości w procedowaniu w Postępowaniu (dotyczy to wszystkich nieprawidłowości opisanych w treści odwołania). Ponadto Zamawiający dokonał błędnej oceny i przyznania dodatkowych punktów innym wykonawcom, co może skutkować poniesieniem szkody przez Gulermak. Ewentualne odwołanie się innych wykonawców, którzy znajdują się poniżej w rankingu ofert i uwzględnienie odwołania, może prowadzić do zrewidowania przyznanej liczby punktów, a w konsekwencji zajęcia wyższego miejsca w rankingu. Wspomnieć należy, iż – jak wskazano w odwołaniu – niektórzy wykonawcy nie powinni w ogóle otrzymać dodatkowych punktów. Wszystkie błędy popełnione w tym Postępowaniu przez Zamawiającego, a opisane w szczególności w uzasadnieniu odwołania, powodują, że Gulermak może ponieść szkodę – mogą one bowiem prowadzić do braku uzyskania przez Odwołującego niniejszego zamówienia”.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący II uzyskał w dniu 11 kwietnia 2025 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 22 kwietnia 2025 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 20 000,00 złotych (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący II prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Pismem z dnia 9 maja 2025 r., Odwołujący II oświadczył, że cofa w części odwołanie, tj. w zakresie zarzutu nr 2 lit. b) dotyczącego punktacji przyznanej PORR za doświadczenie osoby p. A.S..

Zamawiający pismem z dnia 11 maja 2025 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 12 maja 2025 r. PORR wniósł o oddalenie odwołania odnoszących się do PORR Bau.

Pismem z dnia 12 maja 2025 r. TORPOL-MIRBUD wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów sformułowanych względem TORPOL-MIRBUD, tj. w zakresie zarzutu nr 2 lit. b) i c).

Pismem z dnia 12 maja 2025 r. Konsorcjum NDI-DOGUS wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących Konsorcjum NDI-DOGUS.

Na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 13 maja 2025 r. Odwołujący II oświadczył, że cofa w części odwołanie, tj. w zakresie zarzutu nr 2 lit. c).

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie (ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 lipca 2024 r.), przedmiotem którego jest budowa tunelu dalekobieżnego w Łodzi w ciągu linii kolejowej nr 85, od komory „Retkinia” do komory „Fabryczna” wraz z infrastrukturą niezbędną do budowy oraz funkcjonowania tunelu, komór i linii kolejowej. Szczegółowy zakres przedmiotu Zamówienia oraz zakres rzeczowy robót przewidzianych do wykonania w ramach obowiązków Wykonawcy wskazany został w PFU, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ.

W ust. 4 rozdziału VI SWZ, Zamawiający określił m. in. następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

„4.1) w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należy zrealizować:

(...)

4.1.2) 1 (jedną) robotę budowlaną, która obejmowała między innymi monitoring geodezyjny obiektu/obiektów kubaturowych lub obiektu/obiektów inżynierskich/inżynierskich polegający na automatycznym monitoringu wyżej wspomnianych obiektów, trwającym nieprzerwanie (w sposób ciągły) przez okres co najmniej 6 miesięcy.

(...)

4.2) dysponuje osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu Zamówienia, legitymującymi się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Zamawiający wymaga wykazania dysponowania osobami skierowanymi do realizacji Zamówienia o następujących kwalifikacjach:

4.2.1) Kierownik Kontraktu, który:

a) w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert zdobył co najmniej 5-letnie doświadczenie na stanowisku Inżyniera Projektu lub Kierownika/Zastępcy Kierownika /Dyrektora/Zastępcy Dyrektora Projektu/Kontraktu lub Przedstawiciela Wykonawcy lub na stanowisku o analogicznych kompetencjach (przez co rozumie się odpowiedzialność za nadzór merytoryczny, finansowy i techniczny oraz zarządzanie zespołem realizującym robotę budowlaną),

b) w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert zdobył doświadczenie przy realizacji:

- 2 (dwóch) robót budowlanych, które swoim zakresem obejmowały infrastrukturę drogową lub kolejową lub tramwajową lub inżynierską mostową/tunelową w obszarze zurbanizowanym, z których każda była o wartości minimum 100 mln PLN netto, w tym minimum na 1 (jednej) z tych robót budowlanych pełnił obowiązki w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy, na stanowisku Inżyniera Projektu lub Kierownika/Zastępcy Kierownika /Dyrektora/Zastępcy Dyrektora Projektu/Kontraktu lub Przedstawiciela Wykonawcy lub na stanowisku o analogicznych kompetencjach (przez co rozumie się odpowiedzialność za nadzór merytoryczny, finansowy i techniczny oraz zarządzanie zespołem realizującym robotę budowlaną);

lub

- 1 (jednej) robocie budowlanej, która swoim zakresem obejmowała infrastrukturę drogową lub kolejową lub tramwajową lub inżynierską mostową/tunelową w obszarze zurbanizowanym, o wartości minimum 200 mln PLN netto, na której pełnił obowiązki w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy na stanowisku Inżyniera Projektu lub Kierownika/Zastępcy Kierownika /Dyrektora/Zastępcy Dyrektora Projektu/Kontraktu lub Przedstawiciela Wykonawcy lub na stanowisku o analogicznych kompetencjach (przez co rozumie się odpowiedzialność za nadzór merytoryczny, finansowy i techniczny oraz zarządzanie zespołem realizującym robotę budowlaną).

4.2.2) Kierownik Budowy, który:

a) w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert zdobył co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku Kierownika Budowy lub Inżyniera Projektu lub Kierownika/Zastępcy Kierownika /Dyrektora/Zastępcy Dyrektora Kontraktu/Projektu lub Przedstawiciela Wykonawcy lub Kierownika Robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub inżynierskiej mostowej;

b) w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert zdobył doświadczenie pełniąc obowiązki w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy przy realizacji 2 (dwóch) robót budowlanych, które swoim zakresem obejmowały wykonanie robót, polegających na: - budowie metodą górniczą lub tarczową (pełnoprzekrojową) tunelu drogowego lub tramwajowego lub kolejowego lub metro o długości co najmniej 500 m;

oraz

- wykonaniu konstrukcji podziemnych w technologii ścian szczelinowych;

c) posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub inżynierskiej mostowej.

(...)

4.2.4) Kierownik Robót w specjalności inżynierskiej mostowej, który:

a) w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert zdobył co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej;

b) w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert zdobył doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej pełniąc obowiązki w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy, przy realizacji 1 (jednej) roboty budowlanej, która swoim zakresem obejmowała budowę metodą górniczą lub tarczową (pełnoprzekrojową) tunelu drogowego lub tramwajowego lub kolejowego lub metro o długości co najmniej 500 m;

c) posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności inżynierskiej mostowej lub równoważnej obejmującej swoim zakresem tunele.

(...)

4.2.14) Geodeta nr 4 w zakresie realizacji prac prawnych, który:

a) posiada uprawnienia w zakresie rozgraniczania i podziału nieruchomości (gruntów) oraz sporządzania dokumentacji do celów prawnych;

b) przeprowadził w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 2 (dwa) projekty z zakresu stabilizacji znaków granicznych co najmniej dla 100 działek lub 200 punktów granicznych w ramach jednego projektu.

(...)

Uwaga!

(...)

3. Zamawiający uszczegóławia poniższe kwestie/pojęcia:

(...)

3) w przypadku personelu, który będzie świadczył usługę transgraniczną na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, posiadającego zagraniczne kwalifikacje odpowiadające zakresem uprawnieniom polskim określonym w SWZ (uprawnienia budowlane), lecz na dzień złożenia oferty nie wpisanemu na listę prowadzoną przez właściwy samorząd zawodowy na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, Zamawiający nie oczekuje, że przed złożeniem oferty w niniejszym Postępowaniu w zakresie tych osób Wykonawcałoży dla tego personelu wniosek do właściwej izby inżynierów budownictwa lub uzyska wpis na listę członków tej izby. Zamawiającemu wystarczy oświadczenie, że personel ten posiada odpowiadające polskim kwalifikacje (uprawnienia budowlane) i informacje nt. tych uprawnień zgodnie z danymi zawartymi w wykazie osób.

(...)

9) Przez „monitoring automatyczny” rozumie się metrologiczny bądź fizyczny system umożliwiający automatyczne pozyskiwanie, przetwarzanie i analizę danych pomiarowych wraz z ich interpretacją skutkującą generowaniem ostrzeżeń odnośnie występujących lub potencjalnych zagrożeń, system z akwizycją z dużą częstotliwością próbkowania.

10) Przez „uprawnienia budowlane” Zamawiający rozumie uprawnienia budowlane, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane - wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa w Rzeczypospolitej Polskiej lub nabyte w państwach członkowskich i uznane przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej. W przypadku osób, które są obywatelami państw członkowskich Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej oraz państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym (w rozumieniu art. 4a ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa), osoby wyznaczone do realizacji Zamówienia posiadają uprawnienia budowlane wyszczególnione wyżej, jeżeli:

a) nabyły kwalifikacje zawodowe do wykonywania działalności w budownictwie, równoznacznej wykonywaniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, odpowiadające posiadaniu uprawnień budowlanych wyszczególnionych powyżej, oraz

b) posiadają odpowiednią decyzję o uznaniu kwalifikacji zawodowych albo w przypadku braku decyzji o uznaniu kwalifikacji zawodowych, zostały spełnione w stosunku do tych osób wymagania, o których mowa w art. 20a ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa.

Stosownie do art. 12 ust. 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane, podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie stanowi m.in. wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, potwierdzony zaświadczeniem wydanym przez tę izbę. Zgodnie z art. 12a Prawa Budowlanego, samodzielne funkcje techniczne w budownictwie mogą również wykonywać osoby, których odpowiednie kwalifikacje zawodowe zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych. W przypadku osoby wyznaczonej do realizacji Zamówienia posiadającej zagraniczne kwalifikacje zawodowe odpowiadające zakresem uprawnieniom polskim określonym w SWZ (tj. posiadającej uprawnienia budowlane, o których mowa powyżej), lecz na dzień złożenia oferty nie wpisanej na listę prowadzoną przez właściwy samorząd zawodowy na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, Zamawiający nie wymaga na potrzeby złożenia i oceny oferty w niniejszym postępowaniu złożenia dla tej osoby wniosku do właściwej izby samorządu zawodowego ani uzyskania wpisu na listę członków tej izby. Na potrzeby złożenia i oceny oferty Zamawiającemu wystarczy oświadczenie, że dana osoba posiada odpowiadające polskim kwalifikacje zawodowe (uprawnienia budowlane) i informacje nt. tych kwalifikacji zgodnie z danymi zawartymi w wykazie osób. Niezależnie od powyższego, po zawarciu umowy wskutek przeprowadzenia niniejszego postępowania, Wykonawca będzie zobowiązany do spełnienia wszelkich zawartych w tej umowie wymagań dotyczących personelu Wykonawcy, co w szczególności obejmuje obowiązek posiadania przez określone osoby personelu uprawnień budowlanych określonych powyżej wraz z uzyskaniem wpisu na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego”.

W rozdziale XIX SWZ, Zamawiający określił opis kryteriów, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, stanowiąc w ust. 1, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami:

1. Cena – waga 70%,

2. Kwalifikacje Personelu – waga 30%.

W ust. 7 rozdziału XIX SWZ Zamawiający określił, że w ramach kryterium Kwalifikacje personelu Zamawiający przyzna

punkty zgodnie z następującymi założeniami:

„7.1 Jeżeli Wykonawca wskaże do pełnienia funkcji Kierownika Kontraktu osobę, która w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert zdobyła doświadczenie na stanowisku Inżyniera Projektu lub Kierownika/Zastępcy Kierownika /Dyrektora/Zastępcy Dyrektora Projektu/Kontraktu lub Przedstawiciela Wykonawcy lub na stanowisku o analogicznych kompetencjach (przez co rozumie się odpowiedzialność za nadzór merytoryczny, finansowy i techniczny oraz zarządzanie zespołem realizującym robotę budowlaną), w ramach którego:

1) zdobył doświadczenie pełniąc obowiązki w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy przy realizacji roboty budowlanej o wartości minimum 200 mln PLN netto która swoim zakresem obejmowała infrastrukturę drogową lub kolejową lub tramwajową lub inżynierię mostową/tunelową w obszarze zurbanizowanym. Zamawiający przyzna 2 pkt za każdą kolejną (ponad wykazaną na spełnienie warunku udziału w postępowaniu) robotę. W ramach tego punktu podkryterium Zamawiający przyzna maksymalnie 6 pkt

2) posiada doświadczenie, zdobyte pełniąc wskazaną funkcję przez okres:

a. od 61 do 72 miesięcy – Zamawiający przyzna 1 pkt,

b. od 73 do 84 miesięcy – Zamawiający przyzna 2 pkt,

c. od 85 do 96 miesięcy – Zamawiający przyzna 3 pkt,

d. 97 miesięcy i dłuższy – Zamawiający przyzna 4 pkt.

W ramach tego punktu podkryterium Zamawiający przyzna maksymalnie 4 pkt.

Łącznie w ramach tego podkryterium Zamawiający przyzna maksymalnie 10 pkt.

7.2 Jeżeli Wykonawca wskaże do pełnienia funkcji Kierownika Budowy osobę, która: w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert zdobyła doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy lub Inżyniera Projektu lub Kierownika/Zastępcy Kierownika /Dyrektora Kontraktu/Zastępcy Dyrektora Projektu/ Kontraktu lub Przedstawiciela Wykonawcy lub Kierownika Robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub inżynierskiej mostowej pełniąc obowiązki w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy, przy realizacji roboty budowlanej, która swoim zakresem obejmowała budowę wykonaną metodą górniczą lub tarczową (pełnoprzekrojową) tunelu drogowego lub tramwajowego lub kolejowego lub metro o długości co najmniej 500 m.

Wykonawca otrzyma 2 pkt za każdą (ponad wykazaną na spełnienie warunku udziału w postępowaniu) robotę. W ramach tego podkryterium Zamawiający przyzna maksymalnie 8 pkt.

7.3 Jeżeli Wykonawca wskaże do pełnienia funkcji Kierownika Robót w specjalności kolejowej osobę, która w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert zdobyła doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót w specjalności kolejowej przy realizacji roboty budowlanej, która swoim zakresem obejmowała budowę lub przebudowę lub modernizację infrastruktury kolejowej lub linii metra w technologii nawierzchni bezpodsyphkowej o długości torów co najmniej 500 m.

Wykonawca otrzyma 2 pkt za każdą (ponad wykazaną na spełnienie warunku udziału w postępowaniu) robotę. W ramach tego podkryterium Zamawiający przyzna maksymalnie 6 pkt.

7.4 Jeżeli Wykonawca wskaże do pełnienia funkcji Kierownik Robót w specjalności inżynierskiej mostowej osobę, która w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert zdobyła doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej przy realizacji roboty budowlanej, która swoim zakresem obejmowała robotę wykonaną metodą górniczą lub tarczową (pełnoprzekrojową) tunelu drogowego lub tramwajowego lub kolejowego lub metro o długości co najmniej 500 m.

Wykonawca otrzyma 2 pkt za każdą (ponad wykazaną na spełnienie warunku udziału w postępowaniu) robotę. W ramach tego podkryterium Zamawiający przyzna maksymalnie 6 pkt.

(...)

7.7 Zamawiający wymaga, aby Wykonawca w ramach niniejszego Kryterium posługiwał się tymi samymi osobami, które zostały wskazane na warunek udziału w Postępowaniu. Jeżeli w danym okresie osoba uzyskała doświadczenie przy realizacji dwóch lub więcej projektów, okres ten będzie liczony tylko raz, tzn. jako jeden projekt realizowany w tym okresie.

W ust. 8 rozdziału XIX SWZ Zamawiający określił, że w celu uzyskania punktów w ramach niniejszego kryterium (za wyjątkiem pkt 7.1 ppkt 2 niniejszego Rozdziału), Wykonawca nie może posługiwać się doświadczeniem wskazanym na spełnienie warunków udziału w Postępowaniu.

Według rozdziału XIV SWZ, oferta musiała zawierać m. in. następujące dokumenty:

„7) Wykaz osób na potrzeby kryteriów jakościowych oceny ofert wskazanych w Rozdziale XIX ust. 7 SWZ (kryterium: Kwalifikacje Personelu), sporządzony zgodnie ze wzorem określonym jako Załącznik nr 14 do SWZ. Ww wykaz składany wraz z ofertą stanowi element oferty i nie podlega uzupełnieniu. Braki w wykazie będą skutkowały nieprzyznaniem punktów w danym kryterium;

8) Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia, wymienionych w Rozdziale VI ust. 2 pkt 4.2)

SWZ na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu – w zakresie dotyczącym dysponowania osobami wskazanymi do pełnienia funkcji Kierownika Kontraktu, Kierownika Budowy, Kierownika Robót w specjalności kolejowej oraz Kierownik Robót w specjalności inżynierskiej mostowej (lp. 1, 2, 3, 4 tabeli), sporządzony zgodnie ze wzorem określonym jako Załącznik nr 12 do SWZ (dokument żądany na podstawie art. 126 ust. 2 ustawy Pzp, z uwagi na konieczność sprawnego przeprowadzenia postępowania)."

We wzorze Wykazu osób na potrzeby kryteriów jakościowych oceny ofert (Załącznik nr 14 do SWZ), Zamawiający wymagał, aby na potrzeby przyznania punktacji za podkryterium opisane w rozdziale XIX ust. 7 pkt 7.4 SWZ podano m. in., że zdobyte doświadczenie nabyto przy realizacji roboty budowlanej, która: „swoim zakresem obejmowała między innymi robotę wykonaną metodą górniczą* / tarczową (pełnoprzekrojową)**”. Zamawiający przy oznaczeniu „**” wyjaśnił: „niepotrzebne skreślić”.

Zgodnie z pkt 1.4 „Zakres robót objętych STWiORB” STWiORB o nr N.02.01.01 „Tunel drążony metodą TBM”), przedmiot ww. STWiORB obejmuje, wymagania dotyczące wykonania i odbioru robót związanych z drążeniem tunelu maszyną TBM, wraz ze wszystkimi związanymi konstrukcjami, w tym również tymczasowymi i zabezpieczającymi”.

W pkt 1.4 ww. STWiORB wskazano również m. in., że: „W skład robót związanych z wykonaniem drążeniem tunelu maszyną TBM w technologii tarczy dwusystemowej, Slurry lub EPB wraz ze wszystkimi związanymi konstrukcjami, w tym również tymczasowymi i zabezpieczającymi wchodzi w szczególności dla technologii tarczy dwusystemowej:

- o zapewnienie obudowy segmentowej tunelu wraz transportem, magazynowaniem i zabezpieczeniem,
- o kompletna organizacja placu budowy przy komorze startowej
- o przygotowanie komory startowej dla etapu montażu TBM,
- o montaż maszyny TBM w technologii tarczy dwusystemowej i sprzętem peryferyjnym wraz z instalacjami technologicznymi,
- o zapewnienie przyłącza energetycznego i wodnego dla maszyny TBM wraz z opłatą przyłączeniową,
- o przygotowanie maszyny TBM do fazy startu,
- o wykonanie drążenia tunelu maszyną TBM w technologii tarczy dwusystemowej z montażem obudowy i wypełnieniem szczeliny pierścieniowej, wraz zakupem i dostarczeniem materiałów,
- o produkcja płuczki bentonitowej i separacja urobku w stacji wytwarzania oraz oczyszczania zawiesiny STP wraz kosztami mediów,
- o kompletna organizacja placu budowy przy komorze odbiorczej, o przygotowanie maszyny TBM do fazy wprowadzania do komory odbiorczej wraz z jej demontażem,
- o likwidacja elementów placów budowy wraz z konstrukcjami technologicznymi w komorach wykorzystywanymi na potrzeby drążenia tunelu TBM,
- o załadunek i przewóz urobku na składowisko wraz wyładunkiem i utylizacją,
- o inne prace niezbędne do prawidłowego wykonania robót budowlanych”.

We wzorze Formularza cenowego (załącznik nr 3a do SWZ) Zamawiający wyszczególnił między innymi następujące pozycje:

L.p.	Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych	STWiORB	PŁATNOŚĆ	ROZLICZENIE	PŁATNOŚĆ NETTO (w PLN)
3.7	LK85.K.7 - komora startowa ul. Maratońska; zaplecze TBM	O-00.00.00; N.02.01.01	% zaawansowania	ryczałtowe	
3.7.1	Przygotowanie zaplecza LK85.K.7, zaplecza TBM	O-00.00.00; N.02.01.01	% zaawansowania	ryczałtowe	
3.7.2	Utrzymanie i likwidacja zaplecza LK85.K.7, zaplecza TBM		% zaawansowania	ryczałtowe	
6.	ROBOTY BUDOWLANE WRAZ Z TOWARZYSZĄCYMI USŁUGAMI (SUMA 6.1-6.13)				
6.3	Wzmocnienia geotechniczne, zabezpieczenia sieci (SUMA 6.3.1-6.3.7)		% zaawansowania	ryczałtowe	
6.3.1	Wzmocnienia na odcinku od LK.85.K.7 do LK.85.K.6 km od 5+025 do 4+466	O-00.00.00	% zaawansowania	ryczałtowe	
6.3.2	Wzmocnienia na odcinku od LK.85.K.6 do LK.85.K.5 km od 4+466 do 3+465		% zaawansowania	ryczałtowe	
6.3.3	Wzmocnienia na odcinku od LK.85.K.5 do LK.85.K.4 km od 3+465 do 2+808		% zaawansowania	ryczałtowe	
6.3.4	Wzmocnienia na odcinku od LK.85.K.4 do LK.85.K.3 km od 2+808 do 2+082		% zaawansowania	ryczałtowe	
6.3.5	Wzmocnienia na odcinku od LK.85.K.3 do LK.85.K.2 km od 2+082 do 1+297		% zaawansowania	ryczałtowe	
6.3.6	Wzmocnienia na odcinku od LK.85.K.2 do LK.85.K.1 km od 1+297 do 0+455		% zaawansowania	ryczałtowe	

6.3.7	Dokonanie odkrywek sieci, zabezpieczenie instalacji, usunięcie kolizji		% zaawansowania	ryczałtowe	
6.4	Wykonanie zabezpieczenia strukturalnego budynków w koniecznym zakresie (SUMA 6.4.1-6.4.7)		% zaawansowania	ryczałtowe	
6.7	Drażenie tunelu (SUMA 6.7.1-6.7.7)				
6.7.1	Drażenie tunelu od LK.85.K.7 do LK.85.K.6 km od 5+025 do 4+466	O-00.00.00; N.02.01.01	% zaawansowania	ryczałtowe	
6.7.2	Drażenie tunelu od LK.85.K.6 do LK.85.K.5 km od 4+466 do 3+465		% zaawansowania	ryczałtowe	
6.7.3	Drażenie tunelu od LK.85.K.5 do LK.85.K.4 km od 3+465 do 2+808		% zaawansowania	ryczałtowe	
6.7.4	Drażenie tunelu od LK.85.K.4 do LK.85.K.3 km od 2+808 do 2+082		% zaawansowania	ryczałtowe	
6.7.5	Drażenie tunelu od LK.85.K.3 do LK.85.K.2 km od 2+082 do 1+297		% zaawansowania	ryczałtowe	
6.7.6	Drażenie tunelu od LK.85.K.2 do LK.85.K.1 km od 1+297 do 0+455		% zaawansowania	ryczałtowe	
6.7.7	Demontaż tarczy, bramownic w komorze wydobywczej LK.85.K.1		% zaawansowania	ryczałtowe	
6.9	Zabezpieczenie krytycznych sieci sanitarnych (wskazanych w projekcie na trasie TBM przed rozpoczęciem drażenia tunelu) oraz wykonanie napraw i usunięcie skutków awarii sieci, które uległy uszkodzeniu w wyniku drażenia tunelu TBM wraz z odtworzeniem nawierzchni (SUMA 6.9.1-6.9.6)		% zaawansowania	ryczałtowe	
6.12	Rozbudowa infrastruktury kolejowej LK85 w komorze Fabrycznej realizowanej w ramach sąsiadującej inwestycji PKP PLK S.A. (SUMA 6.12-6.12.2)		% zaawansowania	ryczałtowe	
6.13	Przebudowa instalacji SRK, TEL, architektury, wentylacji i klimatyzacji oraz dobudowa elementów torowych i trakcyjnych - stacja kolejowa i dworzec kolejowy Łódź Fabryczna (SUMA 6.13.1 - 6.13.2)		% zaawansowania	ryczałtowe	

We wzorze Formularza cenowego (załącznik nr 3a do SWZ), Zamawiający zawarł nadto następujące uwagi dla wykonawców:

„Uwaga! FORMULARZ CENOWY stanowić będzie podstawę płatności i służy przedstawieniu przez Wykonawcę sposób obliczenia ceny oferty.

Nie dopuszcza się przenoszenia części kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami FORMULARZA CENOWEGO. Niedopuszczalne jest celowe zawyżanie jednej pozycji FORMULARZA CENOWEGO kosztem innej. Wykonawca zobowiązany jest wycenić pozycje FORMULARZA CENOWEGO w zakresie adekwatnym do danego asortymentu robót/prac do wykonania. Niedopuszczalne jest przenoszenie tzw. kosztów ogólnych całego przedsięwzięcia do jednej lub paru wybranych pozycji FORMULARZA CENOWEGO. Koszty ogólne ze swej natury powinny być ujmowane w wszystkich pozycjach FORMULARZA CENOWEGO proporcjonalnie do ich wartości netto. CAŁKOWITA WARTOŚĆ BRUTTO musi obejmować wszystkie obowiązki Wykonawcy podejmowane w związku z i w celu realizacji przedmiotu Zamówienia, jak również wszelkie koszty Wykonawcy z tym związane, w tym zysk, koszty wszelkich testów, pomiarów, prób, analiz, badań itp. związanych z realizacją Prac, wszelkie opłaty, podatki, cła i inne należności publiczno-prawne związane z realizacją przedmiotu Zamówienia, zarówno nakładane w Polsce, jak i poza jej granicami, w tym wszelkie koszty związane z uzyskaniem decyzji, zezwoleń, pozwoleń, odstępstw, opinii, dokonaniem uzgodnień niezbędnych do realizacji przedmiotu Zamówienia niezależnie od tego, kto będzie adresatem dokumentów określonych powyżej”.

W toku procedury wyjaśnień treści SWZ, na pytanie: „Dotyczy: Szczegółowy opis przedmiotu Zamówienia - WZMOCNIENIA GEOTECHNICZNE: P00100011-MTP-S00-085ABXX4X-XX-CO-490005 Wg pkt. 6. DOPUSZCZALNE WARTOŚCI OSIADANIA BUDYNKÓW wyszczególniono obiekty, które wymagają (co najmniej) wzmocnienia geotechnicznego. Prosimy o potwierdzenie, że dla porównywalności ofert należy przyjąć do wyceny budynki wymienione w ww. załączniku”, Zamawiający udzielił odpowiedzi nr 556: „Zamawiający nie potwierdza, że dla porównywalności ofert należy przyjąć do wyceny budynki wymienione w WZMOCNIENIA GEOTECHNICZNE P00100011-MTP-S00-085ABXX4X-XX-CO-490005 pkt. 6. Zgodnie ze stanem wiedzy na dzień sporządzenia projektu budowlanego odnośnie stanu technicznego obiektów w strefie oddziaływania tunelu oraz założeniami dotyczącymi parametrów realizacji (technologia drażenia, technologia wzmocnień, dane wejściowe do analizy wpływu) i zgodnie z wynikającymi z nich przewidywanymi oddziaływaniami od drażenia tunelu, przedstawiony zakres wzmocnień geotechnicznych jest w ocenie projektanta zakresem optymalnym i dla takich założeń w projekcie budowlanym wskazane są budynki i budowle, które należy wzmocnić. Z uwagi na możliwość wyboru przez Wykonawcę m.in. rodzaju tarczy drażącej, ostatecznej średnicy głowicy skrawającej/tarczy (tj. zmianę założonej w projekcie średnicy dTBM=14m), dodatkowych funkcji maszyny i parametrów projektu technologii drażenia, a także

zmiany przebiegu niwelety pionowej (patrz odpowiedź na pytanie 572), a co za tym idzie ostatecznych efektów oddziaływania na ośrodek gruntowy i otoczenie, do Wykonawcy należy ostateczna geometria i technologia wykonania wzmocnień geotechnicznych. W związku z powyższymi ostateczny wybór budynków i budowli, które należy zabezpieczyć za pomocą wzmocnień geotechnicznych należy do Wykonawcy”.

Termin na złożenie ofert upłynął w dniu 20 grudnia 2024 r. Do tego dnia ofertę złożyli następujący wykonawcy, którzy zaproponowali wskazane poniżej ceny:

PORR - 2 166 319 009,59 zł;

Gulermak - 2 581 084 340,01 zł;

CHE - 2 581 129 714,24 zł;

Konsorcjum NDI-DOGUS - 2 592 946 272,82 zł;

TORPOL-MIRBUD - 2 797 777 777,77 zł.

Ceny wykonawców w poszczególnych pozycjach formularza cenowego prezentowały się następująco:

L.p.	Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych	PORR [w zł]	Gulermak [w zł]	CHE [w zł]	NDI-DOGUS [w zł]	TORPOL-MIRBUD [w zł]
3.7	LK85.K.7 - komora startowa ul. Maratońska; zaplecze TBM	355 299 730,60	47 430 200,00	10 459 379,92	16 657 473,59	37 141 152,00
6.	ROBOTY BUDOWLANE WRAZ Z TOWARZYSZĄCYMI USŁUGAMI (SUMA 6.1-6.13)	1 172 475 130,65	1 762 392 800,00	1 732 385 376,66	1 882 124 378,66	1 894 651 373,08
6.3	Wzmocnienia geotechniczne, zabezpieczenia sieci (SUMA 6.3.1-6.3.7)	19 267 726,51	143 044 400,00	159 157 234,53	177 364 780,07	123 080 710,89
6.3.1	Wzmocnienia na odcinku od LK.85.K.7 do LK.85.K.6 km od 5+025 do 4+466	60 725,00	404 800,00	16 223 357,79	4 134 197,53	10 870 846,43
6.3.2	Wzmocnienia na odcinku od LK.85.K.6 do LK.85.K.5 km od 4+466 do 3+465	60 725,00	13 180 200,00	29 051 129,06	26 269 565,62	4 803 097,50
6.3.3	Wzmocnienia na odcinku od LK.85.K.5 do LK.85.K.4 km od 3+465 do 2+808	60 725,00	17 290 500,00	19 067 524,27	10 047 476,30	10 351 609,28
6.3.4	Wzmocnienia na odcinku od LK.85.K.4 do LK.85.K.3 km od 2+808 do 2+082	60 725,00	21 700 300,00	21 070 049,65	23 968 924,30	27 209 754,59
6.3.5	Wzmocnienia na odcinku od LK.85.K.3 do LK.85.K.2 km od 2+082 do 1+297	5 540 025,34	38 062 600,00	22 782 353,96	69 088 534,14	45 601 744,24
6.3.6	Wzmocnienia na odcinku od LK.85.K.2 do LK.85.K.1 km od 1+297 do 0+455	12 847 188,67	49 857 000,00	24 436 614,05	41 220 119,84	12 971 572,38
6.3.7	Dokonanie odkrywek sieci, zabezpieczenie instalacji, usunięcie kolizji	637 612,50	2 549 000,00	26 526 205,75	2 635 962,34	11 272 086,47
6.4	Wykonanie zabezpieczenia strukturalnego budynków w koniecznym zakresie (SUMA 6.4.1-6.4.7)	22 219 459,68	42 677 300,00	21 418 137,78	27 064 302,62	67 874 544,41
6.7	Drażenie tunelu (SUMA 6.7.1-6.7.7)	451 142 937,54	746 532 800,00	573 898 455,26	829 357 600,90	885 832 242,93
6.9	Zabezpieczenie krytycznych sieci sanitarnych (wskazanych w projekcie na trasie TBM przed rozpoczęciem drażenia tunelu) oraz wykonanie napraw i usunięcie skutków awarii sieci, które uległy uszkodzeniu w wyniku drażenia tunelu TBM wraz z odtworzeniem nawierzchni (SUMA 6.9.1-6.9.6)	4 283 376,33	24 087 200,00	13 033 398,00	7 699 090,94	8 514 724,31
6.12	Rozbudowa infrastruktury kolejowej LK85 w komorze Fabrycznej realizowanej w ramach sąsiadującej inwestycji PKP PLK S.A. (SUMA 6.12-6.12.2)	170 030,00	5 676 400,00	3 137 627,70	11 130 685,26	9 812 181,71

6.13	Przebudowa instalacji SRK, TEL., architektury, wentylacji i klimatyzacji oraz dobudowa elementów torowych i trakcyjnych - stacja kolejowa i dworzec kolejowy Łódź Fabryczna (SUMA 6.13.1 - 6.13.2)	716 555,00	16 287 600,00	4 906 986,23	16 396 428,11	14 955 481,30
------	--	------------	---------------	--------------	---------------	---------------

W złożonym Wykazie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia (Załącznik nr 12 do SWZ), NDI-DOGUS wskazał:

- p. Emre Celik na Kierownika Budowy, który na potrzeby spełnienia warunku udziału z Rozdziału VI ust. 2 pkt 4.2.2) lit. c) SWZ, będzie świadczył usługę transgraniczną na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, lecz na dzień złożenia oferty nie jest wpisana na listę prowadzoną przez właściwy samorząd zawodowy na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, natomiast spełnia wymagania w tym zakresie wynikające z ustawy z dn. 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej oraz ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa,

- p. Serdar S. na Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej, który na potrzeby spełnienia warunku udziału z Rozdziału VI ust. 2 pkt 4.2.4) lit. c) SWZ, będzie świadczył usługę transgraniczną na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, lecz na dzień złożenia oferty nie jest wpisana na listę prowadzoną przez właściwy samorząd zawodowy na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, natomiast spełnia wymagania w tym zakresie wynikające z ustawy z dn. 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej oraz ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa,

- p. O.D. na Kierownika Robót w specjalności kolejowej który na potrzeby spełnienia warunku udziału z Rozdziału VI ust. 2 pkt 4.2.3) lit. c) SWZ, będzie świadczył usługę transgraniczną na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, lecz na dzień złożenia oferty nie jest wpisana na listę prowadzoną przez właściwy samorząd zawodowy na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, natomiast spełnia wymagania w tym zakresie wynikające z ustawy z dn. 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej oraz ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa.

W złożonym Wykazie osób na potrzeby kryteriów jakościowych oceny ofert (Załącznik nr 14 do SWZ), NDI-DOGUS wskazał:

- p. Emre Celik na Kierownika Budowy, który w okresie od Stycznia 2010 do Sierpnia 2012 zdobył doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy przy realizacji roboty budowlanej Linia Metra 2 Warszawa/ Polska (doświadczenie z poz. 2),

- p. Serdar S. na Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej, który w okresie od Lipca 2016 do Czerwca 2019 zdobył doświadczenie na stanowisku Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej przy realizacji roboty budowlanej Projekt rozbudowy metra w Sofii linia 3 part 4/Bułgaria (doświadczenie z poz. 2),

- p. O.D. na Kierownika Robót w specjalności kolejowej.

W złożonym Wykazie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia (Załącznik nr 12 do SWZ), TORPOL-MIRBUD wskazał:

- p. M.R. na Kierownika Budowy, który:

a) na potrzeby spełnienia warunku udziału z Rozdziału VI ust. 2 pkt 4.2.2) lit. a) SWZ zdobył:

1. od 11.2019 do 11.2024 - 5 lat doświadczenia;
2. od 01.2018 do 06.2019 – 1 rok i 5 miesięcy doświadczenia;
3. od 10.2016 do 12.2017 - 1 rok 2 miesiące doświadczenia;
4. od 07.2015 do 11.2016 - 1 rok 4 miesięcy doświadczenia;
5. 12.2011 do 06.2015 - 3 lata 6 miesięcy doświadczenia;
6. od 11.2009 do 12.2011 - 2 lata doświadczenia;

b) na potrzeby spełnienia warunku udziału z Rozdziału VI ust. 2 pkt 4.2.2) lit. b) SWZ zdobył doświadczenie przy realizacji roboty budowlanej:

1. od 01.2018 do 06.2019 - HIGH SPEED RAILWAY SYSTEM MILIANO - GENOVA – TERZO VALICO DEI C (WŁOCHY) – RADIMERO LOT;
2. od 10.2016 do 12.2017 - HIGH SPEED RAILWAY SYSTEM MILIANO - GENOVA – TERZO VALICO DEI C (WŁOCHY) – SERRAVALLE LOT;

- p. P.G. na Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej, który:

a) na potrzeby spełnienia warunku udziału z Rozdziału VI ust. 2 pkt 4.2.4) lit. a) SWZ zdobył:

1. od 09.2021 do 10.2022 - 1 rok 1 miesiąc doświadczenia;
2. od 06.2019 do 07.2020 - 1 rok 1 miesiąc doświadczenia;
3. od 02.2018 do 05.2019 - 1 rok 3 miesiące doświadczenia;
4. od 11.2016 do 01.2018 - 1 rok 2 miesiące doświadczenia;

b) na potrzeby spełnienia warunku udziału z Rozdziału VI ust. 2 pkt 4.2.4) lit. b) SWZ zdobył doświadczenie przy realizacji roboty budowlanej:

1. od 09.2021 do 10.2022 - GALLERIA LONATO - HIGH SPEED RAILWAY SYSTEM BRESCIA – VERONA (WŁOCHY).

W złożonym Wykazie osób na potrzeby kryteriów jakościowych oceny ofert Załącznik nr 14 do SWZ), TORPOL-MIRBUI wskazał:

- p. M.R. na Kierownika Budowy, który zdobył doświadczenie przy realizacji roboty budowlanej:

1. od 11.2019 do 11.2024 - HIGH SPEED RAILWAY SYSTEM NAPOLI – BARI – HIRPINIA – AV (WŁOCHY);
2. od 07.2015 do 11.2016 - CITYRINGEN COPENHAGEN METRO;
3. od 12.2011 do 06.2015 - ROMA METRO B1 LINE TRACK CONCA D'ORO-JONIO (WŁOCHY);
4. od 11.2009 do 12.2011 - ROMA METRO B1 LINE TRACK BOLOGNA-CONCA D'ORO (WŁOCHY);

- p. P.G. na Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej, który zdobył doświadczenie przy realizacji roboty budowlanej:

1. od 06.2019 do 07.2020 - METRO D'ALGER – EXTENSION OF LINE 1 EI HARRACH CENTRE – AEROF (ALGERIA), która swoim zakresem obejmowała robotę wykonaną metodą górniczą/tarczową (pełnoprzekrojową);
2. od 02.2018 do 05.2019 - HIGH SPEED RAILWAY SYSTEM MILIANO - GENOVA – TERZO VALICO DEI C (WŁOCHY) - RADIMERO LOT;
3. od 11.2016 do 01.2018 - HIGH SPEED RAILWAY SYSTEM MILIANO - GENOVA – TERZO VALICO DEI C (WŁOCHY) - SERRAVALLE LOT.

W złożonym Wykazie osób na potrzeby kryteriów jakościowych oceny ofert Załącznik nr 14 do SWZ), Gulermak wskazał:

- p. K.P. na Kierownika Budowy, który zdobył doświadczenie przy realizacji roboty budowlanej:

1. od 10.2016 do 12.2017 - „Budowa II linii metra w Warszawie w zakresie I etapu realizacji odcinka zachodniego - od szlaku za stacją C09 „Rondo Daszyńskiego” do torów odstawczych za stacją C06 w zakresie budowy szlaku D07,
2. od 01.2018 do 02.2019 - „Budowa II linii metra w Warszawie – I etap realizacji odcinka zachodniego (od szlaku za stacją C9 „Rondo Daszyńskiego” do torów odstawczych za stacją C06”) w zakresie budowy szlaku D08,
3. od 03.2019 do 03.2020 - „Budowa II linii metra w Warszawie – I etap realizacji odcinka zachodniego (od szlaku za stacją C09 „Rondo Daszyńskiego” do torów odstawczych za stacją C06”) w zakresie budowy szlaku D09,

- p. T.M. na Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej, który zdobył doświadczenie przy realizacji roboty budowlanej:

1. od 25.09.2017 do 29.11.2017 - „Budowa II linii metra w Warszawie w zakresie I etapu realizacji odcinka wschodniego – północnego - od szlaku za stacją „Dworzec Wileński” do stacji „Bródno”. Zamierzenie budowlane nr W4”,
2. od 20.02.2018 do 14.04.2018 - „Budowa II linii metra w Warszawie w zakresie I etapu realizacji odcinka wschodniego – północnego - od szlaku za stacją „Dworzec Wileński” do stacji „Bródno”. Zamierzenie budowlane nr W2”,
3. od 06.06.2017 do 23.09.2017 - „Budowa II linii metra w Warszawie w zakresie I etapu realizacji odcinka wschodniego – północnego - od szlaku za stacją „Dworzec Wileński” do stacji „Bródno”. Zamierzenie budowlane nr W5”,
4. od 01.12.2017 do 15.02.2018 - „Budowa II linii metra w Warszawie w zakresie I etapu realizacji odcinka wschodniego – północnego - od szlaku za stacją „Dworzec Wileński” do stacji „Bródno”. Zamierzenie budowlane nr W3”,
5. od 16.12.2022 do 20.12.2024 - „Projekt i budowa II linii metra w Warszawie – III Etap realizacji odcinka zachodniego, od szlaku za stacją C04 „Powstańców Śląskich” do Stacji Technicznej – Postojowej (STP) „Mory” wraz z STP „Mory”.

W złożonym Wykazie osób na potrzeby kryteriów jakościowych oceny ofert Załącznik nr 14 do SWZ), PORR wskazał p. C.E. na Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej, który zdobył doświadczenie przy realizacji roboty budowlanej NBS Wendlingen – Ulm PA 2.2. Alaufstieg Los 1-3 Boßlertunnel, która swoim zakresem obejmowała robotę wykonaną „metodą górniczą i tarczową (pełnoprzekrojową)” (doświadczenie z poz. 3).

W dokumencie JEDZ, złożonym przez członka konsorcjum PORR – PORR BaGmbH, w sekcji C: *Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi* w odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji?” udzielono odpowiedzi „Tak”. Jednocześnie w odpowiedzi na pytanie „Czy przewidziano środki w celu wykazania Państwa rzetelności („samooczyszczenie”)?” udzielono odpowiedzi „Tak” - „Prosimy o zapoznanie się z dokumentem „Oświadczeniem o wiarygodności PORR Bau GmbH” oraz pozostałymi załączonymi dokumentami w celu uzyskania dalszych informacji”

Do JEDZ złożono dokument z dnia 27 września 2024 r. „Oświadczenie o wiarygodności PORR Bau GmbH” wraz z

załącznikami.

W złożonym Wykazie robót budowlanych (Załącznik nr 11 do SWZ), PORR wskazał jako doświadczenie, celem oceny spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale VI ust. 2 pkt 4.1.2) SWZ wskazał robotę budowlaną na rzecz Gminy Miasto Rzeszów - Miejski Zarząd Dróg: „Zrealizowanie roboty budowlanej pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi od ul. Załęskiej do ul. Lubelskiej wraz z budową mostu na Rzece Wisłok w Rzeszowie”, która obejmowała między innymi monitoring geodezyjny obiektu inżynierskiego związanego z ruchem pojazdów drogowych - mostu na rzece Wisłok polegający na automatycznym monitoringu trwającym nieprzerwanie (w sposób ciągły) przez okres powyżej 6 miesięcy. Jako datę wykonania roboty budowlanej wskazano: „od 11.2013 do 10.2015” oraz „Monitoring rozpoczął się w dniu 27.01.2015 i trwa do dnia dzisiejszego”.

W złożonym Wykazie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia (Załącznik nr 12 do SWZ), PORR wskazał na stanowisko Geodety nr 4 w zakresie realizacji prac prawnych p. P.R.. Jako jedno z wykazywanych doświadczeń (poz. 1) celem oceny spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale VI ust. 2 pkt 4.2.14) lit. b) SWZ podano robotę budowlaną, wedle opisu której p. P.R. w okresie od 06.2023 do 09.2024 przeprowadził projekt z zakresu stabilizacji znaków granicznych co najmniej dla 423 punktów granicznych w ramach jednego projektu, na robocie budowlanej pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 od granicy województwa świętokrzyskiego do Krakowa, odc. Węzeł Miechów (bez węzła) – Węzeł Szczepanowice (bez węzła)” na rzecz FABE POLSKA Sp. z o.o. ; siedzibą w Warszawie.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 lutego 2025 r. do złożenia dokumentów na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, PORR przedłożył m. in. zaświadczenia o niekaralności dla p. J.K. i G.W.. W dniu 25 marca 2025 r. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał PORR do uzupełnienia zaświadczeń o niekaralności m. in. dla ww. osób, gdyż nie spełniały wymagań w zakresie właściwej formy, w jakiej należy składać tego rodzaju dokumenty (tj. „zostały przedłożone jako cyfrowe odwzorowania tych dokumentów i nie zostały przez Wykonawcę potwierdzone za zgodność z oryginałem poprzez opatrzenie ich kwalifikowanym podpisem elektronicznym poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej”. Przy czym w treści wezwania Zamawiający dodał, że: „Wykonawca może nie przedkładać tłumaczenia na język polski dokumentu/ów oryginalnego/ych dla ww. wskazanych osób w przypadku, gdy uzupełnione zaświadczenie o niekaralności w oryginale dla danej osoby będzie w swej pełnej treści odpowiadało złożonemu już dokumentowi przetłumaczonemu”. W odpowiedzi z dnia 31 marca 2025 r. PORR złożył m. in. następujące dokumenty dla:

- J.K. (nazwa pliku w wersji oryginalnej: Strafreger Klitzen Jens 2025 01 13 dt Original.pdf); - Zaświadczenie o niekaralności wystawione w dniu 13.01.2025r. przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn - potwierdzone przez Wykonawcę za zgodność z oryginałem poprzez opatrzenie kwalifikowanym podpisem elektronicznym poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, z którego wynika (zgodnie z przedłożonym na pierwotne wezwanie tłumaczeniem): „Brak wpisu”,
- G.W. (nazwa pliku w wersji oryginalnej: Strafreger Wucherer Günter 2024 12 09 Druck.pdf) - Zaświadczenie o niekaralności wystawione w dniu 9.12.2024r. przez Gminę PETTNEU AM ARLBERG - potwierdzone przez Wykonawcę za zgodność z oryginałem poprzez opatrzenie kwalifikowanym podpisem elektronicznym poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, z którego wynika (zgodnie z przedłożonym na pierwotne wezwanie tłumaczeniem), że: „Wyżej wymieniony nie figuruje jako osoba skazana w Rejestrze Karnym Republiki Austrii, prowadzonym przez Krajową Dyрекcję Policji w Wiedniu”.

W dniu 11 kwietnia 2025 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty PORR jako najkorzystniejszej w Postępowaniu. Oferta PORR otrzymała łącznie 96 punktów (70 pkt w kryterium Cena, 26 pkt w kryterium Kwalifikacje Personelu).

Jednocześnie Zamawiający poinformował o przyznaniu punktacji ofertom wykonawców:

- Gulermak: łącznie 86,75 punktów (58,75 pkt w kryterium Cena, 28 pkt w kryterium Kwalifikacje Personelu);
- Konsorcjum NDI-DOGUS: łącznie 84,48 punktów (58,48 pkt w kryterium Cena, 26 pkt w kryterium Kwalifikacje Personelu);
- TORPOL-MIRBUD: łącznie 82,20 punktów (54,20 pkt w kryterium Cena, 28 pkt w kryterium Kwalifikacje Personelu).

Dodatkowo oferta CHE została przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 4 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2560 z dnia 14 grudnia 2022 r. w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny oraz art. 7 ust. 1 Rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2023/1441 z dnia 10 lipca 2023 r. w sprawie szczegółowych warunków prowadzenia przez Komisję postępowań na podstawie ww. Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2560.

Według „Szczegółowej informacji punktacji w zakresie przyznania punktów w ramach kryterium oceny ofert” w ramach kryterium Kwalifikacje Personelu, Zamawiający przyznał ww. wykonawcom między innymi następującą punktację:

- Konsorcjum NDI-DOGUS za doświadczenie:

1. p. Emre Celik – 4 pkt, za (1) Projekt linii metra Tandogan-Keçiören w Ankarze/Turcja; i (2) Linia Metra 2 Warszawa/

Polska; przyznając po 2 pkt za każdą wykazaną robotę, przy której zdobył doświadczenie, przy czym nie uznał doświadczenia zdobytego przy realizacji Budowy Linii metra Otogar-Kirazli LRT, Kirazli-Ikitelli, Ikitelli-Olimpiyat Village w Stambul/Turcja 4,

2. p. Serdar S. – maksymalną liczbę 6 punktów, uznając doświadczenie zdobyte w pozycjach 1-5,

3. p. O.D. – maksymalną liczbę 6 punktów, uznając doświadczenie zdobyte w pozycjach 1-4,

- TORPOL-MIRBUD za doświadczenie:

1. p. M.R. – 8 pkt, tj. po 2 pkt za każdą wykazaną robotę, przy której zdobył doświadczenie (pozycje 1-4),

2. p. P.G. – 4 pkt, tj. po 2 pkt za każdą wykazaną robotę, przy której zdobył doświadczenie (pozycje 1-2), przy czym nie uznał doświadczenia w zakresie Metro D'alger – Extension Of Line 1 El Harrach Centre – Aeroport (Algieria), ponieważ Wykonawca nie wykazał, że doświadczenie to zostało zdobyte przy realizacji roboty wykonanej metodą górnictw lub tarczową (pełnoprzekrojową),

- Gulermak za doświadczenie:

1. p. K.P. – 6 pkt, tj. po 2 pkt za każdą wykazaną robotę, przy której zdobył doświadczenie (pozycje 1-3).

2. p. T.M. maksymalną liczbę 6 punktów, uznając doświadczenie zdobyte w pozycjach 1-5,

- PORR – za doświadczenie p. C.E. maksymalną liczbę 6 punktów, uznając doświadczenie zdobyte m. in. w zakresie doświadczenia z pozycji 3 (NBS Wendlingen – Ulm PA 2.2. Alaufstieg Los 1-3 Boßlertunnel).

W sprawie o sygn. akt: KIO 1532/25, Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący I jest uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie Zamawiającego zgłosili:

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, PORR Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu,

- wykonawca Gülermak S.A. z siedzibą w Warszawie,

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, DOĞUŞ İNŞAAT VI TİCARET A.Ş z siedzibą w Stambule.

Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpień ani opozycji przeciw przystąpieniom do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpień do postępowania odwoławczego zgłoszonych po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dowody:

- z dokumentacji przedmiotowego postępowania,

- załączone do odwołania w postaci:

1. Pisma Landu Styria z dnia 13 marca 2025 r. (wraz z tłumaczeniem na jęz. polski),

2. Wyniku wyszukiwania uprawnień p. Emre Celik w bazie danych Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa,

3. Wykazu doświadczenia p. Serdar S. z portalu LinkedIn,

4. Opisu roboty budowlanej „Budowa II linii metra w Warszawie w zakresie I etapu realizacji odcinka zachodniego – od szlaku za stacją C09 „Rondo Daszyńskiego” do torów odstawczych za stacją C06”,

5. Opisu roboty budowlanej „Budowa II linii metra w Warszawie w zakresie I etapu realizacji odcinka wschodniego – północnego - od szlaku za stacją „Dworzec Wileński” stacji „Bródno”,

- przedłożone w toku postępowania odwoławczego przez Odwołującego I w postaci:

1. Opinii prawnej w sprawie PORR Bau GmbH na podstawie prawa austriackiego (wraz z tłumaczeniem na jęz. polski) z dnia 24 kwietnia 2025 r.

2. Artykułu „Kulisy budowy centralnego odcinka II linii warszawskiego metra (wyciąg ze stron 24-27 pisma Nowoczesne Budownictwo Inżynieryjne, wrzesień-październik 2015 r.),

3. Wyciągów z umów: nr EH.022.54.2016.IP z dnia 29 września 2016 r.; nr EH.022.53.2016.IP z dnia 11 marca 2016 r.; nr WP.022.63.2018.IP z dnia 28 września 2018 r.,

4. Wyciągów z decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę: Decyzja nr 327/II/2016 z dnia 19 września 2016 r., Decyzja nr 329/II/2016 z dnia 19 września 2016 r., Decyzja nr 334/II/2016 z dnia 20 września 2016 r.; Decyzja nr 50/II/2016 z dnia 12 lutego 2016 r. Decyzja nr 75/II/2016 z dnia 8 marca 2016 r. Decyzja nr 76/II/2016 z dnia 8 marca 2016 r.; Decyzja nr 80/II/2016 z dnia 10 marca 2016 r.,

5. Oświadczenia firmy Cosider Travaux Publics z dnia 8 maja 2025 r. (wraz z tłumaczeniem z języka angielskiego),

6. Pisma Metra Warszawskiego z dnia 23 maja 2025 r., sygn. pisma: IR.400.3.2015, MW/IR/316/25,

7. Pisma Metra Warszawskiego z dnia 23 maja 2025 r., sygn. pisma: IR.400.3.2015, MW/IR/317/25,

- przedłożone na rozprawie przez Zamawiającego w postaci:

1. Wyroku Federalnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 listopada 2021 r. (Numer referencyjny (GZ): W 187 2246496-2/41E),

2. Poglądowych mapy Łodzi, dotyczących terenów przebiegu poszczególnych odcinków tunelu,

- przedłożone na rozprawie przez PORR w postaci:

1. Komunikatu BWB z dnia 30 września 2021 r. (wraz z tłumaczeniem z jęz. niemieckiego)

2. Stanowiska w sprawie porozumienia BWB Federalny Urząd Ochrony Konkurencji

- przedłożone na rozprawie przez Konsorcjum NDI-DOGUS w postaci:

1. Oświadczenia p. Emre Celik (wraz z tłumaczeniem z jęz. angielskiego) oraz załącznikami,

2. Oświadczenia p. S.S. (wraz z tłumaczeniem z jęz. angielskiego) oraz załącznikami,

- przedłożony na rozprawie przez Gulermak w postaci korespondencji Gulermak z M4 SpA z 1 i 15 kwietnia 2025 r.

Izba przychyliła się także do wniosku Odwołującego I o dołączenie do materiału dowodowego dowodów złożonych w sprawie KIO 1570/25 przez Odwołującego II dotyczących p. E.C., a także przez PORR w postaci wstępnych analiz oraz oferty od firmy Stump Franki.

W odniesieniu do złożonej na rozprawie przez Odwołującego I jako dowód opinii prawnej z dnia 10 kwietnia 2025 r. (wraz z tłumaczeniem na jęz. polski), to w trakcie rozprawy Zamawiający wniósł o jej pominięcie, a w odpowiedzi Odwołujący I wskazał, że stanowisko zawarte w tej opinii, stanowi jego własne stanowisko. W tych okolicznościach Izba, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego I, uznała stanowisko zawarte w opinii za pisemne uzupełnienie stanowiska Odwołującego I prezentowanego na rozprawie, nie zaś jako dowód w sprawie.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestników postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

Zarzut nr 1

Odwołujący I zarzucił Zamawiającemu po pierwsze naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty PORR pomimo tego, że PORR Bau GmbH dopuścił się 1362 przypadków udziału w zawarciu z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji stwierdzonych wydanym w dniu 12 lutego 2022 r. wyrokiem ASK opublikowanym w dniu 25 lipca 2022 r. stwierdzającym, że PORR Bau GmbH brał udział w zawarciu 1362 przypadkach umów mających na celu zakłócenie konkurencji, czego skutkiem było ukaranie PORR Bau GmbH karą w wysokości ponad 62 mln euro, co wyczerpuje wszystkie przesłanki podstawy wykluczenia opisanej w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp i do czego przyznał się PORR Bau GmbH w JEDZ PORR Bau, przy czym PORR Bau GmbH nie udowodniło Zamawiającemu, że spełniło przesłanki pozwalające na uznanie, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu w świetle wymagań art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, a Zamawiający nie miał podstaw w świetle art. 110 ust. 3 ustawy Pzp do uznania PORR Bau GmbH za rzetelnego wykonawcę, w szczególności uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu PORR Bau GmbH.

W uzasadnieniu zarzutu Odwołujący I wskazał, że w JEDZ i samooczyszczeniu PORR Bau GmbH nie ma jakichkolwiek informacji i okoliczności udziału PORR Bau GmbH w zawarciu 1362 przypadków porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji, z powodu których PORR Bau GmbH został uznany za winnego wyrokiem Austriackiego Sądu Kartelowego (dalej „ASK”). Odwołujący I zwrócił uwagę, że PORR Bau GmbH przemilcza datę wydania wyroku (sygn. akt 26 Kt 5/21m), tj. 17 lutego 2022 r., który został opublikowany w dniu 25 lipca 2022 r., nakładającego na grupę PORR karę finansową w wysokości 62,35 mln euro. W ocenie Odwołującego I, w samooczyszczeniu PORR Bau GmbH nie ma wskazania na fakt zawarcia przez PORR Bau GmbH jakiegokolwiek konkretnej zмовы przetargowej, ani opisanie okoliczności związanych z naruszeniami konkurencji przez ten podmiot. Dla Odwołującego I to nie okoliczność dojścia przez PORR Bau GmbH do porozumienia z Federalnym Urzędem ds. Konkurencji (dalej „BWB”), czy nawet wydanie wyroku przez ASK jest podstawą merytoryczną wykluczenia, ale udział PORR Bau GmbH – a nie sugeruje ten podmiot „pracowników oskarżonych firm w różnym stopniu (...) w zмовie” – w konkretnych przypadkach zawarcia umów, mających na celu zakłócenie konkurencji.

Dalej Odwołujący I wywiódł, że z informacji wskazanych w wyroku ASK wynika, że naruszenia, których dopuścił się PORR Bau GmbH miały charakter istotny, długotrwały i oddziaływały na uczciwą konkurencję, bowiem biorąc pod uwagę aspekty wagi i czasu trwania naruszenia, stopnia winy oraz ekonomicznego wpływu na rynek nie budzi wątpliwości, że działania PORR Bau GmbH naruszały podstawowe zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości, a również ten podmiot był częścią kartelu funkcjonującego wiele lat na rynku robót budowlanych, którego celem była eliminacja konkurencji. W dalszych części Odwołujący I cytując poszczególne fragmenty wyroku ASK dotyczącego naruszeń, konkludował, że PORR Bau GmbH nie wspominał o tych okolicznościach faktycznych ani osobach odpowiedzialnych za te naruszenia w treści JEDZ lub samooczyszczenia.

Następnie Odwołujący I argumentował, że okres wykluczenia liczy się od daty wydania decyzji o naruszeniu przez danego wykonawcę, będącego podstawą wykluczenia i zawarł wywody prawne dotyczące wytycznych interpretacyjnych

art. 111 ust. 4 ustawy Pzp i jego unijnego odzwierciedlenia w postaci art. 57 ust. 7 Dyrektywy 2014/24/UE, przypominając, że TSUE w wyroku z dnia 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17 Vossloh Laeis GmbH v. Stadtwerke Munchen GmbH uznał, że w świetle art. 57 ust. 7 ww. dyrektywy, zasadą jest, że okres wykluczenia liczy się nie od dnia popełnienia czynu wypełniającego znamiona naruszenia (np. zmowy przetargowej), ale od daty skazania, która przypada niekiedy sporo po popełnieniu czynu. Jak dodał Odwołujący I, inna kwalifikacja okresu wykluczenia prowadziłaby do sytuacji, iż do momentu wydania decyzji organu antymonopolowego wykonawca twierdziłby, że w zmwie nie był, czyli tym samym nie ziściłby się wobec niego przesłanki wykluczenia, bowiem nie wskazywałby w swych oświadczeniach fakty zawarcia niedozwolonego porozumienia, skoro twierdził, że w zmwie nie uczestniczył, a po wydaniu decyzji wykonawca twierdziłby, iż wobec niego nie ziści się przesłanka wykluczenia, bowiem upłynął trzyletni okres, od dnia, w którym w zmwie uczestniczył – w konsekwencji nigdy nie doszłoby do wykluczenia wykonawcy, który zawarł niedozwolone porozumienie. Dalej Odwołujący podawał przykłady orzecznictwa Sądu Okręgowego w Warszawie (wyrok z dnia 30 marca 2023 r., sygn. akt XXIII Za 5/23) i Izby (wyrok z dnia 20 lutego 2024 r., sygn. akt 283/24), które miały potwierdzać powyższą kwalifikację okresu. W szczególności co do wyroku Sądu Okręgowego, dotyczącego zmwów przetargowych na terenie Austrii, Odwołujący I podkreślił, że pomimo tego, że wykonawca objęty tym wyrokiem współpracował z BWB, o czym sam informował publicznie obie strony, a wykonawca przyznał się do udziału w zmwach – już po złożeniu aktu oskarżenia przez BWB, okres wykluczenia liczyć należy od dnia wydania wyroku przez ASK.

W tym kontekście Odwołujący I wskazał, że w przypadku PORR Bau GmbH pierwszą wiarygodną przesłanką wskazującą na podleganie wykluczeniu za udział w zmwach przetargowych było wydanie wyroku ASK w dniu 17 lutego 2022 r., a przed tą datą nie istniały publiczne informacje o przyznaniu się przez PORR Bau GmbH do konkretnych zmwów objętych tym wyrokiem. Dla Odwołującego I nie ulega wątpliwości, że za takie informacje nie można uznać np. komunikatu BWB z dnia 22 kwietnia 2021 r., w którym BWB informuje, że złożył pierwsze wnioski przeciwko 4 firmom budowlanym w październiku 2020 r., w której nadto poinformowano, że „Zainteresowane firmy nie współpracują w ramach programu łagodzenia kar”. Zdaniem Odwołującego I nie można też zaliczyć wniosków BWB o ukaranie PORR Bau GmbH, bowiem te wnioski nie zostały nigdy upublicznione i nie można było na ich podstawie powziąć informacji o zawarciu zmowy.

Następnie Odwołujący I ustosunkował się do wydanego przez Izbę wyroku w dniu 27 stycznia 2025 r. (sygn. akt KIO 4943/24, KIO 4974/24), podnosząc, że został on wydany w stosunku do innych stron niż Odwołujący I, który nie brał udziału w sprawie. Dalej Odwołujący I, w celu wykazania, że ww. wyrok został oparty o niepełny stan faktyczny sprawy. Odwołujący I podnosił, że ww. wyroku nie uwzględniono okoliczności, że na gruncie przepisów prawa austriackiego nie ma możliwości zawarcia ugody z BWB przed lub w toku postępowania przed ASK, a zatem twierdzenia PORR w tym zakresie złożone w samooczyszczeniu nie są zgodne z rzeczywistością, a które to informacje stanowiły podstawę wydania ww. wyroku. Jak wskazał przy tym Odwołujący I, chodzi o procedurę, w której skutek przyznania okoliczności naruszenia prawa konkurencji przez oskarżonego postępowanie przed ASK jest maksymalnie skrócone. Także treść wyroku ASK wskazuje na to, że PORR Bau GmbH złożył wobec BWB oświadczenia na przełomie września października i listopada 2021 r, w których przyznał się do naruszenia prawa konkurencji. Okoliczność złożenia tych oświadczeń skutkowało złożeniem przez BWB na początku 2022 r. ostatecznego wniosku do ASK o nałożenie kary. W wyroku ASK nie ma natomiast mowy o tym, aby PORR Bau GmbH zawarł z BWB ugodę w tym zakresie. Tym samym dla Odwołującego I wskazanie w wyroku Izby, iż postępowanie zakończyło się zawarciem ugody pomiędzy PORR a BWB był niezgodny z rzeczywistością. Odwołujący I podkreślił też, że wniosek BWB z kwietnia 2021 r. nie jest publicznie dostępny i żaden zamawiający nie znał jego treści i nie mając dostępu do niego nie mógł na tejże podstawie powziąć wiedzy o podstawach wykluczenia PORR z postępowania. Jednocześnie Odwołujący I zwrócił też uwagę, że ów wniosek BWB mógł być w każdej chwili cofnięty. Nie ulega dla Odwołującego I wątpliwości, że okres wykluczenia należy liczyć od daty opublikowania wyroku ASK w dniu 25 lipca 2022 r., bowiem dopiero od tej daty możliwe było powzięcie informacji o zakresie i przypadkach, które stanowiły o zawarciu przez PORR porozumień niezgodnych z prawem konkurencji.

Dalej Odwołujący I poczynił także ogólne uwagi na temat tego, że termin upływu okresu wykluczenia z art. 111 ust. 4 ustawy Pzp oznacza, że wykonawca przestaje być objęty przesłanką wykluczenia w postępowaniach, w których składa on ofertę po upływie okresu wykluczenia. Zatem dany wykonawca nie może podlegać wykluczeniu nie tylko na dzień składania ofert, ale także na dzień udzielenia zamówienia, a może być wykluczony także w jego trakcie, jeżeli wówczas zaistnieją ku temu przesłanki.

Końcowo Odwołujący I zawarł uwagi na temat nieskuteczności złożonego samooczyszczenia przez PORR Bau GmbH, powtarzając ponownie, że nie zawarł on w złożonym dokumencie jakichkolwiek informacji o szczegółach i konkretnych zmwach przetargowych. Odwołujący I podkreślił też, że w samooczyszczeniu nie wskazano jakiegokolwiek podmiotu, który skutkiem zmwów został pokrzywdzony oraz jakie mechanizmy stały za popełnianiem zmwów, czy też było to

podyktowane działalnością pojedynczych pracowników. Nie znając tych przyczyn, w ocenie Odwołującego I nie sposób stwierdzić, czy wdrożenie środków zaradczych zapobiegnie w przyszłości powstaniu zmów. Następnie Odwołujący I odniósł się do cytowanych fragmentów samooczystczenia PORR Bau GmbH, co finalnie prowadzi do wniosku Odwołującego I, że przeprowadzona procedura samooczystczenia była nieskuteczna.

Następnie należy przytoczyć treść przepisów ustawy Pzp, których naruszenia w ramach zarzutu nr 1 upatrywał Odwołujący I.

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

Nadto, na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Ponadto przytoczyć należy też treść art. 111 pkt 4) ustawy Pzp, wedle którego wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Mając na uwadze powyższe, w tym zgromadzony materiał dowodowy, przytoczony stan faktyczny i prawny, stanowiska Odwołującego I, Zamawiającego oraz uczestników postępowania w tym zakresie, zdaniem Izby zarzut należało oddalić.

Analizując treść uzasadnienia zarzutu, skład orzekający doszedł do przekonania, że istota sporu pomiędzy Odwołującym I a Zamawiającym i PORR sprowadzała się po pierwsze do tego, czy wobec PORR Bau GmbH okres wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp już upłynął, a jeżeli upłynął to kiedy.

Zarazem nie była sporna sama okoliczność, że PORR Bau GmbH dopuścił się 1362 przypadków udziału w zawarciu z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, czego skutkiem było ukaranie PORR Bau GmbH karą w wysokości ponad 62 mln euro na mocy wyroku ASK z dnia 12 lutego 2022 r., który został opublikowany w dniu 25 lipca 2022 r. Poza sporem było to, że w złożonym dokumencie JEDZ przez PORR Bau GmbH, na pytanie dotyczące okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy, PORR Bau GmbH udzielił odpowiedzi twierdzącej i złożył samooczystczenie. Niewątpliwie więc, w pewnym, choć spornym pomiędzy Odwołującym I a Zamawiającym i PORR) okresie występowała wobec PORR Bau GmbH przesłanka wykluczenia opisana w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Rozstrzygnięcie kwestii, od kiedy należało liczyć okres wykluczenia w odniesieniu do PORR Bau GmbH, jest zatem kluczowe dla oceny tego zarzutu. Jeżeli uznać, że rację ma Zamawiający i PORR – okres wykluczenia upłynął - wówczas za bezprzedmiotową trzeba uznać analizę treści samooczystczenia złożonego przez PORR Bau GmbH z punktu widzenia art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. W takim bowiem przypadku udzielenie w złożonym JEDZ przez PORR Bau GmbH odpowiedzi „tak” na pytanie „Czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji?” oraz złożenie samooczystczenia potraktować należy jako działanie podjęte przez PORR z ostrożności w toku postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż niezależnie od skuteczności samooczystczenia, nie powinien zostać on wykluczony z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, a jego oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) ustawy Pzp.

Należy zatem zauważyć, że w przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, wykluczenie wykonawcy, zgodnie z art. 111 pkt 4) ustawy Pzp, następuje na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Zdaniem Odwołującego I okres wykluczenia należało liczyć od dnia 25 lipca 2022 r., tj. od daty opublikowania wyroku ASK z dnia 17 lutego 2022 r. Natomiast Zamawiający i PORR twierdzili, że okres wykluczenia należało liczyć od kwietnia 2021 r. (jak precyzował PORR – od 9 kwietnia 2021 r.), tj. od daty złożenia wniosku do ASK przez BWB o ukaranie PORR Bau GmbH).

Dodać również trzeba, że w zależności od przesłanki wykluczenia okres wykluczenia liczy się od dnia uprawomocnienia się wyroku skazującego za przestępstwo lub wykroczenie, wydania ostatecznej decyzji lub zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Moment zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia określa się na podstawie przepisów dotyczących podstaw wykluczenia (art. 108 i art. 109 ustawy Pzp). Nie zawsze jednak z tych przepisów wynika jasno, czy tym zdarzeniem jest czyn wykonawcy, orzeczenie sądu, decyzja organu lub zamawiającego. Okres wykluczenia wykonawcy, który zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, wynosi 3 lata od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. W przypadku uczestnictwa w kartelu takim zdarzeniem jest co do zasady decyzja właściwego organu do spraw ochrony konkurencji (za: Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, pod red. H. Nowak, M. Winiarz Wydanie II, Urząd Zamówień Publicznych).

Izba zważyła, że nie istnieje swoisty automatyzm w ustaleniu momentu zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Wymusza to więc ocenę sytuacji w oparciu o indywidualny stan faktyczny zaistniały w danej sprawie.

W tym miejscu skład orzekający mając na uwadze całokształt sprawy uznał, że podziela stanowisko wyrażone przez Izbę w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 stycznia 2025 r. o sygn. KIO 4943/25, KIO 4974/25 co do tego, iż to termin kwiecień 2021 r. jest właściwym momentem, od którego należało liczyć okres wykluczenia, bowiem wówczas oficjalnie został stwierdzony fakt zawierania przez PORR Bau GmbH porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji w przetargach publicznych i prywatnych, co następnie zostało potwierdzone wyrokiem z dnia 17 lutego 2022 r. Doprecyzowując, w ocenie Izby to datę 9 kwietnia 2021 r. należy traktować jako formalny i doniosły moment zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, a więc dzień, w którym to BWB (Federalny Urząd Ochrony Konkurencji w Austrii) skierował wniosek o ukaranie podmiotów z grupy PORR AG (w tym PORR Bau GmbH) do ASK (Sąd Antymonopolowy). Natomiast, co również wskazała Izba w przywoływanym wyroku, przyjęcie jako terminu początkowego wyroku ASK należało oceniać wyłącznie w kategorii zdarzenia potwierdzającego, a nie stwierdzającego zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Skład orzekający podziela też w pełni wyrażone w wyroku o sygn. akt KIO 4943/25, KIO 4974/25 stanowisko, że należy uwzględnić „potrzeby badania okoliczności konkretnej sprawy, w szczególności ustalenia, czy nie miały miejsce wcześniejsze zdarzenia przed innymi organami, jak również sposobu w jaki sam podmiot postrzegał swoją odpowiedzialność za czyny mające wypełniać przesłankę wykluczenia. W sytuacji kiedy sam podmiot otwarcie potwierdza fakt udziału w porozumieniu mającym na celu zakłócenie konkurencji, powinno to również być brane pod uwagę przy ocenie jego wiarygodności. Uwzględniając charakter naruszeń Porr Bau GmbH właściwym jest wskazanie, że dla stwierdzenia zмовы przetargowej nie jest konieczny wyrok sądu lub decyzja administracyjna”. Zasadnym jest podobnie powołanie się na stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie w wyroku z 23 listopada 2021, sygn. akt XXIII Zs 99/21, gdzie Sąd wskazał, że: „ustawodawca unijny wprost wskazał, że instytucja zamawiająca musi mieć możliwość uznania, że wykonawca stracił wiarygodność także przed wydaniem ostatecznej i wiążącej decyzji o istnieniu obowiązkowych podstaw wykluczenia i dokonać oceny wiarygodności wykonawcy za pomocą dowolnych środków dowodowych”.

Co do argumentacji Odwołującego I w przedmiocie braku publicznego dostępu do wniosku BWB, to należy zgodzić się ze stanowiskiem wyrażonym w piśmie PORR, że fakt opublikowania informacji w sferze publicznej (np. na stronie internetowej organu) nie ma znaczenia dla biegu terminu wykluczenia - w przeciwnym razie doszłoby do nieuzasadnionej sytuacji, w której bieg terminu rozpoczynałby się w zależności od tego czy w danym kraju podmiot wydający decyzje publikuje tego typu informacje.

Natomiast argument Odwołującego I, że wniosek BWB mógł być w każdej chwili cofnięty, stanowi jedynie spekulację, która nie znalazła potwierdzenia w zaistniałym stanie faktycznym, bowiem na podstawie wniosku BWB został następnie wydany wyrok ASK.

Dla rozstrzygnięcia kwestii liczenia okresu wykluczenia nie ma też zasadniczo to, czy formalnie nie doszło do zawarcia ugody. Nawet jeżeli wedle przepisów prawa austriackiego nie mogła zostać zawarta ugoda (co w istocie wynika z obu dowodów złożonych na okoliczność, jak wygląda procedura austriacka przez Odwołującego I w postaci opinii prawnej w sprawie PORR Bau GmbH oraz PORR w postaci stanowiska w sprawie porozumienia BWB Federalny Urząd Ochrony Konkurencji) to wciąż kluczową kwestią jest to, czy wniosek BWB z 9 kwietnia 2021 r. (data wynika z dowodu Odwołującego I), niezależnie od przyczyn doprowadzających do jego skierowania, pozostaje pierwszym, właściwym zdarzeniem, o którym mowa w art. 111 pkt 4) ustawy Pzp.

Odnosząc się w tym miejscu do powoływanego przez Odwołującego I orzecznictwa w postaci wyroku TSUE z dnia 14 października 2018 r. w sprawie C-124/17, Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 marca 2023 r., sygn. akt: XXIII Zs 5/23 oraz Izby z dnia 20 lutego 2024 r. sygn. akt KIO 283/24, nie potwierdzają one twierdzeń Odwołującego I. Jakkolwiek słusznie wywiedli w swoich stanowiskach PORR i Zamawiający i czego Izba nie będzie powielać w treści uzasadnienia, w żadnym z wyroków nie rozstrzygano sytuacji, w której wydano decyzję organu oraz wyrok sądu i to wyrok wyznaczał początek biegu okresu wykluczenia. Nie można więc przyjmować automatycznie, że wytyczne płynące z orzeczeń, które dotyczyły innych stanów faktycznych i ich adekwatność względem tychże (które to adekwatności Izba absolutnie nie neguje), znajdują zastosowanie w stanie faktycznym dotyczącym sprawy objętej niniejszym postępowaniem odwoławczym. Różne są bowiem choćby okoliczności zachowań wykonawców, którzy dopuszczali się niedozwolonych praktyk antykonkurencyjnych.

Powyższe uwagi doprowadziły Izbę do przekonania, iż właściwym momentem, od którego należało liczyć okres wykluczenia, był dzień, w którym to BWB skierował wniosek o ukaranie PORR Bau GmbH do ASK. Był to bowiem pierwszy obiektywny moment, w którym można było wykazać, że wobec wykonawcy zachodzą wiarygodne przesłanki wykluczenia. Stąd też należy uznać, że okres wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) względem PORR Bau

GmbH upłynął w kwietniu 2024 r.

Jednocześnie, warto zwrócić uwagę na okoliczność wynikającą z dowodu złożonego przez PORR w postaci Komunikatu BWB z dnia 30 września 2021 r., z którego wynika, że PORR AG przyznał się do naruszenia przepisów i zobowiązał się do zapłaty grzywny w wysokości 62,35 mln EUR, a BWB zwróci się do sądu ds. karteli o nałożenie grzywny w tej wysokości. Nawet gdyby uznać, że okres wykluczenia nie należałoby liczyć od kwietnia 2021 r., czego wszakże Izba nie wskazuje, to dowód potwierdza, że w sferze publicznej informacja o podstawie wykluczenia była dostępna we wrześniu 2021 r., co oznacza, że nawet przy takim założeniu, okres wykluczenia upłynął przed terminem składania ofert.

Izba nie znajduje zatem podstaw, aby przychylić się do twierdzeń Odwołującego prowadzących do przyjęcia, że pierwszą wiarygodną przesłanką wskazującą na podleganie przez PORR Bau GmbH wykluczeniu z postępowania było wydanie wyroku ASK z dnia 17 lutego 2022 r., a nawet jego publikacja w lipcu 2022 r.

Skutkiem upływu okresu wykluczenia określonego w art. 111 pkt 4) ustawy Pzp, jest to, że zamawiający nie jest uprawniony do wykluczenia wykonawcy z postępowania ze względu na podstawę wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Koniec okresu wykluczenia wyznacza moment, po którym rzetelność wykonawcy nie może być przedmiotem zarzutu z powodu dopuszczenia się w przeszłości złowych przetargowych, niezależnie od powziętej procedury self-cleaningu.

Podsumowując powyższe, jako że w ocenie Izby okres wykluczenia upłynął w kwietniu 2024 r., a więc przed terminem składania ofert, który bezspornie upływał w dniu 20 grudnia 2024 r., to niezależnie od treści samooczystczenia PORR Bau GmbH, czy też charakteru stwierdzonych naruszeń dotyczących złowych przetargowych, brak było podstaw, aby PORR został wykluczony z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, a jego oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) ustawy Pzp. Za bezcelowe więc w tych okolicznościach Izba uznała analizowanie treści samooczystczenia PORR Bau GmbH pod kątem wypełnienia przesłanek z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp i pominęła podnoszoną argumentację w tym zakresie jako niemającą znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu. Z tejże przyczyny jako nieistotny dla rozstrzygnięcia zarzutu okazał się dowód Odwołującego I w postaci pisma Landu Styria z dnia 13 marca 2025 r. oraz przedłożony przez Zamawiającego wyrok Federalnego Sądu Administracyjnego o numerze referencyjnym: W187 2246496-2/41E.

Z powyższych względów skład orzekający uznał zarzut za niezasadny.

Zarzut nr 2

W tym zakresie Odwołujący I zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 43 i 45 ust. 1 Dyrektywy 2014/25/UE i art. 132 ustawy lub art. 226 ust. 1 pkt 5) lub 9) ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Gülermak oraz Konsorcjum NDI-DOGUS jako oferty niezgodnej z przepisami ustawy lub jako sprzecznej z warunkami zamówienia lub jako ofertę złożoną przez wykonawcę niezaprośzonego do składania ofert.

Odwołujący I, powołując się na wyroki TSUE – wyrok z dnia 22 października 2024 r. w sprawie C-652/22 (Kolin) oraz wyrok z dnia 13 marca 2025 r. w sprawie C-266/22 (CRRC Qingdao), wskazał, że dokonana w tych wyrokach wykładnia przepisów Dyrektywy 2014/25/UE wskazuje na to, że o ile dany zamawiający nie wskaże wyraźnie w dokumentacji postępowania, że dopuszcza do udziału w postępowaniu wykonawców z krajów nie będących stroną GPA, to wykonawcy tacy nie mają prawa i nie są dopuszczeni do udziału w postępowaniu. Prounijna wykładnia przepisów prawa krajowego nakazuje w ocenie Odwołującego I wykładnię przepisów ustawy Pzp w świetle obu ww. wyroków. W tym stanie rzeczy Odwołujący I wskazał, że złożenie oferty przez wykonawcę z państwa, które nie jest stroną porozumienia GPA – o ile zamawiający wprost nie przewidział takiej możliwości w SWZ – jest sprzeczne z art. 43 i art. 45 ust. 1 Dyrektywy 2014/25/UE i art. 132 ustawy Pzp i stanowi podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. Odwołujący I podniósł, że Zamawiający w tym Postępowaniu nie przewidział, że w SWZ możliwości składania oferty przez wykonawców z państw trzecich, które nie są stroną porozumienia GPA. Odwołujący I wskazał też, że Turcja nie jest stroną Porozumienia GPA, a zatem wykonawcy z Turcji nie mają prawa ubiegania się o zamówienie w ramach Postępowania, a ich oferty powinny być odrzucone, a z uwagi na brzmienie art. 58 ust. 5 ustawy Pzp – w przypadku istnienia podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez któregośkolwiek z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, odrzuceniu podlega oferta wspólna. Jak wskazał Odwołujący I, w przypadku Konsorcjum NDI-DOGUS, wykonawca DOĞUŞ İNŞAAT VE TİCARET A.Ş jest z Turcji, a zatem oferta Konsorcjum NDI-DOGUS podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. Odwołujący I stwierdził dalej, że w przypadku Gülermak, spółka ta jest zarejestrowana w Polsce, ale jest w pełni kontrolowana przez wykonawcę z Turcji – Gülermak S.A. jest polską spółką w 100% zależną od Gülermak Suisse SA z siedzibą w Genewie, a ta jest spółką zależną należącą w całości do Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş z siedzibą w Stambule. To dla Odwołującego I oznacza, że Gülermak, jako spółka kontrolowana ostatecznie przez Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. musi być postrzegana jako wykonawca z państwa trzeciego, które nie jest stroną Porozumienia GPA i który nie ma

uprawnienia do ubiegania się o udzielenie zamówienia.

W ocenie Odwołującego I, oferty wykonawców z państw nie będących stroną Porozumienia GPA nie odpowiadają także warunkom zamówienia, stąd oferty Konsorcjum NDI-DOGUS i Gulermak powinny zostać odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Odwołujący I podniósł też, że wykonawcy z krajów niezwiązanych umowami z UE nie zostali na podstawie SWZ zaproszeni do składania ofert, zatem i w świetle art. 226 ust. 1 pkt 9) ustawy Pzp, oferty Konsorcjum NDI-DOGUS i Gulermak podlegają odrzuceniu.

Jak stanowi art. 226 ust. 1 pkt 3), 5) i 9) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

3) jest niezgodna z przepisami ustawy,

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

9) została złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert.

Zgodnie z art. 43 Dyrektywy 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, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE, w zakresie, w jakim to obejmują załączniki 3, 4 i 5 oraz uwagi ogólne do dodatku I Unii Europejskiej do Porozumienia GPA, a także inne umowy międzynarodowe, którymi związana jest Unia, podmioty zamawiające w rozumieniu art. 4 ust. 1 lit. a) przyznają robotom budowlanym, dostawom, usługom i wykonawcom sygnatariuszy wspomnianych umów i Porozumienia traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie przyznane robotom budowlanym, dostawom, usługom i wykonawcom Unii.

W art. 45 ust. 1 ww. Dyrektywy 2014/25/UE wskazano, że w procedurze otwartej każdy zainteresowany wykonawca może złożyć ofertę w odpowiedzi na zaproszenie do ubiegania się o zamówienia.

Według art. 132 ustawy Pzp, przetarg nieograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy.

Uwzględniając powyższe, w tym zgromadzony materiał dowodowy, przytoczony stan faktyczny i prawny, stanowiska Odwołującego I, Zamawiającego oraz uczestników postępowania w tym zakresie, w ocenie Izby zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Mając na uwadze doniosłość zapadłych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) dla rynku zamówień publicznych dotyczących kompetencji Unii w ramach wspólnej polityki handlowej państw członkowskich w zakresie dostępu wykonawców z państw trzecich, z którymi UE nie jest związana umową międzynarodową gwarantującą równy i wzajemny dostęp do zamówień publicznych, w pierwszej kolejności skład orzekający poczyni następujące uwagi wstępne. TSUE w wyroku z dnia 22 października 2024 r. w sprawie C-652/22 Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ przeciwko Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (ECLI:EU:C:2024:910), wskazał, że jedynie Unia jest uprawniona do przyjęcia aktu o charakterze generalnym dotyczącego dostępu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w Unii dla wykonawców z państwa trzeciego, które nie zawarło z Unią umowy międzynarodowej gwarantującej równy i wzajemny dostęp do zamówień publicznych, poprzez ustanowienie bądź systemu, który pozbawia ich go lub który przewiduje korektę wyniku porównania ich ofert z ofertami złożonymi przez innych wykonawców (pkt 61 wyroku C-652/22 Kolin).

Następnie TSUE wskazał, że Unia nie upoważniła państw członkowskich do stanowienia prawa lub przyjmowania prawnie wiążących aktów w zakresie dostępu do postępowań dla wykonawców z państw trzecich oraz że Unia nie przyjęła również do tej pory aktów tego rodzaju, które państwa członkowskie mogłyby wprowadzić w życie (pkt 62 wyroku C-652/22 Kolin).

Powyższe doprowadziło do wniosku Trybunału, że w braku przyjętych przez Unię aktów to do podmiotu zamawiającego należy dokonanie oceny, czy należy dopuścić do postępowania wykonawców z państwa trzeciego, które nie zawarło z Unią umowy międzynarodowej gwarantującej równy i wzajemny dostęp do zamówień publicznych, oraz w przypadku gdy zdecyduje się on ich dopuścić, czy należy przewidzieć korektę wyniku porównania ich ofert z ofertami złożonymi przez innych wykonawców (pkt 63 wyroku C-652/22 Kolin).

TSUE wskazało też, że wykonawcom z państw trzecich nie przysługuje prawo do nie mniej korzystnego traktowania na podstawie art. 43 dyrektywy 2014/25, zamawiający może przedstawić w dokumentach zamówienia warunki, które mają odzwierciedlać obiektywną różnicę między sytuacją prawną tych wykonawców a tych z Unii i z państw które zawarły umowy z UE w rozumieniu art. 43 ww. dyrektywy (pkt 64 wyroku C-652/22 Kolin).

Izba zważyła również, że stanowisko, jakie TSUE zajął w wyroku C-652/22 Kolin zostało następnie potwierdzone przez TSUE w wyroku z dnia 13 marca 2025 r. w sprawie C-266/22 CRRC Qingdao Sifang CO LTD et Astra Vagoane Calator S.A. przeciwko Autoritatea pentru Reforma Feroviara i Alstom Feroviaria S.P.A. (ECLI:EU:C:2025:178).

Przechodząc do istoty zarzutu, Odwołujący I wywiódł, że z ww. orzecznictwa TSUE wynika, że o ile zamawiający nie wskaże wyraźnie w dokumentacji postępowania, że dopuszcza do udziału w postępowaniu wykonawców z państw trzecich niezwiązanych umową międzynarodową z UE, to wykonawcy tacy nie mają prawa i nie są dopuszczeni do

udziału w postępowaniu i na poparcie swojego twierdzenia przytoczył prywatne opinie. Dla Odwołującego I milczenie Zamawiającego w tym zakresie nie można poczytywać jako zgody na udział takich wykonawców w postępowaniu, bowiem oznaczałoby to, iż prawo do złożenia oferty w postępowaniu przysługuje im na podstawie przepisów Dyrektywy 2014/24/UE lub Dyrektywy 2014/25/UE i przepisów ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego I zatem, złożenie oferty przez wykonawcę z państwa trzeciego, w sytuacji gdy Zamawiający nie przewidział wprost w SWZ takiej możliwości, stanowi podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp.

Izba jednakże nie przychyliła się do interpretacji przyjętej przez Odwołującego I. W ocenie składu orzekającego, TSUE nie rozstrzyga wprost, co de facto oznacza „milczenie” zamawiającego względem sytuacji oferentów z państw trzecich. Nie można przyjąć, że TSUE jednoznacznie rozstrzygnęło, że zamiar dopuszczenia wykonawców z państw trzecich niezwiązanych umową międzynarodową z Unią, powinien znaleźć odzwierciedlenie w treści dokumentacji zamówienia.

Z przywołanego orzecznictwa TSUE nie wynika, że wykonawcy z państw trzecich, z którymi UE nie jest związana żadną umową międzynarodową gwarantującą na zasadzie wzajemności i równości dostęp do rynku zamówień publicznych, nie mogą ubiegać się o zamówienia publiczne udzielane przez państwa członkowskie. To do zamawiającego należy decyzja o dopuszczeniu takich wykonawców do udziału w postępowaniu, jak również określenie zasad, na jakich to dopuszczenie następuje – zamawiający może różnicować traktowanie takich wykonawców (określić warunki zamówienia mniej korzystne) względem wykonawców z państw członkowskich i z państw związanych z UE ww. umową międzynarodową.

Skład orzekający popiera też dotychczas wyrażone stanowisko przez Izbę, zawarte w wyroku z dnia 17 stycznia 2025 r. (sygn. akt: KIO 4763/24), że: „w przywołanym wyroku [C-652/22 Kolin] TSUE nie orzekł o niedopuszczalności wykonawców z siedzibą w Turcji do unijnego systemu zamówień publicznych (ani tym bardziej o tym, że milczenie oznacza o ich niedopuszczeniu), tylko o pozostawieniu tej decyzji zamawiającemu. (...). Z tezy 63 wyroku TSUE nie można, w ocenie Izby, wyciągać jednoznacznego wniosku, że zdaniem Trybunału zamawiający ma obowiązek sygnalizować w dokumentach zamówienia jedynie zamiar dopuszczenia wykonawców z państw trzecich do ubiegania się o zamówienia, natomiast nie ma obowiązku wyrażać woli ich niedopuszczenia”.

Dodatkowo warto zauważyć, że Trybunał w sposób jednoznaczny nie wypowiada się w temacie konsorcjów lub członków konsorcjów z państw trzecich, jak i nie rozstrzyga przypadku, czy dostęp do rynku może zostać ograniczony również wykonawcom mającym siedzibę w państwie członkowskim, lecz kontrolowanym przez podmioty z państw trzecich.

Izba ma świadomość, że obecnie trwa dyskusja co do wykładni zapadłego orzecznictwa Trybunału, jak i to, że przewidywane są zmiany ustawy Pzp uwzględniające wytyczne TSUE, co tylko potwierdza, że kwestia „milczenia” zamawiającego nie jest definitywnie rozstrzygnięta. Ewentualne definitywne rozstrzygnięcia co do wątpliwości interpretacyjnych będą miały przełożenie do przyszłych przypadków. Stąd mając na względzie grożącą sankcję w postaci odrzucenia oferty w razie przyjęcia stanowiska Odwołującego I, dla oceny zarzutu przyjęła obiektywne czynniki adekwatne do stanu faktycznego sprawy.

Otóż, uwagi wymaga, że wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia nastąpiło w dniu 29 lipca 2024 r., a więc niewątpliwie przed datą ogłoszenia pierwszego z ww. wyroków TSUE. Nie sposób uznać, że „milczenie” Zamawiającego na dzień publikacji SWZ, wyrażało wolę niedopuszczenia do postępowania kręgu wykonawców z państw trzecich. Co ważne, wyrok TSUE z dnia 22 października 2024 r. nie rozstrzygnął wprost, co de facto oznacza „milczenie” zamawiającego względem sytuacji oferentów z państw trzecich. Tym samym nie jest zasadnym też zmiana postrzegania tego „milczenia” po dacie 22 października 2024 r. Dodatkowo trzeba zauważyć, że przed terminem składania ofert ustalonym na dzień 20 grudnia 2024 r., w dniu 8 listopada 2024 r. pojawiła się jeszcze informacja na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych (<https://www.gov.pl/web/uzp/udzial-wykonawcow-z-panstw-trzecich-w-swietle-wyroku-tsue-w-sprawie-c-65222>), z której wynikało, że zasada przejrzystości uprawnia do wniosku, że brak jakiegokolwiek informacji w zakresie ograniczenia dostępu wykonawcom z państw trzecich, oznacza brak ograniczeń zamawiającego w tym dostępie. Jeżeli więc Zamawiający miał czerpać wiedzę na temat niedawno zapadłego orzeczenia, to na podstawie oficjalnych informacji ze strony UZP mógł wyciągnąć odmienne wnioski aniżeli zawarte w treści odwołania co do „milczenia”.

Nie sposób więc racjonalnie przyjąć, że decyzja Zamawiającego sprowadzała się do niedopuszczenia wykonawców z państw trzecich. Wreszcie, skoro, co bezspornie stwierdził TSUE, dokonanie oceny, czy należy dopuścić do postępowania wykonawców z państwa trzeciego, które nie zawarło z Unią umowy międzynarodowej gwarantującej równy i wzajemny dostęp do zamówień publicznych leży w gestii instytucji zamawiającej – to stanowisko Zamawiającego co do intencji dopuszczenia wszystkich wykonawców zostało jasno wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

Odnosząc się natomiast bezpośrednio do podstaw odrzucenia oferty, na podstawie których w ocenie Odwołującego I powinny zostać odrzucone oferty Konsorcjum NDI-DOGUS i Gulermak, należy wskazać następujące.

Po pierwsze podstawą do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, nie może mieć

zastosowania, bowiem nie można mówić o sprzeczności z art. 132, który jasno referuje do wszystkich wykonawców.

Po drugie zastosowania nie znajdzie też podstawa z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, gdyż z żadnego z postanowień nie wynika ograniczenie w dostępie dla określonej grupy wykonawców, a ocena „milczenia” Zamawiającego dokonana przez Izbę nie oznacza postawienia takiego ograniczenia.

Po trzecie art. 226 ust. 1 pkt 9) ustawy Pzp dotyczy postępowań kilkietapowych, stąd nie ma przełożenia w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie jednoetapowym, jakim jest przetarg nieograniczony. Żadna z podniesionych przez Odwołującego I przesłanek odrzucenia oferty nie ma zatem zastosowania w niniejszym stanie faktycznym.

Z powyższych przyczyn zarzut podlegał oddaleniu.

Zarzut nr 3

Odwołujący I w ramach zarzutu nr 3, zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Konsorcjum NDI-DOGUS z uwagi na to, że oferta Konsorcjum NDI-DOGUS została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk w zakresie, w jakim Konsorcjum NDI-DOGUS w celu uzyskania dodatkowych 2 punktów w ramach określonego w Rozdziale XIX ust.7.2 SWZ kryterium oceny ofert wskazało w Załączniku nr 14 na stanowisko Kierownika Budowy osobą pana E.C. i w pkt. 2 jego doświadczenia, że w okresie styczeń 2010 r. do sierpień 2012 r. pełnił funkcję Kierownika Budowy przy realizacji roboty budowlanej „Linia Metra 2 Warszawa/Polska”, podczas gdy w rzeczywistości p. E.C. nie pełnił funkcji kierownika budowy na wskazanej inwestycji, co jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i narusza interes Odwołującego.

Jak podniósł w uzasadnieniu zarzutu Odwołujący I, w toku realizacji inwestycji „Linia Metra 2 Warszawa/Polska”, p. Emre Celik nie sprawował funkcji Kierownika Budowy, gdyż nie posiada on uprawnień do kierowania robotami budowlanymi umożliwiającymi pełnienie funkcji kierownika budowy stosownie do przepisów ustawy Prawo budowlane i przepisów odrębnych. Odwołujący I podniósł też, że samo Konsorcjum NDI-DOGUS wskazało w Załączniku nr 12 do SWZ, że ww. osoba nie posiada uprawnień budowlanych umożliwiających pełnienie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na dzień składania ofert, co prowadziło do wniosku Odwołującego I, że nie mogła ona pełnić funkcji kierownika budowy w toku realizacji ww. inwestycji. Jako dowód, że p. Emre Celik nie sprawował samodzielnej funkcji technicznej, tym bardziej funkcji kierownika budowy przy realizacji ww. inwestycji, Odwołujący I załączył do odwołania wynik wyszukiwania uprawnień p. Emre Celik w bazie danych Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa Z tych powodów, w ocenie Odwołującego I, ww. działanie Konsorcjum NDI-DOGUS, nakierowane na uzyskanie dodatkowych 2 pkt w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert, należy uznać za sprzeczne z dobrymi obyczajami nakazującymi przedstawienie prawdziwych informacji w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk. Odwołujący I zaznaczył przy tym, że brak przewidzenia w Postępowaniu fakultatywnych podstaw wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8) lub 10) ustawy Pzp nie wpływa na zasadność zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum NDI-DOGUS na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 uznk, jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Podkreślić po pierwsze należy, że na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jak stanowi art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

I choć Odwołujący I nie stawia naruszenia art. 14 ust. 1 uznk, za zasadne należy uznać wskazanie za tym przepisem, że czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

Mając na uwadze powyższe, w tym zgromadzony materiał dowodowy, przytoczony stan faktyczny i prawny, stanowiska Odwołującego I, Zamawiającego oraz uczestników postępowania w tym zakresie, w ocenie Izby choć twierdzenia Odwołującego I w tym zakresie okazały się zasadne, to zarzut podlegał oddaleniu z uwagi na brak wpływu na wynik postępowania rozumianego jako wybór oferty najkorzystniejszej, gdyż wszystkie zarzuty podniesione w obu odwołaniach względem PORR, tj. wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, w ocenie Izby okazały się niezasadne, więc uwzględnienie tego zarzutu i powtórzenie czynności Zamawiającego nie spowodowałoby zmiany wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą.

Podkreślić po pierwsze trzeba następujące kwestie. W Rozdziale XIX ust.7.2 SWZ Zamawiający szeroko dopuścił możliwość uzyskania punktacji za dodatkowe doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, wskazując, że można wykazać się doświadczeniem na wielu różnych stanowiskach, tj. „Kierownika Budowy lub

Inżyniera Projektu lub Kierownika/Zastępcy Kierownika /Dyrektora Kontraktu/Zastępcy Dyrektora Projektu/ Kontraktu lub Przedstawiciela Wykonawcy lub Kierownika Robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub inżynierskiej mostowej". Natomiast w wykazie osób na potrzeby kryteriów jakościowych oceny ofert (załącznik nr 14 do SWZ), Konsorcjum NDI-DOGUS bezspornie wskazało jako osobę na stanowisko Kierownika Budowy p. Emre Celik. Jednym z wykazywanych doświadczeń dla ww. osoby celem zdobycia punktacji w ramach kryterium jakościowego „Kwalifikacje personelu” było to zdobyte od stycznia 2010 r. do sierpnia 2012 r. na stanowisku Kierownika Budowy przy realizacji roboty budowlanej Linia Metra 2 Warszawa/Polska pełniąc obowiązki w sposób ciągły przez okres 30 miesięcy, która swoim zakresem obejmowała budowę wykonaną metodą górniczą i dotyczyła metro o długości 12 km TBM tunelu oraz łącznie 7 km linii (doświadczenie z poz. 2).

Wbrew temu, co twierdzi w swoim stanowisku procesowym Konsorcjum NDI-DOGUS, uzasadnienie zarzutu nie sprowadza się wyłącznie do pełnienia funkcji wynikającej z przepisów Prawa budowlanego, gdyż wyraźnie w treści odwołania wskazano, że p. Emre Celik nie sprawował samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, tym bardziej funkcji kierownika budowy, ale wyłącznie co najwyżej mógł pełnić rolę kontraktowego weryfikatora/nadzoru ze strony generalnego wykonawcy robót.

W sposób przekonujący nie potwierdza podnoszonej okoliczności załączony do odwołania dowód w postaci wyniku wyszukiwania uprawnień p. Emre Celik w bazie danych Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa, tym niemniej materiał dowodowy zebrany przez Odwołującego I i Odwołującego II (który Izba dołączyła z uwagi na tożsamość zarzutów obu odwołań), pozwala na ustalenie, że w określonym w okresie, p. Emre Celik nie sprawował (nie pełnił) funkcji kierownika budowy, a funkcję kierownicze pełniły inne osoby. Świadczą o tym dowody w postaci pisma Metra Warszawskiego z dnia 23 maja 2025 r., sygn. pisma: IR.400.3.2015, MW/IR/316/25, artykułu „Kulisy budowy centralnego odcinka II linii warszawskiego metra, a także dowody Odwołującego II w sprawie 1570/25 w postaci korespondencji z Koordynatorem Inspektorów Nadzoru centralnego odcinka II linii metra z dnia 5 maja 2025 r. Również składane w toku rozprawy zezwolenie (i przedłużenia zezwolenia) na pracę cudzoziemca na terytorium RP dla p. Emre Celik pokazują, że pracodawca ww. osoby w ramach projektu dotyczącego metra w Warszawie, uzyskiwał pozwolenia na pracę na stanowisku doradcy technicznego, któremu to stanowisku trudno przypisać rolę kierowniczą.

Powyższego nie odpiera dowód Konsorcjum NDI-DOGUS w postaci oświadczenia p. Emre Celik z załącznikami odnoszącymi się do doświadczenia ww. osoby, a także pozostała argumentacja Konsorcjum NDI-DOGUSZ przedstawionego oświadczenia właściwie nie wynika, jakie konkretnie stanowisko pełnił p. Emre Celik w projekcie, którego dotyczyło wykazywane doświadczenie. Zarazem załączone „CV personalne” jasno wskazuje, że p. Emre Celik pełnił funkcję Kierownika Robót na stacjach, a nie Kierownika Budowy. Dokument dotyczący doświadczenia ww. osoby wyraźnie też odróżnia doświadczenie zawodowe na projekcie metra warszawskiego od doświadczeń przy innych projektach, przy których widnieje funkcja Kierownika budowy. Dalej też Konsorcjum NDI-DOGUS podejmuje w ocenie Izby nietrafione próby wywodzenia z tłumaczenia dokumentów w językach obcych, jaką rzeczywiście rolę pełnił p. Emre Celik.

Skoro zatem samo Konsorcjum NDI-DOGUS miało świadomość, że p. Celik mógł nie pełnić funkcji kierownika budowy, to nie powinien jej wskazywać, a wyjaśnić Zamawiającemu, jaka to faktycznie była funkcja czy stanowisko i wskazać w wykazie, któremu z dopuszczalnych stanowisk odpowiada. Podając funkcję kierownika budowy podał informację wprowadzającą w błąd, skoro w rzeczywistości nie była to funkcja sprawowana przez p. Celika.

W konsekwencji Izba doszła do przekonania, że przy sporządzaniu wykazu na potrzeby przyznania punktacji w ramach kryterium pozacenowego, wykonawca nie zachował należytej staranności przy weryfikacji informacji, które wskazywał. Za niewystarczające wytłumaczenie Konsorcjum NDI-DOGUS, należy uznać to, że polegało ono na informacjach otrzymanych od p. Emre Celik. Od wykonawcy jako podmiotu profesjonalnego, wymagać należy szczególnej staranności. Ocena należytej staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej musi mieć na uwadze, zgodnie z art. 355 § 2 k.c., zawodowy charakter tej działalności. Koniecznym jest, aby wykonawca – przedsiębiorca zachował szczególną staranność, objawiającą się w rzetelności i dokładności o podwyższonym standardzie. Na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia musi się to przejawiać choćby przy składaniu oferty, dokumentów i oświadczeń we własnym imieniu, po to, aby ich treść była adekwatna do stanu faktycznego.

Izba przyjęła zatem, że wyżej opisane działanie Konsorcjum NDI-DOGUS stanowiło rezultat co najmniej rażącego niedbalstwa poprzez przekazanie Zamawiającemu informacji niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy, dążąc do uzyskania jak największej liczby punktów w kryterium dotyczącym Kierownika Budowy, tym samym wprowadzając Zamawiającego w błąd.

Mając na uwadze wcześniej przytoczoną treść przepisów uznk, w ocenie Izby przedstawienie Zamawiającemu informacji nieprawdziwej, odnoszącej się do doświadczenia zawodowego Kierownika budowy (p. E.C.), uznać należy działanie jako mające na celu rozpowszechnianie informacji nieprawdziwych o swoim przedsiębiorstwie, jak i mające na celu przysporzenie korzyści celem uzyskania zamówienia publicznego.

Stąd też Izba uznała twierdzenia Odwołującego I za słuszne w tym zakresie, niemniej, jak już zasygnalizowała, okoliczność ta pozostawała bez wpływu na wynik postępowania. Tym samym zarzut podlegał oddaleniu.

Zarzut nr 4

Dalej, Odwołujący I zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez Konsorcjum NDI-DOGUS niezgodnie z kryterium oceny ofert określonymi w Rozdziale XIX ust. 7.2, 7.3 7.4 SWZ i w konsekwencji przyznanie temu wykonawcy 26 punktów w kryterium Kwalifikacje personelu, łącznie 84,48 punkty w kryteriach oceny ofert, podczas gdy Konsorcjum NDI-DOGUS wykazało doświadczenie osób, które nie spełniają wymagań odpowiednio określonych w Rozdziale VI ust. 4.2.2) lit c), ust. 4.2.3 lit c) i 4.2.4) lit c) SWZ, a zatem Zamawiający winien był przyznać Konsorcjum NDI-DOGUS 10 punktów w kryterium Kwalifikacje personelu, łącznie 68,48 punktów we wszystkich kryteriach oceny ofert, ewentualnie poprzez przyznanie Konsorcjum NDI-DOGUS 4 punktów w ramach określonego w Rozdziale XIX ust. 7.2 SWZ kryterium oceny ofert, podczas gdy Konsorcjum NDI-DOGUS wskazało w Załączniku nr 14 na stanowisko Kierownika Budowy osobę pana E.C. i w pkt. 2 jego doświadczenia, że w okresie styczeń 2010 r. do sierpień 2012 r. pełnił funkcję Kierownika Budowy przy realizacji roboty budowlanej „Linia Metra 2 Warszawa/Polska”, podczas gdy w rzeczywistości p. E.C. nie pełnił funkcji kierownika budowy na wskazanej inwestycji, a zatem Zamawiający winien przyznać w tym kryterium Konsorcjum NDI-DOGUS 2 punkty oraz poprzez przyznanie Konsorcjum NDI-DOGUS 6 punktów w kryterium określonym Rozdziale XIX ust. 7.4 SWZ kryterium ocen ofert, podczas gdy Konsorcjum NDI-DOGUS wskazało w Załączniku nr 14 na stanowisko Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej osobę pana S.S. i w pkt. 2 jego doświadczenia, że w okresie lipiec 2016 r. do czerwiec 2019 r. pełnił funkcję Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej przy realizacji roboty budowlanej „Projekt rozbudowy metra w Sofii linia 3 part 4/Bulgaria”, podczas gdy w rzeczywistości p. S.S. nie pełnił funkcji kierownika robót w specjalności inżynierskiej mostowej na wskazanej inwestycji, a zatem Zamawiający winien przyznać w tym kryterium Konsorcjum NDI-DOGUS 4 punkty w tym kryterium, łącznie 22 punkty w kryterium Kwalifikacje personelu, i 80,48 punktów we wszystkich kryteriach oceny ofert.

W uzasadnieniu zarzutu Odwołujący I podniósł, że żadna z osób wskazanych przez Konsorcjum NDI-DOGUS w Załączniku nr 12 i Załączniku nr 14 na stanowisko Kierownika Budowy (p. Emre Celik), Kierownika Robót w specjalności kolejowej (p. O.D.), Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej (p. Serdar S.), według informacji wskazanych w Załączniku nr 12, nie posiada uprawnień budowlanych obowiązujących na terenie Polski ani przyznanych w którymkolwiek państwie członkowskim UE, więc punktacja dla Konsorcjum NDI-DOGUS za dodatkowe doświadczenie w kryterium oceny ofert Kwalifikacje personelu powinna zostać obniżona łącznie o 16 punktów.

Jednocześnie, w ocenie Odwołującego I, skoro p. Emre Celik nie sprawował funkcji kierownika budowy podczas realizacji budowy centralnego odcinka metra w Warszawie, to Konsorcjum NDI-DOGUS nie powinno otrzymać 2 punktów w tym kryterium. Odwołujący I podniósł, że również p. Serdar S. nie posiada uprawnień do kierowania robotami w budownictwie na terenie UE, zatem nie mógł świadczyć usług związanych z kierowaniem robotami budowlanymi na wskazanym przez Konsorcjum NDI-DOGUS w Załączniku nr 14 projekcie („Projekt rozbudowy metra w Sofii, linia 3 part 4/Bulgaria”) Powołując się na dowód w postaci wykazu doświadczenia p. Serdar S. z portalu LinkedIn, Odwołujący I wskazał, że ww. osoba w tym projekcie była Kierownikiem robót TBM – TBM Manager. Powyższe w ocenie Odwołującego I również nie powinno prowadzić do przyznania 2 punktów w ramach kryterium. Finalnie zatem Odwołujący I wskazał, że nawet gdyby przyjąć okoliczność, że pomimo, iż wskazane osoby nie mają uprawnień budowlanych w rozumieniu SWZ wymaganych w rozdziale VI ust. 4.2.2) lit. c), ust. 4.2.3) lit. c) i 4.2.4) lit. c) SWZ, Zamawiający dopuścił możliwość teoretycznego uzyskania tych uprawnień przez wskazane osoby po zawarciu umowy w sprawie zamówienia – co wymagałoby odbycia wyższych studiów technicznych uprawniających ubieganie się o uzyskanie uprawnień zawodowych na terenie UE lub w Polsce i zdania wymaganych następnie egzaminów przez polską Izbę samorządu zawodowego – to nadal Konsorcjum NDI-DOGUS winno w ramach kryterium Kwalifikacje Personelu otrzymać co najwyżej 22 punkty (łącznie 82,48), mając na uwadze konieczność odjęcia 2 punktów za nieprawdziwe doświadczenie p. Emre Celik (na projekcie Metra w Warszawie), a uwzględniając nieprawdziwe doświadczenie p. Serdar S. (na projekcie metra w Sofii), punktacja ta powinna wynosić 80,48 pkt.

Zgodnie z brzmieniem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Mając na uwadze powyższe, w tym zgromadzony materiał dowodowy, przytoczony stan faktyczny i prawny, stanowiska Odwołującego I, Zamawiającego oraz uczestników postępowania w tym zakresie, w ocenie Izby zarzut podlegał oddaleniu, pomimo iż uwagi podniesione przez Odwołującego I jako ewentualne w zakresie punktacji za doświadczenie Kierownika Budowy były zasadne, ponieważ okoliczność ta nie miała wpływu na wynik postępowania.

Niemniej, odnosząc się w pierwszej kolejności do głównej kwestii w ramach tego zarzutu, a mianowicie niezasadnego przyznania punktacji w ramach kryterium „Kwalifikacja Personelu” za dodatkowe doświadczenie Kierownika Budowy (p. Emre Celik), Kierownika Robót w specjalności kolejowej (p. O.D.), Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej (p. Serdar S.), którzy nie spełniają wymagań odpowiednio określonych w Rozdziale VI ust. 4.2.2) lit c), ust. 4.2.3 lit c) i 4.2.4) lit c) SWZ, należy zważyć, że przede wszystkim Odwołujący I nie wykazał, że osoby te nie posiadają stosownych uprawnień lub też, że posiadane uprawnienia nie odpowiadają uprawnieniom krajowym. Twierdzenie Odwołującego I oparte jest więc na założeniu, że skoro mowa jest o osobach pochodzących z Turcji, to nie mogą być one obywatelami państwa członkowskiego UE ani też posiadać uprawnień nabytych w państwie członkowskim UE.

Niezależnie od tego, za bezsporną należy uznać treść oświadczenia przedstawionego przez Konsorcjum NDI-DOGUS w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia (załącznik nr 12 do SWZ), w którym względem ww. osób, na potrzeby spełnienia warunku udziału z Rozdziału VI ust. 2: pkt 4.2.2) lit. c), pkt 4.2.3) lit. c) i pkt 4.2.4) lit. c) SWZ, wykonawca mając do wyboru opcje „*posiada uprawnienia budowlane (...)*” albo „*będzie świadczyła usługę transgraniczną na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, lecz na dzień złożenia oferty nie jest wpisana na listę prowadzoną przez właściwy samorząd zawodowy na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, natomiast spełnia wymagania w tym zakresie wynikające z ustawy z dn. 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej oraz ustawy z dn. 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa*”, w każdym z przypadków zaznaczył drugą z opcji.

Koniecznym jest zatem odniesienie się do treści Rozdziału VI SWZ (sekcja „Uwaga!” ust. 3 pkt 3), gdyż „w przypadku personelu, który będzie świadczył usługę transgraniczną na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, posiadającego zagraniczne kwalifikacje odpowiadające zakresem uprawnieniom polskim określonym w SWZ (uprawnienia budowlane), lecz na dzień złożenia oferty nie wpisanemu na listę prowadzoną przez właściwy samorząd zawodowy na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, Zamawiający nie oczekuje, że przed złożeniem oferty w niniejszym Postępowaniu w zakresie tych osób Wykonawcałoży dla tego personelu wniosek do właściwej izby inżynierów budownictwa lub uzyska wpis na listę członków tej izby. Zamawiającemu wystarczy oświadczenie, że personel ten posiada odpowiadające polskim kwalifikacje (uprawnienia budowlane) i informacje nt. tych uprawnień zgodnie z danymi zawartymi w wykazie osób”.

Jednocześnie przypomnieć trzeba, że z treści Rozdziału VI SWZ (sekcja „Uwaga!” ust. 3 pkt 10), do której odnosi się treść odwołania, wynika, że „W przypadku osoby wyznaczonej do realizacji Zamówienia posiadającej zagraniczne kwalifikacje zawodowe odpowiadające zakresem uprawnieniom polskim określonym w SWZ (tj. posiadającej uprawnienia budowlane, o których mowa powyżej), lecz na dzień złożenia oferty nie wpisanej na listę prowadzoną przez właściwy samorząd zawodowy na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, Zamawiający nie wymaga na potrzeby złożenia i oceny oferty w niniejszym postępowaniu złożenia dla tej osoby wniosku do właściwej izby samorządu zawodowego ani uzyskania wpisu na listę członków tej izby. Na potrzeby złożenia i oceny oferty Zamawiającemu wystarczy oświadczenie, że dana osoba posiada odpowiadające polskim kwalifikacje zawodowe (uprawnienia budowlane) i informacje nt. tych kwalifikacji zgodnie z danymi zawartymi w wykazie osób”.

Z powyższych postanowień SWZ nie wynika jednoznacznie, że na dzień składania oferty i jej oceny, niezbędnym jest posiadanie uprawnień budowlanych w rozumieniu Rozdziału VI SWZ sekcja „Uwaga!” ust. 3 pkt 10). Treść oświadczenia zawartego w Załączniku nr 12 do SWZ odnosi się do spełniania wymagań wynikających z ustawy Prawo budowlane, ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej oraz ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa. Nie zostało to wprost wyrażone, że chodzi o posiadanie uprawnień budowlanych nabytych w państwach członkowskich UE. Co więcej, takie rozumienie ustanowionych przez siebie zaprezentował też Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołanie. Skoro więc brak jest jednoznacznych przesłanek zawartych w treści SWZ pozwalających na wywodzenie konkretnych oczekiwań względem wykonawcy, to nie można czynić wykonawcy zarzutu z powodu ich potencjalnego niespełnienia.

Mając powyższe na względzie, w ocenie Izby nie ma podstaw, do uwzględnienia argumentacji Odwołującego I w tym zakresie.

Przechodząc do podniesionej jako ewentualnej kwestii niezasadnej punktacji względem p. Emre Celik i Serdar S., Izba wskazuje, co następuje.

Po pierwsze, jak już zostało to ustalone w ramach zarzutu nr 3, doszło do wprowadzenia w błąd przy podaniu doświadczenia p. Emre Celik (poz. 2), to w konsekwencji logicznym jest wniosek, że punktacja (2 punkty) za to doświadczenie p. Emre Celik została przyznana niezasadnie. Tym niemniej, jak już to Izba podkreślała, zarzut wciąż nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem nie ma on wpływu na wynik postępowania, bowiem ze względu na oddalenie wszystkich zarzutów względem PORR, finalnie nie dojdzie do zmiany wybranego wykonawcy, co należałoby postrzegać właśnie za wpływ na wynik.

Natomiast zarzut względem niezasadnej punktacji za doświadczenie p. Serdar S, który wedle wykazu złożonego przez Konsorcjum NDI-DOGUS od lipca 2016 r. do czerwca 2019 r. zdobył doświadczenie na stanowisku Kierownika Robót w

specjalności inżynierskiej mostowej przy realizacji roboty budowlanej Projekt rozbudowy metra w Sofii linia 3 part 4/Bulgaria która swoim zakresem obejmowała robotę wykonaną metodą górniczą i dotyczyła metro o długości 5.970 m tunel drążony 1 szt. HERRENKNECHT EPB TBM o średnicy 9,39 nie został w ocenie Izby skutecznie wykazany przez Odwołującego I. Za nieprzekonujący należy uznać dowód dotyczący informacji z portalu LinkedIn. Paradoksalnie jednak, okoliczność, którą zamierzał wykazać Odwołujący I tym dowodem, a więc to, że p. S. sprawował funkcję Kierownika robót TBM, została przyznana przez Konsorcjum NDI-DOGUS i dodatkowo potwierdzona dowodami odnoszącymi się do doświadczenia p. S.. Natomiast w treści odwołania brak jest choćby wyjaśnienia, dlaczego pełnienie tej funkcji nie może zostać utożsamiane z doświadczeniem na stanowisku Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej. Dlatego też brak było podstaw, aby akurat w tym aspekcie kwestionować argumentację zawartą w dowodzie w postaci oświadczenia p. S. co do możliwości utożsamienia obu funkcji.

Z powyższych względów zarzut nr 4 podlegał oddaleniu w całości.

Zarzut nr 5

Następnie, Zamawiającemu zarzucono naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez Gulermak niezgodnie z kryterium oceny ofert określonymi w Rozdziale XIX ust. 7.2 i 7.4 SWZ i w konsekwencji przyznanie temu wykonawcy 28 punktów w kryterium Kwalifikacje personelu, łącznie 86,75 punktów w kryteriach oceny ofert, podczas gdy Gulermak wykazało doświadczenie pozwalające na uzyskanie 2 punktów w kryterium określonym w Rozdziale XIX ust. 7.2 i 2 ewentualnie 4 punktów w kryterium określonym w Rozdziale XIX ust. 7.4 tj. łącznie o 8 ewentualnie 6 punktów mniej w tych kryteriach, a zatem Zamawiający winien był przyznać Gulermak 20 ewentualnie 22 punktów w kryterium Kwalifikacje personelu tj. o 8 ewentualnie 6 punktów mniej, łącznie 78,75 ewentualnie 80,75 punktów we wszystkich kryteriach oceny ofert.

W uzasadnieniu zarzutu Odwołujący I kwestionował punktację w ramach kryterium Kwalifikacje Personelu po pierwsze względem osoby p. K.P. (doświadczenie Kierownika Budowy), wskazując, że wszystkie pozycje wskazane w doświadczeniu dotyczyły jednej roboty budowlanej realizowanej na podstawie umowy zawartej w dniu 29 września 2016 r. Dla Odwołującego I nawet jeżeli w ramach ww. roboty dokonano jej technicznego podziału na odcinki metra stanowiące szlaki o numerach D07, D08 i D09 i wydano dla nich osobne pozwolenia na budowę umożliwiając tym samym rozpoczęcie robót budowlanych w zakresie jednej części zamierzenia budowlanego wcześniej niż rozpoczęcie budowy kolejnego szlaku, to nadal wszystkie szlaki weszły w zakres jednej i tej samej budowy (jako dowód Odwołujący I załączył Opis roboty budowlanej „Budowa II linii metra w Warszawie w zakresie I etapu realizacji odcinka zachodniego – od szlaku za stacją C09 „Rondo Daszyńskiego” do torów odstawczych za stacją C06”). Odwołujący I przytoczył przy tym definicje robót budowlanych w rozumieniu art. 7 pkt 21) ustawy Pzp i Dyrektywy 2014/25/UE, w świetle których stwierdził, że w przypadku, w którym wykonawca w ramach jednej umowy wykonał roboty budowlane związane z rozbudową linii metra, całość zamierzenia inwestycyjnego należy traktować jako jedną robotę budowlaną, niezależnie od liczby pozwoleń na budowę wydanych w ramach tejże inwestycji. Odwołujący podkreślał też, że termin wykonania wszystkich robót objętych umową rozpoczynał się jednocześnie, jak i to, że decyzje o pozwoleniu na budowę zostały dla wskazanych szlaków wydane w analogicznym czasie. Z powyższych powodów, w ocenie Odwołującego I, Zamawiający winien był przyznać Gulermak 2 punkty za doświadczenie p. K.P..

Po drugie, w uzasadnieniu zarzutu Odwołujący I kwestionował punktację w ramach kryterium Kwalifikacje Personelu po pierwsze względem osoby p. T.M. (doświadczenie Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej), podnosząc, że wbrew zadeklarowanemu doświadczeniu ww. osoby, nigdy nie było realizacji umowy obejmującej budowę linii metro od szlaku za stacją „Dworzec Wileński” do stacji „Bródno”, gdyż w rzeczywistości rozbudowa II linii metra w Warszawie na odcinku wschodnim-północnym została wykonana w ramach dwóch umów (załączając wyciągi ze strony internetowej Metra Warszawskiego dotyczących opisów roboty budowlanej linii M2):

- 1) obejmującej Realizację odcinka wschodniego-północnego od szlaku za stacją C15 Dworzec Wileński do torów odstawczych za stacją C18 Trocka (zawartej w dniu 11 marca 2016 r.),
- 2) obejmującej Realizację odcinka wschodniego-północnego od szlaku za stacją C18 Trocka do torów odstawczych za stacją C21 zawartej w dniu 28 września 2018 r.

Zdaniem Odwołującego I, analogicznie jak w przypadku p. P., doświadczenia p. Meler z pozycji 1-4 Załącznika nr 14 dotyczą jednej i tej samej roboty budowlanej wykonanej w ramach jednej umowy. Odwołujący I dodał też, że decyzje o pozwoleniu na budowę zostały dla wskazanych szlaków wydane w analogicznym czasie.

Zarazem Odwołujący I zauważył, że umowa na realizację odcinka obejmującego szlaki od stacji Trocka do stacji Bródno została zawarta w dniu 28 września 2018 r., a pozwolenie na budowę wydane na przełomie czerwca i sierpnia 2018 r., a więc doświadczenie p. Meler określono jako rozpoczynające się jeszcze zanim podpisano umowę. Zatem w ocenie Odwołującego I, Zamawiający winien był przyznać Gulermak 2 punkty za doświadczenie uzyskane w poz. 5 doświadczenia p. Meler. Odwołujący I dodał, że podany przez Gulermak w Załączniku nr 14 opis doświadczenia p. Meler nie pozwala zidentyfikować, w ramach którego zamówienia realizowane były jego prace, bowiem wskazuje na błędne

dane zamówienia, którego dotyczy jego doświadczenie. Odwołujący I zastrzegł, że nawet w przypadku, gdyby doświadczenie p. Meler wynikało z realizacji odcinków szlaków wykonanych w ramach umowy zawartej w dniu 11 marca 2016 r., to wciąż wykonanie tych szlaków objęte byłoby jedną i tą samą umową i stanowiłoby jedną robotę budowlaną. Także w tym przypadku, zdaniem Odwołującego I, Gulermak winien był otrzymać nie 6, ale 4 punkty za wykazanie jednej roboty budowlanej opisanej w poz. 1-4 oraz w poz. 5 w ramach kryterium, zatem sumarycznie – Zamawiający przyznał Gulermak o 6 punktów za dużo (łącznie punktów Gulermak winien otrzymać 78,75, ewentualnie 80,75 zamiast 86,75).

Mając na uwadze powyższe, w tym zgromadzony materiał dowodowy, przytoczony stan faktyczny i prawny, stanowiska Odwołującego I, Zamawiającego oraz uczestników postępowania w tym zakresie, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Po pierwsze przypomnieć należy, że zgodnie z ust. 7.2 Rozdziału XIX SWZ, punktację w ramach kryterium „Kwalifikacje Personelu” za dodatkowe doświadczenie Kierownika Budowy można było otrzymać za pełnienie obowiązków w sposób ciągle przez okres co najmniej 12 miesięcy, przy realizacji roboty budowlanej, która swoim zakresem obejmowała budowę wykonaną metodą górniczą lub tarczową (pełnoprzekrojową) tunelu drogowego lub tramwajowego lub kolejowego lub metro o długości co najmniej 500 m.

Izba nie podziela twierdzenia Odwołującego I, że trzy pozycje wskazane w doświadczeniu p. P. dotyczą jednej i tej samej roboty budowlanej z punktu widzenia wymogu podkryterium. Nie znajduje to bowiem poparcia w treści dokumentacji postępowania.

Już tylko z samych dowodów złożonych przez Odwołującego I (Decyzja nr 327/II/2016 z dnia 19 września 2016 r., Decyzja nr 329/II/2016 z dnia 19 września 2016 r., Decyzja nr 334/II/2016 z dnia 20 września 2016 r.) wynika, że chodzi o odrębne zamierzenia budowlane, dla których wydano odrębne pozwolenia na budowę i które dotyczyły m. in. budowy innych obiektów budowlanych (tuneli). To też pokazuje, że mamy do czynienia z różnymi doświadczeniami, o które postulował w treści uzasadnienia zarzutu Odwołujący I. Niemniej dyferencjacja doświadczeń jest ograniczona wymogiem kryterium, więc sprowadzać się będzie do tunelu drogowego lub tramwajowego lub kolejowego lub metro.

Nie ma też znaczenia okoliczność, że pozwolenia na budowę zostały wydane w tożsamym czasie, tak samo jak jednolity okres rozpoczęcia prac. Niedozwolonym z punktu widzenia kryterium było wykazywanie się doświadczeniami nakładającymi się na siebie w czasie. Przy czym nie chodzi tu o nakładanie się okresów robót budowlanych, w ramach których nabyto to doświadczenie. Skoro więc z wykazu złożonego przez Gulermak na potrzeby kryterium (Załącznik nr 14 do SWZ) wynika, że każde z doświadczeń dotyczy innych okresów, a zarazem każde z tych doświadczeń spełnia wymóg pełnienia obowiązków w sposób ciągły co najmniej 12 miesięcy, to brak jest podstaw, by nie uznać takich doświadczeń. Nie wpływa na to też okoliczność, że pełen okres realizacji danej roboty budowlanej przekraczał okres nabytego doświadczenia przez daną osobę przy jej realizacji (co miał wykazać dowód Odwołującego I w postaci odpowiedzi na pytania nr 3, 4, 5 i 6 zawarte w piśmie Metra Warszawskiego z dnia 23 maja 2025 r., sygn. pisma: IR.400.3.2015, MW/IR/316/25).

Nie zostało także przez Zamawiającego sprecyzowanym w dokumentacji, że jedna umowa nie może obejmować kilku robót budowlanych, z punktu widzenia wymogów kryterium. Jak wynika z treści odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający na potrzeby kryterium utożsamiał pojęcie roboty budowlanej z wykonaniem wymaganego obiektu (tunelu), a jak wyżej wskazano, z treści SWZ wynika właśnie, że budowa to choćby wykonanie obiektu (zgodnie z Prawem budowlanym). Zamawiający więc nie zawężał wymogów kryterium w sposób niewyartykułowany uprzednio w treści SWZ, co Izba na obecnym etapie uznaje za podejście adekwatne do zaistniałego stanu faktycznego. Stąd też dowód Odwołującego I w postaci umowy z dnia 29 września 2016 r. nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu.

Natomiast punkty za dodatkowe doświadczenie Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej mogły zostać przyznane za doświadczenie przy realizacji roboty budowlanej, która swoim zakresem obejmowała robotę wykonaną metodą górniczą lub tarczową (pełnoprzekrojową) tunelu drogowego lub tramwajowego lub kolejowego lub metro o długości co najmniej 500 m. Zwrócić więc trzeba uwagę, że poza wymogiem pełnienia obowiązków w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy, wymóg podkryterium względem Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej był analogiczny jak dla Kierownika Budowy. Izba zważyła także, że argumentacja podniesiona względem doświadczenia p. Meler była analogiczna jak w odniesieniu do p. P., więc aby nie powielać całej zawartej już argumentacji Izba wskazuje, co następuje.

Również w przypadku p. Meler, Izba nie podziela twierdzenia Odwołującego I, doświadczenia p. Meler z pozycji 1-4 Załącznika nr 14 dotyczą jednej i tej samej roboty budowlanej z punktu widzenia podkryterium. Podobnie jak w przypadku doświadczenia p. P., z uwagi na niezamieszczenie w treści SWZ: definicji terminu „roboty budowlane” oraz wymogu wykazania się doświadczeniem na podstawie odrębnych umów, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu okoliczności, które Odwołujący I wykazywał za pomocą przedkładanych dowodów w postaci decyzji (Decyzja nr 50/II/2016 z dnia 12 lutego 2016 r. Decyzja nr 75/II/2016 z dnia 8 marca 2016 r. Decyzja nr 76/II/2016 z dnia 8 marca 2016 r.; Decyzja nr 80/II/2016 z dnia 10 marca 2016 r.), umów z dnia 11 marca 2016 r. i z dnia 28 września 2018 r., opisów robót budowlanych. Podobnie jak w pierwszym przypadku, decyzje te potwierdzają, że chodzi o odrębne zamierzenia

budowlane, dla których wydano odrębne pozwolenia na budowę i które dotyczyły m. in. budowy innych obiektów budowlanych (tuneli).

Jednocześnie, słusznie zwrócił uwagę Gulermak w swoim piśmie procesowym, że uzasadnienie zarzutu odnosi się w swej treści do decyzji o pozwolenie na budowę, które dotyczyły II etapu budowy metra, choć, co jest bezsporne, doświadczenie p. Meler dotyczy I etapu budowy metra. Podobnie rzecz ma się z argumentacją dotyczącą okresów nabytego doświadczenia przez p. Meler, które Odwołujący I konfrontuje z datą zawarcia umowy na II etap budowy metra, co jest zupełnie niezrozumiałym dla Izby.

Nie znajduje też uznania Izby twierdzenie Odwołującego I, jakoby okresy nabytych doświadczeń przez p. Meler wzajemnie się nakładały (co Odwołujący I chciał wykazać za pomocą odpowiedzi zawartych w piśmie Metra Warszawskiego z dnia 23 maja 2025 r., sygn. pisma: IR.400.3.2015, MW/IR/317/25). Podobnie jednak, jak w przypadku doświadczenia p. P., z wykazu złożonego przez Gulermak na potrzeby kryterium (Załącznik nr 14 do SWZ) wynika, że każde z doświadczeń p. Meler dotyczy innych okresów. Niedozwolonym z punktu widzenia kryterium było wykazywanie się doświadczeniami nakładającymi się na siebie w czasie. Przy czym nie chodzi tu o nakładanie się okresów robót budowlanych, w ramach których nabyto to doświadczenie. Zarazem, odmiennie niż w przypadku doświadczenia Kierownika Budowy, punktowane doświadczenie Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej nie było uzależnione od minimalnego okresu sprawowanej funkcji. Stąd też brak jest podstaw do kwestionowania punktacji przyznanej przez Zamawiającego za osobę p. Meler z uwagi na treść odwołania.

Zarazem jako nieistotny dla rozstrzygnięcia zarzutu Izba uznała złożony przez Gulermak dowód w postaci korespondencji Gulermak z M4 SpA (spółką zarządzającą metrem w Mediolanie), gdyż nie odnosił się wprost do treści zarzutu, a stanowił polemikę z wykazywanym doświadczeniem na potrzeby kryterium przez Odwołującego I.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, że zarzut nr 5 podlegał oddaleniu.

Zarzut nr 6

Odwołujący I zarzucił Zamawiającemu także naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez Odwołującego niezgodnie z kryterium oceny ofert określonymi w Rozdziale XIX ust. 7.4 SWZ i w konsekwencji przyznanie temu wykonawcy 28 punktów w kryterium Kwalifikacje personelu, łącznie 82,20 punktów w kryteriach oceny ofert, podczas gdy Odwołujący wykazał doświadczenie osoby p. P.G., które spełnia wymagania dla uzyskania maksymalnej liczby 6 punktów w tym kryterium, a zatem Zamawiający winien był przyznać Odwołującemu 30 punktów w kryterium Kwalifikacje personelu, łącznie 84,20 punktów we wszystkich kryteriach oceny ofert, ewentualnie naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie metody realizacji robót tj. górniczą lub tarczową (pełnoprzekojową).

Odwołujący I wyjaśnił, że w Załączniku nr 14 wskazał na Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej p. P.G., przy czym, w ramach doświadczenia pozycji 1. Odwołujący I nie przekreślił ani sformułowania „metodą górniczą” ani „tarczową (pełnoprzekojową)”, a Zamawiający nie przyznał za to doświadczenie punktacji z uwagi na niewykazanie, że doświadczenie zostało zdobyte przy realizacji roboty wykonanej jedną z ww. metod. W tym kontekście Odwołujący I podniósł, że ust. 7.4 Rozdziału XIX SWZ pozwalał na przyznanie punktów zarówno w przypadku, gdy budowa była wykonywana metodą górniczą, jak i gdy była wykonywana metodą tarczową (pełnoprzekojową). W ocenie Odwołującego I, ponieważ Zamawiający użył spójnika „lub” to oznacza, że dana robota budowlana mogła obejmować budowę wykonaną w sposób łączący obie ww. metody, a brak przekreślenia przez Odwołującego I jednej metody nie mogło skutkować przyznaniem punktacji. Odwołujący I też podkreślił, że SWZ nie zawierała wskazania, że przy braku przekreślenia jednej z metod, Zamawiający nie przyzna punktacji oraz, że wymagana długość 500 m miała być wykonana jedną metodą. Zdaniem Odwołującego I, jeżeli zatem dana osoba zdobyła doświadczenie na wymaganym stanowisku i w wymaganym okresie przy realizacji roboty budowlanej, która swoim zakresem obejmowała m. in. budowę wykonaną metodą tarczową (pełnoprzekojową) oraz wykonanie robót także metodą górniczą, to nie miałby innej możliwości niż nieprzekreślenie obu metod. Odwołujący I zaakcentował też, że w analogicznej sytuacji, w przypadku doświadczenia p. C.E. określonego przez PORR w poz. 3 Załącznika nr 14, Zamawiający nie zakwestionował doświadczenia w tym zakresie.

Nie powielając wcześniej przytoczonej treści art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a także art. 16 pkt 1 ustawy Pzp wskazać należy, 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 jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Mając na uwadze powyższe, w tym zgromadzony materiał dowodowy, przytoczony stan faktyczny i prawny, stanowiska Odwołującego I, Zamawiającego oraz uczestników postępowania w tym zakresie, Izba uznała twierdzenia Odwołującego I za słuszne. Niemniej, z uwagi na brak wpływu na wynik postępowania, zarzut podlegał oddaleniu, gdyż wszystkie zarzuty podniesione w obu odwołaniach względem PORR, tj. wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, w ocenie Izby okazały się niezasadne, więc uwzględnienie zarzutu nr 6 i powtórzenie

czynności Zamawiającego nie spowodowałyby zmiany wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą.

Izba, dzieląc argumentację Odwołującego I, podkreśli następujące. Po pierwsze, bezspornie, Zamawiający nie wykluczał możliwości przyznania punktacji za doświadczenie Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej z tego tylko względu, że robotę wykonano zarówno metodą górniczą, jak i metodą tarczową (pełnoprzekojową). Potwierdza to też przyznanie przez Zamawiającego punktacji dla PORR w ramach tego podkryterium za wskazanie, że doświadczenie obejmowało „robotę wykonaną metodą górniczą i tarczową (pełnoprzekojową)” (doświadczenie p. C.E. z poz. 3 załącznika nr 14 do SWZ).

Po drugie, istota sporu nie sprowadzała się do tego, czy doświadczenie p. P.G. przy realizacji metra w Algierze (doświadczenie z poz. 1 załącznika nr 14 do SWZ) obejmowało obie metody, stąd też wniesiony na tę okoliczność przez Odwołującego I dowód w postaci oświadczenia firmy Cosider Travaux Publics nie jest istotny dla rozstrzygnięcia. Kluczowym była sama treść zawartego oświadczenia w tej pozycji wykazu osób na potrzeby kryterium. Innymi słowy, istotnym było to, czy przez określenie przez Odwołującego I, że robota „swoim zakresem obejmowała robotę wykonaną metodą górniczą* / tarczową (pełnoprzekojową)*”, Zamawiający był uprawniony do nieprzyznania punktacji za to doświadczenie.

Po trzecie, nie można zgodzić się z Zamawiającym, że pozostawienie obu metod jako niewykreślonych, oznaczało, że Odwołujący I nie wypełnił wykazu w sposób możliwy do potwierdzenia doświadczenia służącego ocenie ofert w kryterium pozacenowym. W ocenie Izby, wzór załącznika nr 14 do SWZ wyraźnie wskazywał, że wykreślenie metody powinno następować tylko, gdy jest to niepotrzebne (to znaczy, gdy robota nie obejmowała swym zakresem właśnie tej metody). Skoro zatem osoba podana przez Odwołującego I posiadała w jego ocenie doświadczenie łączące obie metody, a jak już wskazano Zamawiający kumulatywnego doświadczenia nie wykluczał, to nie można czynić wykonawcy zarzutu z przyjętej metody wypełnienia wykazu. Jeżeli jednak Zamawiający oczekiwał, że w przypadku doświadczenia obejmującego obie metody wykonania, wykonawcy przyjmą sposób, w jaki uczynił to choćby PORR, to takie wytyczne powinny znaleźć się we wzorze Załącznika nr 14 do SWZ (przykładowo poprzez wskazanie, że zakres roboty obejmuje wykonanie roboty „metodą górniczą* / tarczową (pełnoprzekojową)* / górniczą i tarczową (pełnoprzekojową)*”). Za dopuszczalne w oczach Izby jawi się zatem rozwiązanie przyjęte zarówno przez Odwołującego I, jak i przez PORR.

Stąd też, w ocenie składu orzekającego, nieprzyznanie Odwołującemu I w tym przypadku 2 punktów za doświadczenie Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej, było błędne.

Tym samym, zarzut podlegał oddaleniu jako niemający finalnie wpływu na wynik postępowania.

Zarzut nr 7

Ostatnim zarzutem Odwołującego I, był zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności zwrócenia się do PORR o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia - wskazanych w uzasadnieniu odwołania istotnych części składowych zaoferowanej przez PORR ceny.

Odwołujący I zauważył, że poz. 6 Formularza Cenowego - Roboty Budowlane wraz z Towarzyszącymi Usługami stanowi 66,57% wartości całej oferty PORR, zatem należy tę pozycję uznać za istotną część składową oferty PORR. Jednocześnie Odwołujący I wywodził, że wycena poz. 6 przez PORR to 69% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert dla tej pozycji i jest zatem o ponad 30% niższa od tej wartości.

W ocenie Odwołującego I, również wycena poszczególnych pozycji w ramach poz. 6 Formularza Cenowego została rażąco zaniżona względem średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, a wartość wskazanych pozycji wskazuje, że stanowią one samodzielnie istotne części składowe ceny. I tak, Odwołujący I wskazał, że:

- średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert w poz. 6.3 stanowi 6,01% średniej arytmetycznej ceny całkowitej zaoferowanej przez wszystkich wykonawców, a cena zaoferowana przez PORR dla tej pozycji to 15% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert dla tej pozycji, zatem Zamawiający winien wezwać PORR do złożenia wyjaśnień ze szczególnym uwzględnieniem tej pozycji,
- średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert w poz. 6.4 stanowi 1,75% średniej arytmetycznej ceny całkowitej zaoferowanej przez wszystkich wykonawców, a cena zaoferowana przez PORR dla tej pozycji to 61% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert dla tej pozycji, zatem Zamawiający winien wezwać PORR do złożenia wyjaśnień ze szczególnym uwzględnieniem tej pozycji,
- średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert w poz. 6.7 stanowi 33,72% średniej arytmetycznej ceny całkowitej zaoferowanej przez wszystkich wykonawców, a cena zaoferowana przez PORR dla tej pozycji to 65% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert dla tej pozycji, zatem Zamawiający winien wezwać PORR do złożenia wyjaśnień ze szczególnym uwzględnieniem tej pozycji,
- cena zaoferowana przez PORR dla pozycji 6.9 to 37% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert dla tej pozycji, zatem Zamawiający winien wezwać PORR do złożenia wyjaśnień ze szczególnym uwzględnieniem tej pozycji,
- cena zaoferowana przez PORR dla pozycji 6.12 to 3% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert dla tej

pozycji, zatem Zamawiający winien wezwać PORR do złożenia wyjaśnień ze szczególnym uwzględnieniem tej pozycji, - cena zaoferowana przez PORR dla pozycji 6.13 to 7% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert dla tej pozycji, zatem Zamawiający winien wezwać PORR do złożenia wyjaśnień ze szczególnym uwzględnieniem tej pozycji. W związku z tym, Odwołujący I żąda zobowiązania Zamawiającego do zwrócenia się do PORR w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia poz. 6 Formularza Cenowego, ze szczególnym uwzględnieniem ww. pozycji.

W art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wskazano, że: 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.

Mając na uwadze powyższe, w tym zgromadzony materiał dowodowy, przytoczony stan faktyczny i prawny, stanowiska Odwołującego I, Zamawiającego oraz uczestników postępowania w tym zakresie, zdaniem Izby zarzut należało oddalić. Przede wszystkim podkreślić trzeba, iż choć zarzut niewątpliwie powiązany jest z kwestią badania rażąco niskiej ceny, tym niemniej w przypadku jak niniejszy, gdy istota sporu sprowadza się do ustalenia, czy istnieją podstawy do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, a nie wprost do zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na rażąco niską cenę oferty, nie znajdzie zastosowania szczególna regulacja w zakresie rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym z art. 537 ustawy Pzp. Tak jak i w przypadku pozostałych zarzutów odwołania, obowiązuje zatem ogólna zasada rozkładu ciężaru dowodu, o której mowa w art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, a zgodnie z którą strony i uczestnicy postępowania odwoławczego zobowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Stąd też, ciężar wykazania, że zaniechanie wezwania PORR do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny stanowiło naruszenie przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, bez wątpienia spoczywał na Odwołującym I. Jednakże, w ocenie składu orzekającego, ciężaru tego Odwołujący I nie udźwignął.

Nadmienić trzeba, że ewentualne wezwanie PORR na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp uzasadnione byłoby gdyby zaoferowana przez PORR cena, lub jej istotne części składowe wydały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub wzbudziły wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez PORR zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Oznacza to, że rażąco niska cena pojedynczych pozycji może uzasadniać wszczęcie procedury wyjaśniającej jedynie w sytuacji, gdy dotyczy elementów istotnych, wpływających na możliwość zrealizowania przedmiotu zamówienia jako całości. A contrario, skoro w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wyrażono obowiązek wyjaśnień tylko do takich części składowych ceny, które są istotne, to nie ma wątpliwości, że ewentualne wątpliwości zamawiającego co do nieistotnych części składowych nie materializują obowiązku wezwania. Przy czym przepisy ustawy Pzp nie definiują ani nie określają kryteriów istotności części składowej ceny (lub kosztu). Izba jednakże stoi na stanowisku, że za taką należy uznać część, która w większym stopniu aniżeli pozostałe elementy wpływa na powstawanie kosztów po stronie wykonawcy, bądź też od której w większym stopniu zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane.

Izba zważy, że uzasadnienie zarzutu Odwołujący I sprowadza się w istocie do porównania wyceny pozycji 6 oraz poszczególnych pozycji (poz. 6.3, 6.4, 6.7, 6.9, 6.12 i 6.13) w formularzu cenowym PORR z wyceną tych pozycji przez pozostałych wykonawców. Odwołujący I podnosi, że cała pozycja 6 (jak i poszczególne ww. pozycje w ramach poz. 6) formularza cenowego zostały przez PORR wycenione o ponad 30% mniej od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert dla tej pozycji. Nie sposób nie zauważyć jednak, że przesłanka wyceny niższej o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert owszem w przepisach ustawy Pzp występuje, lecz nie chodzi o średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert dla pojedynczych pozycji, a cen całkowitych i nie występuje w przepisie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, ale w art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp. Taka przesłanka nie jest znana art. 224 ust. 1 ustawy Pzp i nie może powodować automatycznie, że Zamawiający zobowiązany byłby do wezwania wykonawcy do wyjaśnień.

Izba zważy więc, że występowanie różnic w wycenie poszczególnych prac jest normalnym zjawiskiem, którego uzasadnieniem mogą być przede wszystkim odmienne uwarunkowania towarzyszące wycenie poszczególnych branż i potrzebie posilkowania się ofertami z rynku. W szczególności, odnosząc się do poz. 6.3, Zamawiający w sposób przekonujący dla Izby wyjaśnił, że zaistniałe różnice w wycenach wykonawców tej pozycji w formularzach cenowych (w wycenie wzmocnień geotechnicznych na poszczególnych odcinkach, na których ma być drążony tunel) wynikały przede wszystkim z dopuszczenia przez Zamawiającego (na etapie wyjaśnień treści SWZ, np. odpowiedź nr 556) możliwości optymalizacji rozwiązań wzmocnień geotechnicznych, co nie wzbudzało wątpliwości Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający zwrócił uwagę, że najbardziej zagęszczony zabudową miejską odcinek tunelu (poz. 6.3.6 – co też potwierdza złożony przez Zamawiającego dowód w postaci poglądowych map Łodzi, dotyczących terenów przebiegu poszczególnych odcinków tunelu) został wyceniony na niemal identycznym poziomie przez Odwołującego I i PORR. Izba zwraca też uwagę, że kwestia ewentualnego zaniechania wezwania PORR do wyjaśnień wyliczenia pozycji 6.3

podniesiona została również w drugim odwołaniu (zarzut nr 6 w sprawie KIO 1570/25), gdzie Izba, mając na uwadze zakres argumentacji Odwołującego II, w sposób szerszy odniosła się do tej kwestii. Natomiast w odniesieniu do pozycji 6.7, która podobnie jak pozycja 6.3 stanowiła przedmiot drugiego z odwołań (i z tożsamych względów szerzej została omówiona w ramach oceny zarzutu nr 5 w sprawie KIO 1570/25), wycena PORR nie wzbudziła wątpliwości Zamawiającego z uwagi na dopuszczalność wyceny maszyny TBM zarówno w pozycji 6.7, jak i pozycji 3.7 formularza cenowego. Powyższy sposób wyceny PORR w zakresie poz. 6.7 (uwzględnienie kosztów zakupu maszyny TBM w poz. 3.7) przekłada się w sposób automatyczny również na wycenę całej pozycji 6.

W pozostałym zakresie, tj. co do pozycji 6.4, 6.9, 6.12 i 6.13, w ocenie Izby Odwołujący I nie wykazał, aby kwestionowane pozycje, stanowiły istotną część składową pod względem kalkulacji ceny i możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę całkowitą, która przecież była niższa od średniej arytmetycznej cen całkowitych wszystkich złożonych ofert o niecałe 15%. Należy zauważyć, że relacje wartościowe kwestionowanych pozycji do ceny oferty PORR jako całości wskazywały, że pozycje te stanowiły elementy, którym trudno przypisać charakter istotnych części składowych, tj.: poz. 6.4 ok. 1% ceny całkowitej. Jak zresztą zwrócił uwagę sam Odwołujący I, średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert w tej pozycji to 1,75% średniej arytmetycznej ceny całkowitej zaoferowanej przez wszystkich wykonawców. Natomiast pozycje 6.9 to ok. 0,2% ceny całkowitej, a poz. 6.12 i 6.13 to wartości poniżej 0,05% ceny całkowitej. Jak słusznie wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie średnia arytmetyczna ofert innych niż oferta PORR w poz. 6.9 to mniej niż 0,55% wartości zamówienia, w poz. 6.12 to mniej niż 0,3% wartości zamówienia, a w poz. 6.13. to mniej niż 0,5% wartości zamówienia.

Zarazem, jak wyżej zostało zaznaczone, dla oceny istotności części składowej można też przyjąć miernik znaczenia i istotności części ocenianej z punktu widzenia jej niezbędności i konieczności zaistnienia dla funkcjonowania przedmiotu zamówienia. Dla wykazania istotności tych elementów prac nie jest jednak wystarczające samo wskazanie na potrzebę ich realizacji, gdyż taki przymiot w zasadzie można przypisać każdemu elementowi zamówienia, w szczególności przy robotach budowlanych, które jako cały proces inwestycyjny prowadzić mają do finalnego efektu końcowego. Odwołujący I powinien wykazać, iż wybrane przez niego wyceny prac faktycznie mają takie znaczenie dla całości oferty, iż ich wykonanie za zaoferowaną cenę nie będzie możliwe. Odwołujący I dokonał wyboru pozycji wskazując na te wycenione niżej, co samo nie jest wystarczające dla wykazania ich istotności, jak również rażąco niskiej ceny całej oferty.

Stąd też samo zestawienie cen pojedynczych pozycji z formularza cenowego PORR ze średnią cen tych pozycji z ofert innych wykonawców należy postrzegać jako niewystarczającą dla stwierdzenia, iż Zamawiający niezasadnie odstąpił od wezwania PORR do wyjaśnień.

Końcowo należy zwrócić uwagę, że Odwołujący I nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej na poparcie swoich twierdzeń oraz nie podał jakichkolwiek innych argumentów przemawiających za zmaterializowaniem się obowiązku wystosowania przez Zamawiającego wezwania PORR do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Zasadności stanowiska Zamawiającego nie musiały dodatkowo potwierdzać dowody przedstawione w drugiej sprawie przez PORR, o których dołączenie do niniejszej sprawy wnosił Odwołujący I. Z tego tytułu Izba uznała te dowody za zbędne dla celów oceny zarzutu.

Stąd też Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu nr 7.

Reasumując powyższe, Izba uznała, że odwołanie w całości nie zasługiwało na uwzględnienie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1) i 2) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W sprawie o sygn. akt: KIO 1570/25, Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący II jest uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Mając jednak na względzie uwagi Konsorcjum NDI-DOGUS jakoby Odwołujący II nie posiadał wymaganego interesu prawnego do formułowania zarzutów względem czynności oraz zaniechań Zamawiającego w zakresie złożonej przez Konsorcjum NDI-DOGUS oferty w Postępowaniu, Izba pragnie wskazać następujące. Choć Konsorcjum NDI-DOGUS nie wskazuje wprost, że Odwołujący II nie legitymuje się materialną przesłanką wniesienia odwołania w postaci interesu, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, to aby rozwiać ewentualne wątpliwości mogące wystąpić na tej płaszczyźnie, Izba wyjaśnia, że czym innym jest brak interesu we wniesieniu odwołania, a czym innym podniesienie w odwołaniu jakiegoś zarzutu naruszenia przepisu ustawy Pzp, które nie miało wpływ lub nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp). Przy czym za wynik postępowania należy uznać wybór najkorzystniejszej oferty albo unieważnienie postępowania. Należy bowiem wywieść z definicji ustawowej postępowania o udzielenie zamówienia (art. 7 pkt 18) ustawy Pzp, że postępowanie to w

istocie uporządkowany ciąg czynności prowadzących właśnie do wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnienia postępowania.

Natomiast sam interes we wniesieniu odwołania Odwołującego II, co zresztą wydaje się jasne, wyraża się przede wszystkim w tym, że kwestionuje on wybór oferty PORR jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Stawiając więc zarzuty względem tejże oferty, za wykazane Izba uznała posiadanie interesu we wniesieniu odwołania. Przy czym Izba za niezasadne traktuje rozpatrywanie interesu w odniesieniu do poszczególnych zarzutów. Innymi słowy, interes albo się ma (gdyż podniesiono okoliczności mogące mieć wpływ na wynik postępowania) albo się go nie ma (z uwagi na postawienie tylko takich zarzutów, które nie doprowadzą do zmiany wyniku postępowania). Potencjalnie więc, gdy odwołanie w części dotyczącej wybranej oferty nie potwierdzi się, to pozostałe zarzuty, choćby były zasadne, zostaną przez Izbę oddalone jako niewpływające na wynik. Z kolei jeżeli potwierdzenie znajdą zarzuty względem wybranego wykonawcy, a w odwołaniu postawiono też zarzuty względem innych ofert, to uwzględnienie odwołania musi rzecz jasna dotyczyć się wszystkich zarzutów, o ile były zasadne, gdyż dojdzie do nowego rozstrzygnięcia postępowania.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie Zamawiającego zgłosili:

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, PORR Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu,
- wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu, MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, DOĞUŞ İNŞAAT VE TİCARET A.Ş z siedzibą w Stambule.

Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpień ani opozycji przeciw przystąpieniom do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpień do postępowania odwoławczego zgłoszonych po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, a także:

- przedłożone na rozprawie przez Odwołującego II w postaci:

1. Zezwolenia typ C nr 1582/10 z dnia 4 lutego 2010 r. na pracę cudzoziemca na terytorium RP dla p. Emre Celik,
2. Przedłużenia zezwolenia typ C nr 131/11 z dnia 3 stycznia 2011 r. na pracę cudzoziemca na terytorium RP dla p. Emre Celik,
3. Przedłużenia zezwolenia typ C nr 344/12 z dnia 4 stycznia 2012 r. na pracę cudzoziemca na terytorium RP dla p. Emre Celik,
4. Wniosek o udostępnienie informacji publicznej z dnia 28 kwietnia 2025 r. wraz z odpowiedzią Koordynatora Inspektorów Nadzoru centralnego odcinka II linii metra z dnia 5 maja 2025 r.,
5. Analizy przebiegu procedury dotyczącej stabilizacji punktów granicznych w odniesieniu do prac geodezyjnych związanych ze stabilizacją pasa drogowego drogi ekspresowej S7 od granicy woj. Świętokrzyskiego do Krakowa,
6. Wyciągu ze Specyfikacji na projektowanie SP.30.20.00 – Dokumentacja geodezyjna i kartograficzna do wniosku o wydanie decyzji ZRID (w tym dokumentacja związana z podziałami nieruchomości) – „Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 od granicy woj. Świętokrzyskiego do Krakowa, odcinek: węzeł Miechów (bez węzła) – węzeł Szczepanowice (bez węzła)” z kwietnia 2020 r.,
7. Geodezyjnego operatu pomiarowego dot. projektu „Budowa drogi ekspresowej S7 od granicy woj. Świętokrzyskiego do Krakowa, odcinek: węzeł Miechów (bez węzła) – węzeł Szczepanowice (bez węzła)” – przedmiot opracowania: „Inwentaryzacja stabilizacji granic pasa drogowego wraz z ich świadkami PD” z dnia 27 listopada 2024 r.,
8. Korespondencji prowadzonej ze Starostwem Powiatowym w Miechowie obejmującej 3 wnioski Odwołującego II o udostępnienie informacji publicznej oraz 2 odpowiedzi Starostwa Powiatowego w Miechowie z 13 i 21 maja 2025 r.,
9. Rejestru prac geodezyjnych i kartograficznych z dnia 21 maja 2025 r.,
10. Pisma Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 13 maja 2025 r.,
11. Oświadczenia p. S.K. z dnia 14 maja 2025 r.,
12. Operatu technicznego „wyznaczenie punktów granicznych działek Południowej Obwodnicy Warszawy odc. Węzeł Puławska – węzeł Przyczółkowa” z dnia 18 lipca 2022 r.,
13. Pisma Miejskiego Zarządu Dróg w Rzeszowie z dnia 6 maja 2025 r.,
14. Projektu Wykonawczego Systemu Monitoringu Technicznego Konstrukcji mostu na rzece Wisłok w Rzeszowie z kwietnia 2015 r.,
15. Wyciągu z czasopisma „Mosty” (s. 1; 54-60) numer 6/2016 obejmującego artykuł pt.: „Most podwieszony w Rzeszowie podczas próbnego obciążenia”,

- przedłożone na rozprawie przez Zamawiającego w postaci:

1. przykładowych wyciągów z austriackich odpowiedników KRK składanych w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego,

2. Poglądowych map Łodzi, dotyczących terenów przebiegu poszczególnych odcinków tunelu,

- przedłożone na rozprawie przez PORR w postaci:

1. Operatu technicznego „Stabilizacja znaków granicznych w ramach projektu stabilizacji Pasa Drogowego” „Budowa drogi ekspresowej S7 od granicy woj. Świętokrzyskiego do Krakowa, odcinek: węzeł Miechów (bez węzła) – węzeł Szczepanowice (bez węzła)” z dnia 27 września 2024 r. (strona tytułowa ww. dokumentu stanowiła też oddzielnie złożony dowód),

2. Programu zapewnienia jakości – Prace geodezyjne KA-RO Sp. z o.o. z sierpnia 2022 r.,

3. Protokołu z czynności wznowienia znaków granicznych/wyznaczenia punktów granicznych ujawnionych uprzednio w ewidencji gruntów i budynków,

4. Oświadczenia p. R.B. z dnia 13 maja 2025 r.,

5. Oświadczenia p. S.K. z dnia 13 maja 2025 r.,

6. Listu polecającego wystawionego na rzecz KA-RO Sp. z o.o. przez FABE POLSKA Sp. z o.o.

7. Wyciągu ze świadectwa nadania uprawnień zawodowych w dziedzinie geodezji i kartografii dot. p. P.R. z dnia 29 czerwca 1996 r.

8. Wyciągu ze świadectwa nadania uprawnień zawodowych w dziedzinie geodezji i kartografii dot. p. R.B. z dnia 21 kwietnia 2001 r.

9. Wyciągu ze świadectwa nadania uprawnień zawodowych w dziedzinie geodezji i kartografii dot. p. R.B. z dnia 17 lutego 2007 r.

10. Wyciągu ze Sprawozdania z monitoringu lin podwieszających z marca 2017 r.,

11. Wyciągu z koncepcji Systemu Monitoringu Technicznego Konstrukcji mostu na rzece Wisłok w Rzeszowie z grudnia 2014 r.,

12. Wyceny firmy Stump Franki nr 10532_PORR/2024,

13. Wyciągu ze wstępnych analiz projektowych wpływu drażenia tunelu na otoczenie oraz zakresu zastosowanych wzmocnień geotechnicznych wykonanych na zlecenie PORR,

- przedłożone na rozprawie przez Konsorcjum NDI-DOGUS w postaci:

1. Oświadczenia p. Emre Celik (wraz z tłumaczeniem z jęz. angielskiego) oraz załącznikami,

2. Oświadczenia p. S.S. (wraz z tłumaczeniem z jęz. angielskiego) oraz załącznikami.

Izba pominęła złożony przez Odwołującego II jako dowód schemat organizacyjny II linii metra, ponieważ jego nieczytelna treść nie może stanowić wiarygodnego dowodu w sprawie.

Izba oddaliła wnioszek Odwołującego II o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia kosztorysu wyceny przedmiotu zamówienia, uznając, że dla rozstrzygnięcia zarzutów nr 5 i nr 6 zbędnym jest zobowiązywanie Zamawiającego do złożenia ww. dokumentu. Zgodnie z art. 536 ustawy Pzp, skład orzekający może zobowiązać strony oraz uczestników postępowania odwoławczego do przedstawienia dokumentów lub innych dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy był w pełni wystarczający do rozstrzygnięcia zarzutów, w stosunku do których odnosił się ww. wniosek dowodowy.

W tym miejscu Izba wskazuje też, że na ocenę zarzutów podniesionych przez Odwołującego II nie miała wpływu argumentacja w zakresie innych zarzutów aniżeli zarzut nr 2 lit. b) zaprezentowana przez pełnomocnika TORPOL-MIRBUD w ramach stanowiska końcowego na rozprawie w dniu 23 maja 2025 r. Argumentacja ta (popierająca część zarzutów odwołania) była oczywiście sprzeczną ze stanowiskiem wyrażanym przez Zamawiającego (który wnosił o oddalenie odwołania w całości), po którego stronie przystąpił do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1570/25 TORPOL-MIRBUD, co jest niedozwolone z punktu widzenia art. 525 ust. 4 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestników postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że:

- **postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w zakresie zarzutu nr 2 lit. b) dotyczącego punktacji przyznanej PORR oraz zarzutu nr 2 lit. c)** na podstawie art. 568 pkt 1) ustawy Pzp stosowanego odpowiednio w sytuacji wycofania części zarzutów odwołania - pismem z dnia 9 maja 2025 r., Odwołujący II oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 lit. b) dotyczącego punktacji przyznanej PORR, a na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 13 maja 2025 r. Odwołujący II oświadczył, że cofa w części odwołanie, tj. w zakresie zarzutu nr 2 lit. c),

- **w pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.**

Zarzut nr 1

Pierwszym z podniesionych zarzutów przez Odwołującego II był zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 i 14 ust. 1 uznk oraz w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum NDI-DOGUS, pomimo iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a to z uwagi na przekazanie Zamawiającemu przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji dotyczących

posiadanego przez osobę wyznaczoną do pełnienia funkcji kierownika budowy (p. Emre Celik) doświadczenia na potrzeby uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert pn. „Kwalifikacje Personelu” – osoba ta bowiem nie pełniła funkcji Kierownika Budowy na projekcie Linia Metra 2 w Warszawie - co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, sprzeczny z dobrymi obyczajami, a co najmniej zagraża lub też wręcz narusza interes Odwołującego II i Zamawiającego (oraz pozostałych wykonawców biorących udział w Postępowaniu).

Jak wyjaśnił w uzasadnieniu zarzutu Odwołujący II, był on wykonawcą inwestycji Linia Metra 2 w Warszawie, który angażował kluczowy personel do jej zrealizowania, w tym Kierownika Budowy. Zdaniem Odwołującego II p. Emre Celik nie pełnił wówczas funkcji Kierownika Budowy.

Przypominając treść art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 3 ust. 1 uznk: czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, należy również wskazać, że wedle art. 14 ust. 1 uznk: czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Zgodnie zaś z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Mając na uwadze powyższe, w tym zgromadzony materiał dowodowy, przytoczony stan faktyczny i prawny, stanowiska Odwołującego II, Zamawiającego oraz uczestników postępowania w tym zakresie, Izba uznała twierdzenia Odwołującego II w tym zakresie za zasadne, niemniej zarzut nr 1 podlegał oddaleniu jako niemający wpływu na wynik postępowania, gdyż z uwagi na oddalenie zarzutów względem oferty PORR, nie będzie on prowadził do zmiany wyboru oferty najkorzystniejszej.

Jako, że zarzut nr 1 w istocie jest tożsamy względem zarzutu nr 3 Odwołującego I w sprawie KIO 1532/25, to Izba przedstawi co do zasady analogiczne uzasadnienie, jak przy tamtym zarzucie.

Podkreślić po pierwsze trzeba następujące kwestie. W Rozdziale XIX ust.7.2 SWZ Zamawiający szeroko dopuścił możliwość uzyskania punktacji za dodatkowe doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, wskazując, że można wykazać się doświadczeniem na wielu różnych stanowiskach, tj. „Kierownika Budowy lub Inżyniera Projektu lub Kierownika/Zastępcy Kierownika /Dyrektora Kontraktu/Zastępcy Dyrektora Projektu/ Kontraktu lub Przedstawiciela Wykonawcy lub Kierownika Robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub inżynierskiej mostowej”.

Natomiast w wykazie osób na potrzeby kryteriów jakościowych oceny ofert (załącznik nr 14 do SWZ), Konsorcjum NDI-DOGUS bezspornie wskazało jako osobę na stanowisko Kierownika Budowy p. Emre Celik. Jednym z wykazywanych doświadczeń dla ww. osoby celem zdobycia punktacji w ramach kryterium jakościowego „Kwalifikacje personelu” było to zdobyte od stycznia 2010 r. do sierpnia 2012 r. na stanowisku Kierownika Budowy przy realizacji roboty budowlanej Linia Metra 2 Warszawa/ Polska pełniąc obowiązki w sposób ciągły przez okres 30 miesięcy, która swoim zakresem obejmowała budowę wykonaną metodą górnictw i dotyczyła metro o długości 12 km TBM tunelu oraz łącznie 7 km linii (doświadczenie z poz. 2).

Wbrew temu, co twierdzi w swoim stanowisku procesowym Konsorcjum NDI-DOGUS, uzasadnienie zarzutu nie sprowadza się wyłącznie do pełnienia funkcji wynikającej z przepisów Prawa budowlanego, gdyż wyraźnie w treści odwołania wskazano, że p. Emre Celik nie sprawował samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, tym bardziej funkcji kierownika budowy, ale wyłącznie co najwyżej mógł pełnić rolę kontraktowego weryfikatora/nadzoru ze strony generalnego wykonawcy robót.

Izba uznała, że materiał dowodowy zebrany przez Odwołującego II pozwala na ustalenie, że w określonym w okresie, p. Emre Celik nie sprawował (nie pełnił) funkcji kierownika budowy, a funkcję kierownicze pełniły inne osoby. Świadczą o tym dowody w postaci korespondencji z Koordynatorem Inspektorów Nadzoru centralnego odcinka II linii metra z dnia 5 maja 2025 r. Również składane w toku rozprawy zezwolenie (i przedłużenie zezwolenia) na pracę cudzoziemca na terytorium RP dla p. Emre Celik pokazują, że pracodawca ww. osoby w ramach projektu dotyczącego metra w Warszawie, uzyskiwał pozwolenia na pracę na stanowisku doradcy technicznego, któremu to stanowisku trudno przypisać rolę kierowniczą.

Powyższego nie odpiera dowód Konsorcjum NDI-DOGUS w postaci oświadczenia p. Emre Celik z załącznikami odnoszącymi się do doświadczenia ww. osoby, a także pozostała argumentacja Konsorcjum NDI-DOGUS. Z przedstawionego oświadczenia właściwie nie wynika, jakie konkretnie stanowisko pełnił p. Emre Celik w projekcie, którego dotyczyło wykazywane doświadczenie. Zarazem załączone „CV personalne” jasno wskazuje, że p. Emre Celik pełnił funkcję Kierownika Robót na stacjach, a nie Kierownika Budowy. Dokument dotyczący doświadczenia ww. osoby wyraźnie też odróżnia doświadczenie zawodowe na projekcie metra warszawskiego od doświadczeń przy innych

projektach, przy których widnieje funkcja Kierownika budowy. Dalej też Konsorcjum NDI-DOGUS podejmuje w ocenie Izby nietrafione próby wywodzenia z tłumaczenia dokumentów w językach obcych, jaką rzeczywiście rolę pełnił p. Emre Celik.

Skoro zatem samo Konsorcjum NDI-DOGUS miało świadomość, że p. Celik mógł nie pełnić funkcji kierownika budowy, to nie powinien jej wskazywać, a wyjaśnić Zamawiającemu, jaka to faktycznie była funkcja czy stanowisko i wskazać w wykazie, któremu z dopuszczalnych stanowisk odpowiada. Podając funkcję kierownika budowy podał informację wprowadzającą w błąd, skoro w rzeczywistości nie była to funkcja sprawowana przez p. Celika.

W konsekwencji Izba doszła do przekonania, że przy sporządzaniu wykazu na potrzeby przyznania punktacji w ramach kryterium pozacenowego, wykonawca nie zachował należytej staranności przy weryfikacji informacji, które wskazywał. Za niewystarczające wytłumaczenie Konsorcjum NDI-DOGUS, należy uznać to, że polegało ono na informacjach otrzymanych od p. Emre Celik. Od wykonawcy jako podmiotu profesjonalnego, wymagać należy szczególnej staranności. Ocena należytej staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej musi mieć na uwadze, zgodnie z art. 355 § 2 k.c., zawodowy charakter tej działalności. Koniecznym jest, aby wykonawca – przedsiębiorca zachował szczególną staranność, objawiającą się w rzetelności i dokładności o podwyższonym standardzie. Na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia musi się to przejawiać choćby przy składaniu oferty, dokumentów i oświadczeń we własnym imieniu, po to, aby ich treść była adekwatna do stanu faktycznego.

Izba przyjęła zatem, że wyżej opisane działanie Konsorcjum NDI-DOGUS stanowiło rezultat co najmniej rażącego niedbalstwa poprzez przekazanie Zamawiającemu informacji niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy, dążąc do uzyskania jak największej liczby punktów w kryterium dotyczącym Kierownika Budowy, tym samym wprowadzając Zamawiającego w błąd.

Mając na uwadze wcześniej przytoczoną treść przepisów uznk, w ocenie Izby przedstawienie Zamawiającemu informacji nieprawdziwej, odnoszącej się do doświadczenia zawodowego Kierownika budowy (p. E.C.), uznać należy działanie jako mające na celu rozpowszechnianie informacji nieprawdziwych o swoim przedsiębiorstwie, jak i mające na celu przysporzenie korzyści celem uzyskania zamówienia publicznego.

Stąd też Izba uznała twierdzenia Odwołującego II za słuszne w tym zakresie, niemniej, jak już zasygnalizowała, okoliczność ta pozostawała bez wpływu na wynik postępowania. Tym samym zarzut podlegał oddaleniu.

Końcowo, odnosząc się do uwag poczynionych na zakończenie swojego stanowiska pisemnego przez Konsorcjum NDI-DOGUS, skład orzekający pragnie jedynie wskazać, że dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, a ewentualne zarządzanie przerw w toku rozprawy odbywa się co do zasady z uwzględnieniem wniosków stron i uczestników co do czasu niezbędnego na zapoznanie z przedstawionymi dowodami. Stąd też jakiegokolwiek uwagi natury formalnej z punktu widzenia art. 535 ustawy Pzp są niezasadne, natomiast procedurze odwoławczej nie jest znane stawianie przez uczestnika zarzutów naruszenia prawa materialnego (notabene przepisów uznk) odwołującemu.

Zarzut nr 2 lit. a)

W ramach zarzutu nr 2, Odwołujący II zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez dokonanie błędnej oceny ofert w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert „Kwalifikacje Personelu” poprzez przyznanie nieprawidłowej liczby punktów wykonawcom Konsorcjum NDI DOGUS, PORR i TORPOL-MIRBUD.

Uzupełniając, należy zwrócić uwagę, że Odwołujący II wniósł odwołanie także wobec przyznania nieprawidłowej liczby punktów wykonawcy CHE (w pkt (3) podstaw wniesienia odwołania), tym niemniej w uzasadnieniu zarzutów brak jest argumentacji na poparcie zarzutu względem punktacji dla CHE, a oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu. Stąd wniesienie odwołania na tej podstawie Izba potraktowała jako omyłkowe wskazanie Odwołującego II, względnie nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Należy przypomnieć tylko, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia (art. 239 ust. 1 ustawy Pzp), a najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem (art. 239 ust. 2 ustawy Pzp). Natomiast art. 16 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do przygotowywania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Przechodząc już bezpośrednio do kwestii podniesionych w zarzucie nr 3 lit. a), Odwołujący II zakwestionował przyznanie Konsorcjum NDI-DOGUS dodatkowych punktów za doświadczenie p. E.C., O.D. oraz S.S. w sytuacji, w której osoby te nie mogą pełnić w Polsce funkcji – odpowiednio – Kierownika Budowy, Kierownika Robót w specjalności kolejowej oraz Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej, gdyż nie posiadają stosownych uprawnień (nabytych w państwach członkowskich), a przez to (ponadto) nie są uprawnieni do świadczenia usługi transgranicznej (pełnienia stosownej funkcji w Polsce), co było warunkiem przyznania dodatkowych punktów (wskazanie do pełnienia funkcji; wskazanie tej samej osoby na potrzeby spełnienia warunków udziału oraz kryterium oceny ofert).

Odwołujący II wskazał przy tym, że Konsorcjum NDI-DOGUS jako personel kluczowy wskazało osoby pochodzące z Turcji, które nabyły uprawnienia budowlane w tym właśnie kraju i już z tego tylko powodu nie są one uprawnione do sprawowania odpowiednich funkcji (a tym samym – wbrew złożonemu oświadczeniu – uprawnione do świadczenia usługi transgranicznej na terytorium RP). Stąd też w ocenie Odwołującego II brak było podstaw do przyznania dodatkowych 16 punktów za doświadczenie ww. osób.

Mając na uwadze powyższe, w tym zgromadzony materiał dowodowy, przytoczony stan faktyczny i prawny, stanowiska Odwołującego II, Zamawiającego oraz uczestników postępowania w tym zakresie, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Z racji, że niniejszy zarzut jest analogiczny swym zakresem do zarzutu nr 4 podniesionego w odwołaniu w sprawie KIO 1532/25 (co do głównej kwestii w ramach tego zarzutu, a mianowicie niezasadnego przyznania punktacji w ramach kryterium „Kwalifikacja Personelu” za dodatkowe doświadczenie Kierownika Budowy (p. Emre Celik), Kierownika Robót w specjalności kolejowej (p. O.D.), Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej (p. Serdar S.) z racji braku uprawnień budowlanych nabytych w państwach członkowskich UE), Izba poniżej przedstawia tożsamą argumentację na potrzeby oceny zarzutu.

Przede wszystkim Izba zważyła, że Odwołujący II nie wykazał, że osoby te nie posiadają stosownych uprawnień lub też że posiadane uprawnienia nie odpowiadają uprawnieniom krajowym. Twierdzenie Odwołującego II oparte jest więc na założeniu, że skoro mowa jest o osobach pochodzących z Turcji, to nie mogą być one obywatelami państwa członkowskiego UE ani też posiadać uprawnień nabytych w państwie członkowskim UE. Te okoliczności nie zostały jakkolwiek wykazane.

Niezależnie od tego, za bezsporną należy uznać treść oświadczenia przedstawionego przez Konsorcjum NDI-DOGUS w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia (załącznik nr 12 do SWZ), w którym względem ww. osób, na potrzeby spełnienia warunku udziału z Rozdziału VI ust. 2: pkt 4.2.2) lit. c), pkt 4.2.3) lit. c) i pkt 4.2.4) lit. c) SWZ, wykonawca mając do wyboru opcje „posiada uprawnienia budowlane (...)” albo „będzie świadczyła usługę transgraniczną na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, lecz na dzień złożenia oferty nie jest wpisana na listę prowadzoną przez właściwy samorząd zawodowy na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, natomiast spełnia wymagania w tym zakresie wynikające z ustawy z dn. 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej oraz ustawy z dn. 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa”, w każdym z przypadków zaznaczył drugą z opcji.

Koniecznym jest zatem odniesienie się do treści Rozdziału VI SWZ (sekcja „Uwaga!” ust. 3 pkt 3), gdyż „w przypadku personelu, który będzie świadczył usługę transgraniczną na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, posiadającego zagraniczne kwalifikacje odpowiadające zakresom uprawnień polskim określonym w SWZ (uprawnienia budowlane), lecz na dzień złożenia oferty nie wpisanemu na listę prowadzoną przez właściwy samorząd zawodowy na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, Zamawiający nie oczekuje, że przed złożeniem oferty w niniejszym Postępowaniu w zakresie tych osób Wykonawca złoży dla tego personelu wniosek do właściwej izby inżynierów budownictwa lub uzyska wpis na listę członków tej izby. Zamawiającemu wystarczy oświadczenie, że personel ten posiada odpowiadające polskim kwalifikacje (uprawnienia budowlane) i informacje nt. tych uprawnień zgodnie z danymi zawartymi w wykazie osób”.

Jednocześnie przypomnieć trzeba, że z treści Rozdziału VI SWZ (sekcja „Uwaga!” ust. 3 pkt 10), do której odnosi się treść odwołania, wynika, że „W przypadku osoby wyznaczonej do realizacji Zamówienia posiadającej zagraniczne kwalifikacje zawodowe odpowiadające zakresom uprawnień polskim określonym w SWZ (tj. posiadającej uprawnienia budowlane, o których mowa powyżej), lecz na dzień złożenia oferty nie wpisanej na listę prowadzoną przez właściwy samorząd zawodowy na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, Zamawiający nie wymaga na potrzeby złożenia i oceny oferty w niniejszym postępowaniu złożenia dla tej osoby wniosku do właściwej izby samorządu zawodowego ani uzyskania wpisu na listę członków tej izby. Na potrzeby złożenia i oceny oferty Zamawiającemu wystarczy oświadczenie, że dana osoba posiada odpowiadające polskim kwalifikacje zawodowe (uprawnienia budowlane) i informacje nt. tych kwalifikacji zgodnie z danymi zawartymi w wykazie osób”.

Z powyższych postanowień SWZ nie wynika jednoznacznie, że na dzień składania oferty i jej oceny, niezbędnym jest posiadanie uprawnień budowlanych w rozumieniu Rozdziału VI SWZ sekcja „Uwaga!” ust. 3 pkt 10). Treść oświadczenia zawartego w Załączniku nr 12 do SWZ odnosi się do spełniania wymagań wynikających z ustawy Prawo budowlane, ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej oraz ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa. Nie zostało to wprost wyrażone, że chodzi o posiadanie uprawnień budowlanych nabytych w państwach członkowskich UE. Co więcej, takie rozumienie ustanowionych przez siebie zaprezentował też Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołanie. Skoro więc brak jest jednoznacznych przesłanek zawartych w treści SWZ pozwalających na wywodzenie konkretnych oczekiwań względem wykonawcy, to nie można czynić wykonawcy zarzutu z powodu ich potencjalnego niespełnienia.

Izba dodaje przy tym, że dla rozstrzygnięcia zarzutu nie miały znaczenia powoływane przez Konsorcjum NDI-DOGUS dowody odnoszące się do doświadczenia p. Emre Celik i p. Serdar S..

Mając powyższe na względzie, w ocenie Izby nie ma podstaw, do uwzględnienia argumentacji Odwołującego II w tym zakresie.

Tym samym, zarzut nr 2 lit. a) w ocenie składu orzekającego podlegał oddaleniu.

Zarzut nr 2 lit. b)

W ocenie Odwołującego II dokonanie przez Zamawiającego błędnej oceny ofert w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert „Kwalifikacje Personelu” objawiało się również w przyznaniu TORPOL-MIRBUD (Odwołujący II wycofał zarzuć w stosunku do PORR) dodatkowych punktów w ramach pozacenowego kryterium dot. doświadczenia personelu za to samo doświadczenie, które wskazali na potrzeby spełnienia warunku udziału, pomimo wyraźnego zastrzeżenia w SWZ, iż wykonawcy w celu uzyskania punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert poza wyraźnie określonym jednym wyjątkiem nie mogą posługiwać się doświadczeniem wskazanym na spełnienie warunków udziału w Postępowaniu. Odwołujący II podkreślił przy tym, że Zamawiający nie zróżnicował (wskazał), czy chodzi tylko o doświadczenie w postaci odpowiednich projektów (np. liczby), czy też długość (lat), które nabyte zostały na konkretnych projektach - ustanowił generalny zakaz posługiwania się tym samym, nabytym „doświadczeniem”, przewidując tylko jeden wyjątek, o którym mowa w pkt 7.1 ppkt 2 Rozdziału XIX SWZ (długość doświadczenia Kierownika Kontraktu).

W odniesieniu do błędnej punktacji w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert oferty TORPOL-MIRBUD Odwołujący II zwrócił uwagę, że doświadczenie Kierownika Budowy dotyczące szybkiej kolei w Neapolu jak i Metra w Rzymie na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie mogło służyć potrzebom kryterium, przy czym Odwołujący II zaznaczył, iż do 5 lat doświadczenia (spełnienia warunku udziału) niezbędny jest wyłącznie jeden z ww. projektów. Dlatego też - w ocenie Odwołującego II - Zamawiający nie powinien policzyć TORPOL-MIRBUD punktów za jeden projekt, a ostateczna liczba punktów za doświadczenie Kierownika Budowy powinna wynieść 6, a nie 8 punktów.

W istocie tożsame uwagi Odwołujący II odniósł względem punktacji dla TORPOL-MIRBUD za dodatkowe doświadczenie Kierownika robót w specjalności inżynierskiej mostowej, wskazując, że Zamawiający nie powinien przyznać punktacji za 2 projekty (4 pkt), a za jeden (2 pkt), gdyż dwa z trzech podanych przez TORPOL-MIRBUD doświadczeń na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału dla Kierownika robót w specjalności inżynierskiej mostowej (poza doświadczeniem wskazanym w pkt 78. lit. c) odwołania), posłużyły też potrzebom punktacji w ramach kryterium.

Mając na uwadze powyższe, w tym zgromadzony materiał dowodowy, przytoczony stan faktyczny i prawny, stanowiska Odwołującego II, Zamawiającego oraz uczestników postępowania w tym zakresie, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Punkt wyjścia dla oceny zasadności zarzutu stanowi niewątpliwie rozumienie zapisu Rozdziału XIX ust. 8 SWZ dotyczącego zakazu posługiwania się doświadczeniem wskazanym na spełnienie warunków udziału w Postępowaniu w celu uzyskania punktów w ramach kryterium „Kwalifikacje Personelu” (za wyjątkiem pkt 7.1 ppkt 2 Rozdziału XIX SWZ).

Jak wynika z powyższego, ww. zakaz nie obejmował możliwości otrzymania punktacji za wykazane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu doświadczenie Kierownika Kontraktu zdobyte (przy pełnieniu stosownej funkcji) za okres od 61. miesiąca.

Zwrócić uwagę też trzeba na konstrukcję całego kryterium „Kwalifikacje Personelu”. Otóż wykonawca mógł otrzymać w ramach tego kryterium maksymalnie 30 punktów za dodatkowe doświadczenie osób wskazanych do realizacji zamówienia na stanowisku, w tym:

- Kierownika Kontraktu:

1) 2 pkt (a maksymalnie 6 pkt) za każdą (ponad wykazaną na spełnienie warunku udziału w postępowaniu) robotę (pkt 7.1 ppkt 1 rozdziału XIX SWZ),

2) od 1 pkt do 4 pkt za posiadane doświadczenie zdobyte przy pełnieniu funkcji od 61 miesięcy w górę (pkt 7.1 ppkt 2 rozdziału XIX SWZ),

- Kierownika Budowy – 2 pkt (a maksymalnie 8 pkt) za każdą (ponad wykazaną na spełnienie warunku udziału w postępowaniu) robotę (pkt 7.2 rozdziału XIX SWZ),

- Kierownika Robót w specjalności kolejowej - 2 pkt (a maksymalnie 6 pkt) za każdą (ponad wykazaną na spełnienie warunku udziału w postępowaniu) robotę (pkt 7.3 rozdziału XIX SWZ),

- Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej - 2 pkt (a maksymalnie 6 pkt) za każdą (ponad wykazaną na spełnienie warunku udziału w postępowaniu) robotę (pkt 7.4 rozdziału XIX SWZ).

Mając powyższe na względzie, Izba podziela argumentację wyrażoną w piśmie procesowym przez TORPOL-MIRBUD. Po pierwsze, jedynie w przypadku osoby dedykowanej na Kierownika Kontraktu Zamawiający przyznawał dodatkową punktację za wykazaną liczbę miesięcy doświadczenia (począwszy od 61. miesiąca). I to właśnie to podkryterium z pkt 7.1 ppkt 2 Rozdziału XIX SWZ nie było objęte zakazem z ust. 8 Rozdziału XIX SWZ. Widać też wyraźnie, że to podkryterium było związane z warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącego 5 lat doświadczenia zawodowego Kierownika Kontraktu na określonym stanowisku (ust. 4 rozdziału VI SWZ pkt 4.2.1) lit. a) Natomiast drugie podkryterium dotyczące Kierownika Kontraktu (pkt 7.1 ppkt 1 rozdziału XIX SWZ) jest związane z warunkiem udziału w postępowaniu

dotyczącego doświadczenia przy realizacji robót budowlanych o określonych parametrach (ust. 4 rozdziału VI SWZ pkt 4.2.1) lit. b).

W przypadku pozostałych podkryteriów, tj. Kierownik Budowy (pkt 7.2 rozdziału XIX SWZ) Kierownika Robót w specjalności kolejowej (pkt 7.3 rozdziału XIX SWZ), Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej (pkt 7.2 rozdziału XIX SWZ), mowa jest o punktacji tylko za doświadczenia przy realizacji robót o określonych parametrach, a więc analogicznie jak w przypadku podkryterium z pkt 7.1 ppkt 1 rozdziału XIX SWZ, są one związane z warunkami udziału w postępowaniu odnoszącymi się do doświadczenia przy realizacji robót budowlanych o określonych parametrach (odpowiednio ust. 4 rozdziału VI SWZ: pkt 4.2.2) lit. b) względem Kierownika Budowy, pkt 4.2.3) lit. b) względem Kierownika Robót w specjalności kolejowej, pkt 4.2.4) lit. b) względem Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej).

Izba zważyła, że nie sposób dojść do odmiennego wniosku niż tego, że zakazem posługiwania się doświadczeniem wskazanym na spełnienie warunków udziału w postępowaniu w celu uzyskania punktów w ramach kryterium „Kwalifikacje Personelu” objęte są te doświadczenia, służące potwierdzeniu warunków udziału w postępowaniu, które dotyczyły wykazania się robotą budowlaną, a więc te, które zawarte były dla Kierownika Kontraktu, Kierownika Budowy, Kierownika Robót w specjalności kolejowej, Kierownika Robót w specjalności inżynierskiej mostowej odpowiednio w każdym przypadku pod lit. b). Potwierdza to też informacja zawarta dla każdego podkryterium (poza rzecz jasna tym, którego zakaz nie dotyczy), iż „Wykonawca otrzyma 2 pkt za każdą (ponad wykazaną na spełnienie warunku udziału w postępowaniu) robotę”. Zamawiający wyraźnie więc referuje do warunków udziału w postępowaniu, które dotyczyły wykazania się robotą budowlaną, a nie latami doświadczenia zawodowego.

Konkludując, Izba wskazuje, że skoro z przytaczanego we wcześniejszych fragmentach stanu faktycznego nie wynika, ażeby doświadczenie (rozumiane jako wykazane roboty budowlane) wskazanych przez TORPOL-MIRBUD osób w Wykazie osób (Załączniku nr 12 do SWZ), służące potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu względem Kierownika Budowy (ust. 4 rozdziału VI SWZ pkt 4.2.2) lit. b) i Kierownika robót w specjalności inżynierskiej mostowej (ust. 4 rozdziału VI SWZ pkt 4.2.4) lit. b), pokrywało się z dodatkowym doświadczeniem tych osób podanym w Wykazie osób na potrzeby kryterium (Załączniku nr 14 do SWZ), brak jest podstaw do kwestionowania przyznanej punktacji. Innymi słowy, TORPOL-MIRBUD dla obu ww. osób wskazał inne roboty w Załączniku nr 12 do SWZ niż w Załączniku nr 14 do SWZ, co pozwalało na otrzymanie punktów w obu podkryteriach. Jednocześnie, biorąc pod uwagę powyższą ocenę Izby, bez znaczenia jest okoliczność, że okres doświadczenia na potrzeby punktacji pokrywał się z wymaganymi w ramach warunków udziału w postępowaniu latami doświadczenia dla obu ww. osób (tj. ust. 4 rozdziału VI SWZ: pkt 4.2.2) lit. a) i pkt 4.2.4) lit. a).

Z powyższych względów Izba oddaliła zarzut nr 2 lit. b) względem punktacji przyznanej TORPOL-MIRBUD.

Zarzut nr 3 lit. a)

W ramach zarzutu nr 3, Odwołujący II zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 i 14 ust. 1 uznk oraz w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PORR, pomimo iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a to z uwagi na przekazanie Zamawiającemu przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji dotyczących posiadanego doświadczenia (doświadczenia personelu), co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, sprzeczny z dobrymi obyczajami, a co najmniej zagraża lub też wręcz narusza interes Odwołującego II i Zamawiającego (oraz pozostałych wykonawców biorących udział w Postępowaniu), choćby z uwagi na fakt, że zamówienie zostaje udzielone podmiotowi, który faktycznie nie spełnia warunków udziału.

Po pierwsze, w zakresie zarzutu nr 3 lit. a), Odwołujący II podnosił, że w zakresie roboty budowlanej, która miała obejmować monitoring geodezyjny obiektu/ obiektów inżynierskich/ inżynierskich (lub kubaturowych), polegający na automatycznym monitoringu ww. obiektów, trwającym nieprzerwanie (w sposób ciągły) przez okres co najmniej 6 miesięcy w sytuacji w której PORR nie realizował monitoringu spełniającego oczekiwania Zamawiającego wyrażone w warunku udziału.

Odnosząc się do wykazanego w tym zakresie doświadczenia przez PORR, Odwołujący II podniósł, że bez znaczenia jest ewentualne prowadzenie monitoringu geodezyjnego po zakończeniu (zrealizowaniu) roboty budowlanej, tj. po październiku 2015 r., gdyż zgodnie z treścią warunku (co też potwierdza oświadczenie PORR w zakresie Opisu doświadczenia), monitoring miał być prowadzony w ramach realizowanej roboty budowlanej (roboty, która „obejmowała”). W ocenie Odwołującego II, tym samym istotne jest, czy od stycznia (jak wskazał PORR) do października 2015 r. wykonawca ten w sposób ciągły przez co najmniej 6 miesięcy prowadził automatyczny monitoring geodezyjny obiektu – zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego.

W tym kontekście Odwołujący II wskazał po pierwsze, że PORR w ramach realizowanego zamówienia dla Gminy Miasto Rzeszów nie tyle miał za zadanie prowadzić monitoring obiektu, co wykonać obiekt (most) oraz oprzyrządowanie, które pozwalało na jego prowadzenie (w przyszłości), co w ocenie Odwołującego II nie jest tym samym. W treści uzasadnienia

zarzutu przytoczono fragmenty dokumentacji zamówienia dla Gminy Miasto Rzeszów (SWZ - Opis projektowanej inwestycji; pkt 3 i 3.1 załącznika nr 8 – wymagania względem monitoringu), które miały potwierdzać, że PORR nie był zobowiązany do prowadzenia monitoringu obiektu. W ocenie Odwołującego II, wykonanie monitoringu, ale nie w sensie jego prowadzenia, potwierdzały to również referencje złożone przez PORR.

Po drugie, Odwołujący II wskazał, że trudno mówić o monitoringu obiektu bez istnienia samego obiektu. Odwołujący II powołał się przy tym na posiadane informacje, wedle których w styczniu 2015 r., od kiedy rzekomo miał trwać monitoring mostu, obiekt ten w ogóle jeszcze nie istniał (był dopiero w budowie). Odwołujący II dodał, że w maju 2015 r. trwała jeszcze budowa mostu (na potwierdzenie czego dodał odnośnik do strony internetowej), a dopiero pod koniec września 2015 r. odbyły się próby obciążeniowe, które zasadniczo świadczą o ukończeniu obiektu i od których rozpoczyna się monitoring obiektu. Zdaniem Odwołującego II, elementów takiego systemu, bez których nie może być mowy o prowadzeniu monitoringu, nie montuje się w trakcie trwania prac budowlanych, w szczególności na nieukończone jeszcze obiekty. Odwołujący zwrócił przy tym uwagę na treść załącznika nr 8 dokumentacji zamówienia dla Gminy Miasto Rzeszów, w którym wprost wskazano, iż całość okablowania na potrzeby monitoringu ma zostać wykonane układając przewody i kable w korytkach kablowych mocowanych do konstrukcji mostu. W ocenie Odwołującego II, zgodnie z dokumentacją musi zatem istnieć konstrukcja mostu, aby można wykonać choćby jeden z elementów monitoringu (okablowanie). Na brak możliwości istnienia takiego systemu wskazują również według Odwołującego II wymagania sformułowane względem innych elementów systemu monitoringu (np. czujniki do pomiaru przemieszczeń mają realizować pomiar przemieszczeń poziomych pomostu). Trudno zdaniem Odwołującego II o takich pomiarach mówić w czasie, gdy nie ma takiego pomostu, gdyż roboty dotyczące tego elementu mostu trwały jeszcze 5 maja 2015 r. (na potwierdzenie czego dodał odnośnik do strony internetowej).

Powyższe w ocenie Odwołującego II prowadziło do wniosku, że PORR nie prowadził przez co najmniej 6 miesięcy w sposób ciągły (i przy odpowiednio dużej liczbie próbek) automatycznego monitoringu geodezyjnego (nie jakiegokolwiek, przy wykorzystaniu innych niż służące do geodezyjnego monitoringu urządzeń/ narzędzi, np. światłowodów) obiektu, jak to oświadczył w przedłożonym wykazie. Zdaniem Odwołującego II, monitoring miał zostać wykonany, w sensie zainstalowany, aby móc prowadzić go po ukończeniu prac. Odwołujący II zaznaczył, że nie jest to przy tym monitoring geodezyjny, a monitoring obiektu (co nie jest tym samym), ewentualnie – jeśli uznać wystąpienie monitoringu geodezyjnego na inwestycji – to nie automatycznego.

Mając na uwadze powyższe, w tym zgromadzony materiał dowodowy, przytoczony stan faktyczny i prawny, stanowiska Odwołującego II, Zamawiającego oraz uczestników postępowania w tym zakresie, Izba uznała zarzut nr 3 lit. a) za niezasadny.

Istota zarzutu nr 3a sprowadzała się do kwestii tego, czy w Wykazie robót budowlanych (Załącznik nr 11 do SWZ), celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale VI ust. 2 pkt 4.1.2) SWZ, PORR wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełnienia wymogu realizacji monitoringu spełniającego oczekiwania Zamawiającego.

Przypomnieć należy, że treść ww. warunku udziału w postępowaniu wymagała wykazania się robotą budowlaną, która obejmowała między innymi monitoring geodezyjny obiektu/obiektów kubaturowych lub obiektu/obiektów inżynierskich/inżynierskich polegający na automatycznym monitoringu wyżej wspomnianych obiektów, trwającym nieprzerwanie (w sposób ciągły) przez okres co najmniej 6 miesięcy. W wykazie robót PORR podał jako doświadczenie robotą budowlaną na rzecz Gminy Miasto Rzeszów - Miejski Zarząd Dróg która obejmowała między innymi monitoring geodezyjny obiektu inżynierskiego związanego z ruchem pojazdów drogowych – mostu na rzece Wisłok polegający na automatycznym monitoringu trwającym nieprzerwanie (w sposób ciągły) przez okres powyżej 6 miesięcy. Jako datę wykonania roboty budowlanej wskazano: „od 11.2013 do 10.2015” oraz „Monitoring rozpoczął się w dniu 27.01.2015 i trwa do dnia dzisiejszego”.

Punktem wyjścia dla dalszych rozważań jest przyjęcie właściwej interpretacji wymagań Zamawiającego określonych w ww. warunku udziału w postępowaniu, a więc tak, jak wynika to z jego treści. Należy zaznaczyć, że treść warunków udziału w postępowaniu podlega ścisłej wykładni literalnej. Ocena zdolności wykonawców do wykonania zamówienia w kontekście postawionych warunków przez zamawiającego musi być obiektywna i zgodna z zasadą równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Nie jest zatem dopuszczalnym formułowanie przez zamawiającego, na etapie badania i oceny ofert czy też w trakcie postępowania odwoławczego, oczekiwań, które nie zostały literalnie ujęte w treści SWZ. Wszelkie próby interpretacyjne zmierzające do zaostrenia wymagań względem ustalonego w SWZ brzmienia warunku udziału w postępowaniu prowadziłyby więc do nieuprawnionych zmian SWZ. Zamawiający powinien zatem formułować treść SWZ, w tym treść warunków udziału w postępowaniu, w sposób nierodzący po stronie wykonawców wątpliwości co do oczekiwań zamawiającego. Tym samym wykonawcy powinni mieć gwarancję, że ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu przez zamawiającego nastąpi w odniesieniu do literalnego brzmienia zapisów, a nie poprzez niedopuszczalne próby interpretacyjne podjęte dopiero na etapie badania i oceny ofert.

Izba zważyła więc, że Zamawiający opisał ten warunek udziału w postępowaniu w sposób nieostry, tj. literalna wykładnia tego nie precyzuje, czy Zamawiający oczekiwał, aby prowadzenie monitoringu odbywało się jedynie w trakcie realizacji roboty budowlanej, po jej zakończeniu albo też oba warianty były dopuszczalne. Podobnie też nie zostało jasno wskazane, co Zamawiający rozumiał poprzez wymóg „obejmowania” – czy chodziło o wykonanie tego monitoringu, a następnie jego prowadzenie, czy też wyłącznie prowadzenie. Takie brzmienie treści ww. warunku udziału w postępowaniu w oczach Izby pozwala na przyjęcie któregośkolwiek z wariantów przez wykonawcę. Nawet więc gdyby uznać, że są w tym zakresie jakieś wątpliwości to nie powinno to rodzić negatywnych konsekwencji z powodu wyboru któregośkolwiek z wariantów, bowiem zgodnie z powszechnie obowiązującą zasadą, wszelkie wątpliwości powinny w takim przypadku być wywodzone na korzyść wykonawcy.

Natomiast, w ocenie Izby Odwołujący II wyprowadza wnioski wykraczające poza literalną wykładnię ww. warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego II bez znaczenia jest ewentualne prowadzenie monitoringu geodezyjnego po zakończeniu (zrealizowaniu) roboty budowlanej, gdyż monitoring miał być prowadzony w ramach realizowanej roboty budowlanej (roboty, która „obejmowała”). Izba zwraca uwagę, że sposób rozumienia treści warunku Odwołującego II pozostaje zarazem w sprzeczności z dalszymi uwagami, wedle których „trudno mówić o monitoringu obiektu bez istnienia samego obiektu”. Jak dalej argumentował Odwołujący II: „Zamawiający oczekiwał monitoringu geodezyjnego (a nie jakiegokolwiek, np. monitoringu przemieszczeń), ciągłego, trwającego co najmniej 6 miesięcy, z dużą częstotliwością próbkowania, wykonany odpowiednim oprzyrządowaniem. Nie powinno budzić żadnych wątpliwości, iż elementów takiego systemu, bez których nie może być mowy o prowadzeniu monitoringu, nie montuje się w trakcie trwania prac budowlanych, w szczególności na nieukończone jeszcze obiekty”. Odwołujący II wywiódł więc, że charakter wymaganego monitoringu nie pozwala na prowadzenie go w trakcie trwania prac budowlanych i bez istnienia samego obiektu jest to niemożliwe, twierdząc wcześniej, że nie można na poczet wymaganego okresu prowadzenia monitoringu uwzględniać prowadzenia monitoringu po zakończeniu roboty budowlanej. Powstaje więc wątpliwość, kiedy zdaniem Odwołującego II powinien nastąpić czas na prowadzenie wymaganego monitoringu w sposób ciągle przez co najmniej 6 miesięcy. Do tej kwestii Odwołujący II w uzasadnieniu zarzutu nie odniósł się.

Dalsza argumentacja Odwołującego II zmierzała w istocie do wykazania, że w toku realizacji zamówienia PORR nie prowadził wymaganego monitoringu. Zatem z punktu powyżej dokonanej wykładni warunku udziału w postępowaniu, dla Izby była ona nieistotna i podlegała pominięciu. Stąd i dowody Odwołującego II w postaci: pisma Miejskiego Zarządu Dróg w Rzeszowie z dnia 6 maja 2025 r., Projektu Wykonawczy Systemu Monitoringu Technicznego Konstrukcji mostu na rzece Wisłok w Rzeszowie z kwietnia 2015 r. oraz artykułu pt.: „Most podwieszony w Rzeszowie podczas próbnego obciążenia”, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, bowiem zostały złożone na okoliczność, że w trakcie realizacji inwestycji nie był prowadzony monitoring.

Jednocześnie Odwołujący II nie kwestionował w uzasadnieniu zarzutu okoliczności, że referencyjna robota budowlana obejmowała (w rozumieniu wykonanie, a nie prowadzenie) wymaganego monitoringu, ani też okoliczności, że po zrealizowaniu roboty budowlanej wymagany monitoring nie był prowadzony w sposób ciągle przez okres co najmniej 6 miesięcy. Tym samym dowody powołane przez PORR (Wyciąg ze sprawozdania z monitoringu lin podwieszających z marca 2017 r., Wyciąg z koncepcji Systemu Monitoringu Technicznego Konstrukcji mostu na rzece Wisłok w Rzeszowie z grudnia 2014 r.) również nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu.

Z powyższych względów zarzut podlegał oddaleniu, bowiem nie sposób uznać, że doszło do wprowadzenia w błąd Zamawiającego co do spełnienia wymogu, który nie został postawiony w dokumentacji postępowania.

Zarzut nr 3 lit. b)

Po drugie, jako zarzut nr 3 lit. b), Odwołujący II podnosił, że do naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 i 14 ust. 1 uznk oraz w zw. z art. 16 ustawy Pzp doszło w zakresie Geodety 4, który miał przeprowadzić co najmniej dwa projekty z zakresu stabilizacji znaków granicznych co najmniej 100 działek lub 200 punktów granicznych w ramach jednego projektu, co jednak w przypadku osoby wskazanej przez PORR do pełnienia tej funkcji (p. P.R.) nie miało miejsca.

W uzasadnieniu zarzutu Odwołujący II podniósł, że skontaktował się z wykonawcą wskazanej przez PORR w wykazie inwestycji, który nie potwierdził, iż p. P.R. nabył opisane doświadczenie. Odwołujący II oświadczył, że posiada informacje, że ww. osoba jest wprawdzie pracownikiem podmiotu trzeciego, na zasób którego powołała się PORR (KA-RO sp. z o.o.) ale nie pracowała przy Projekcie i budowie drogi ekspresowej S7, gdyż projekt w zakresie stabilizacji znaków granicznych na S7 przeprowadził p. Roman B., który zgodnie z geodezyjnym operatem pomiarowym, wykonał pomiary, opracował je (wyniki) i sprawdził (w treści uzasadnienia zamieszczono jak wskazał Odwołujący II przykładowy szkic z tyczenia, w tym listą punktów granicznych). To w ocenie Odwołującego II wskazywało, że PORR, celem uzyskania zamówienia, wprowadził Zamawiającego w błąd.

Mając na względzie powyższe, w tym zgromadzony materiał dowodowy, przytoczony stan faktyczny i prawny, stanowiska Odwołującego II, Zamawiającego oraz uczestników postępowania w tym zakresie, w ocenie Izby zarzut nr 3

lit. b) okazał się niezasadny.

Mając na uwadze treść uzasadnienia zarzutu Izba zważyła, że próbę wykazania jego zasadności oparł Odwołujący II tak naprawdę wyłącznie na przedstawionych w toku postępowania odwoławczego dowodach. Należy bowiem podkreślić, że w uzasadnieniu zarzutu Odwołujący II jedynie sygnalizuje, że posiada informacje i dokumenty, które potwierdzają wprowadzenie w błąd Zamawiającego przez PORR co do posiadanego doświadczenia przez ww. osobę. Ponadto Odwołujący II usiłuje wykazać, że p. Roman B., a nie p. P.R., wykonał pomiary oraz opracował i sprawdził wyniki, a w tym celu zamieścił szkic z tyczenia (rodzaj pracy: „Inwentaryzacja świadków pasa drogowego”). Należy jedynie przypomnieć, że warunkiem udziału w postępowaniu dla Geodety 4 w zakresie realizacji prac prawnych, o którym mowa w Rozdziale VI ust. 2 pkt 4.2.14) lit. b) SWZ było przeprowadzenie w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 2 (dwóch) projektów z zakresu stabilizacji znaków granicznych co najmniej dla 100 działek lub 200 punktów granicznych w ramach jednego projektu. Jednakże Odwołujący II nie próbuje przynajmniej wyjaśnić, z jakich powodów należy utożsamiać zupełnie inaczej brzmiący zakres prac („Inwentaryzacja świadków pasa drogowego”) z wymaganą przez Zamawiającego czynnością polegającą na „stabilizacji znaków granicznych”. Brak jest zatem powodów, aby taki argument Odwołującego II przyjąć za jakkolwiek przekonujący dla Izby.

Przechodząc zatem do materiału dowodowego zaprezentowanego przez Odwołującego II, należy wskazać, że żaden z dowodów w ocenie składu orzekającego nie potwierdza, że p. P.R. nie wykonał stabilizacji znaków granicznych na referencyjnym projekcie.

W ocenie Izby warto zauważyć, co będzie miało przełożenie dla oceny innych dowodów w sprawie, dowód w postaci analizy przebiegu procedury dotyczącej stabilizacji punktów granicznych w odniesieniu do prac geodezyjnych związanych ze stabilizacją pasa drogowego drogi ekspresowej S7 od granicy woj. Świętokrzyskiego do Krakowa, jasno wskazuje, że istnieje różnica pomiędzy stabilizacją (zgodnie z podaną definicją to „utrwalenie punktu granicznego przez umieszczenie w nim znaku granicznego lub jednoznaczne oznaczenie jego położenia na istniejącym trwałym elemencie zagospodarowania terenu usytuowanym na granicy nieruchomości”) a wznowieniem (cytat: „procedura wznowienia znaków granicznych może zostać zastosowana w sytuacji, jeżeli punkty graniczne zostały trwale zastabilizowane wcześniej, istnieje odpowiednia dokumentacja potwierdzająca tą stabilizację, ale znaki graniczne zostały przesunięte, uszkodzone lub zniszczone w terenie”).

Odnosząc się do dowodu ze specyfikacji na projektowanie SP.30.20.00 – Dokumentacja geodezyjna i kartograficzna do wniosku o wydanie decyzji ZRID (w tym dokumentacja związana z podziałami nieruchomości) – „Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 od granicy woj. Świętokrzyskiego do Krakowa, odcinek: węzeł Miechów (bez węzła) – węzeł Szczepanowice (bez węzła)” z kwietnia 2020 r. to wbrew okoliczności na jaką został on powołany, dokument ten także rozróżnia od siebie pojęcie „wznowienia granic” (np. pkt 4.5.1.7, s. 5) od „stabilizacji granic” (np. pkt 45.1.11, s. 7).

Stąd też, dowód w postaci geodezyjnego operatu pomiarowego dot. referencyjnego projektu, jako że dotyczył literalnie „Inwentaryzacji stabilizacji granic pasa drogowego wraz z ich świadkami PD”, to nie mógł potwierdzać tego, że p. R. nie wykonał „stabilizacji znaków granicznych”. Z tego też tytułu, za nieistotny dla rozstrzygnięcia Izba uznała dowód w postaci rejestru prac geodezyjnych i kartograficznych z dnia 21 maja 2025 r., gdyż cel zgłoszonych prac lub przedmiot umowy wyraźnie wskazywał na „wznowienie znaków granicznych, wyznaczenie punktów granicznych lub ustalenie przebiegu granic działek ewidencyjnych”, a więc nie chodziło literalnie o „stabilizację znaków granicznych”. Nie jest też rolą Izby rozstrzyganie wątpliwości Odwołującego II co do stanu faktycznego oraz prezentowanych dowodów. To właśnie Odwołujący II, w celu wykazania przed Izbą zasadności twierdzeń powinien zadbać o materiał dowodowy, który w sposób czytelny dla Izby pozwoli na ustalenie okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia zarzutu.

Okoliczności kluczowej dla rozstrzygnięcia zarzutu nie wyjaśniają także dowody z prowadzonej korespondencji ze Starostwem Powiatowym w Miechowie, bowiem informacje przekazane ze Starostwa dotyczą jedynie tego, że do Powiatowego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej w Miechowie wpłynęły określone zgłoszenia oraz wniosek o przyjęcie operatu technicznego, a także tego, że z uwagi, że w zapytaniu Odwołującego II do Starostwa nie podano numeru zgłoszenia pracy geodezyjnej, który jednoznacznie identyfikuje pracę geodezyjną, przeprowadzono analizę zgłoszeń i nie odnaleziono operatu technicznego dotyczącego stabilizacji znaków granicznych sporządzonej przez p. R.. Podobnie nie czyni tego pismo Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 13 maja 2025 r., gdyż z pisma wynika tylko, że Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie nie dysponuje określonymi dokumentami podpisanymi przez p. R., więc nie odnosi się do istoty sporu.

Jednocześnie dowód w postaci oświadczenia p. S.K. z dnia 14 maja 2025 r. nie został powołany na okoliczność, która miała znaczenie dla rozstrzygnięcia zarzutu, a jedynie na okoliczność zanegowania oświadczenia ww. osoby złożonej jako dowód przez PORR.

Natomiast dowód Odwołującego II w postaci Operatu technicznego „wyznaczenie punktów granicznych działek

Południowej Obwodnicy Warszawy odc. Węzeł Puławska – węzeł Przyczółkowa” z dnia 18 lipca 2022 r. nie odnosi się do projektu, na którym wykazano doświadczenie p. R., więc nie może mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu.

Twierdzeniom Odwołującego II przeczą zarazem dowody złożone przez PORR a przede wszystkim dowód w postaci operatu technicznego „Stabilizacja znaków granicznych w ramach projektu stabilizacji Pasa Drogowego” „Budowa drogi ekspresowej S7 od granicy woj. Świętokrzyskiego do Krakowa, odcinek: węzeł Miechów (bez węzła) – węzeł Szczepanowice (bez węzła)” z dnia 27 września 2024 r., z którego wyraźnie wynika, że rodzaj pracy „Stabilizacja znaków granicznych w ramach projektu stabilizacji pasa drogowego” wykonał uprawniony geodeta p. P.R.. Jednocześnie dowód w postaci „Programu zapewnienia jakości – Prace geodezyjne KA-RO Sp. z o.o.” dotyczącego referencyjnego projektu na drodze S7 wyraźnie rozróżnia od siebie pojęcie „wznowienia granic” od „stabilizacji granic” (pkt 6.7, s. 8), jak i wskazuje jako jednego z geodetów p. R. (pkt 8, s. 10). Izba uwzględniła i uznała też za przekonujące dowody w postaci oświadczenia p. R.B. oraz p. S.K. – przedstawiciela Fabe Polska Sp. z o.o., a więc generalnego wykonawcy projektu na drodze S7, z których wynika, że p. R. był odpowiedzialny w ramach tego projektu za wykonanie prac geodezyjnych związanych z projektem polegającym na stabilizacji znaków granicznych, tj. przeprowadził stabilizację łącznie 423 znaków granicznych”.

Natomiast za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu Izba uznała następujące dowody złożone przez PORR:

- protokół z czynności wznowienia znaków granicznych/wyznaczenia punktów granicznych ujawnionych uprzednio w ewidencji gruntów i budynków – z tych samych przyczyn, co dowody przedstawiane przez Odwołującego II obejmujące wznowienie, a nie stabilizację znaków granicznych,
- list polecający wystawiony na rzecz KA-RO Sp. z o.o. przez FABE POLSKA Sp. z o.o., którego treść potwierdzić może jedynie wykonanie stabilizacji granic pasa drogowego – 423 punkty graniczne, lecz nie wskazuje na osobę dokonującą tej czynności,
- wyciągów ze świadectw nadania uprawnień zawodowych w dziedzinie geodezji i kartografii dot. p. P.R. i p. R.B., gdyż posiadanie uprawnień przez p. R. i p. B. nie było sporne.

W ocenie Izby zatem Odwołujący II nie przedstawił zatem przekonujących dowodów pozwalających na ustalenie, że p. P.R. nie posiada podanego przez PORR w wykazie osób (załącznik nr 12 do SWZ) doświadczenia niezbędnego celom spełnienia warunku udziału w postępowaniu dla Geodety 4 w zakresie realizacji prac prawnych, a to nie pozwala na przyjęcie przez Izbę, że doszło do wprowadzenia w błąd.

Tym samym zarzut podlegał oddaleniu.

Zarzut nr 4

Następnie Odwołujący II zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) i b) ustawy Pzp w zw. z art. 57 pkt 1) ustawy Pzp i art. 108 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z §4 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 Rozporządzenia i art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty PORR (ewentualnie stosownego wezwania), mimo iż wykonawca ten nie wykazał, że nie podlega wykluczeniu z Postępowania - przedłożone bowiem przez PORR informacje z niemieckiego i austriackiego odpowiednika KRK nie potwierdzają, że członków zarządu, rady nadzorczej oraz prokurentów nie skazano za przestępstwa, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1) Pzp, czego wykazanie jest obowiązkiem wykonawcy.

W tym kontekście Odwołujący II podniósł po pierwsze, że PORR (dot. Partnera konsorcjum) dla p. J.K. przedłożył wyłącznie KRK z Federalnego Urzędu Sprawiedliwości w Niemczech, a dokument ten nie odnosi się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp, co wynika z orzecznictwa Izby (jako przykład Odwołujący II wspominał o wyroku z dnia 23 listopada 2010 r.) niemieckiej ustawy dot. rejestru KRK (par. 32 ustawy o Centralnym Rejestrze i Rejestrze Oświatowym (Federalna Ustawa o Centralnym Rejestrze – BZR). W ocenie Odwołującego II, ustawa ta przewiduje odnośnie treści zaświadczeń KRK szereg wyłączeń, a zatem dokument ten nie odnosi się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1), 2) ustawy Pzp, natomiast polski KRK bowiem takich wyłączeń nie przewiduje. Jako przykład Odwołujący II podał, że: „zgodnie z niemieckim kodeksem karnym przestępstwo oszustwa uregulowane w par. 263 zagrożone jest karą pozbawienia wolności do lat 5 albo karą grzywny. O ile zatem dana osoba została skazana na ww. przestępstwo, ale orzeczono karę nie dłuższą niż 3 miesiące pozbawienia czy też odpowiednią karę grzywny, skazanie w tym zakresie nie zostanie ujawnione w niemieckim rejestrze. Pzp przewiduje natomiast, iż w zakresie skazania za powyższe przestępstwo występują podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania (wskazano art. 286 kk)”. Podkreślił przy tym Odwołujący II, że PORR był już wzywany do uzupełnienia KRK ww. osoby (p. J.K.) i mimo uzupełnienia nie wykazano braku podstaw wykluczenia.

Po drugie Odwołujący II wskazał, że wobec szeregu osób PORR (w treści odwołania jako przykład podano p. G.W., względem którego PORR był już wzywany do uzupełnienia informacji KRK i mimo tego nadal nie wykazał braku podstaw do wykluczenia) przedstawił informacje o niekaralności wydaną przez Urząd Rejestru Karnego w Wiedniu. Z analiz dokonanych przez Odwołującego II wynika, iż także te dokumenty nie spełniają stosownych wymagań wyrażonych w treści polskich przepisów, tj. dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1

pkt 1, 2 ustawy Pzp (Odwołujący II powołał się przy tym na przepisy par. 10 ust. 1e ustawy o rejestrach karnych z 1968 r. (wersja z dnia 17 kwietnia 2025 r.): (1e) Akapit pierwszy i par. 11 ww. ustawy).

W dalszej kolejności przytoczyć należy treść przepisów, których naruszenia przez Zamawiającego upatrywał Odwołujący II.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) i b) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę:

- a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
- b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Według art. 57 pkt 1) ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu.

Na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:

1) będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo:

- a) udziału w zorganizowanej grupie przestępczej albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, o którym mowa w art. 258 Kodeksu karnego,
- b) handlu ludźmi, o którym mowa w art. 189a Kodeksu karnego,
- c) o którym mowa w art. 228–230a, art. 250a Kodeksu karnego, w art. 46–48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz. U. z 2020 r. poz. 1133 oraz z 2021 r. poz. 2054 i 2142) lub w art. 54 ust. 1–4 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 463, 583 i 974),
- d) finansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 165a Kodeksu karnego, lub przestępstwo udaremniania lub utrudniania stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, o którym mowa w art. 299 Kodeksu karnego,
- e) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 Kodeksu karnego, lub mające na celu popełnienie tego przestępstwa,
- f) powierzenia wykonywania pracy małoletniemu cudzoziemcowi, o którym mowa w art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769 oraz z 2020 r. poz. 2023),
- g) przeciwko obrotowi gospodarczemu, o których mowa w art. 296–307 Kodeksu karnego, przestępstwo oszustwa, o którym mowa w art. 286 Kodeksu karnego, przestępstwo przeciwko wiarygodności dokumentów, o których mowa w art. 270–277d Kodeksu karnego, lub przestępstwo skarbowe,
- h) o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 3 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

– lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego;

2) jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 1.

Jak stanowi § 4 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast:

1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 - składa informację z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1.

Ponadto, zgodnie z § 4 ust. 3 ww. Rozporządzenia, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument dotyczy, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. a i b oraz pkt 3 ustawy, zastępuje się je odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument miał dotyczyć, nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy lub miejsce zamieszkania osoby, której dokument miał dotyczyć. Przepis ust. 2 stosuje się.

Nadto, zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1,

podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Mając na uwadze powyższe, w tym zgromadzony materiał dowodowy, przytoczony stan faktyczny i prawny, stanowiska Odwołującego II, Zamawiającego oraz uczestników postępowania w tym zakresie, w ocenie Izby zarzut należało oddalić. Przede wszystkim, pamiętając o treści art. 555 ustawy Pzp, należy podkreślić, co w istocie podniósł Odwołujący II. W zakresie dokumentu złożonego przez PORR dotyczącego p. J.K. (rejestr z Federalnego Urzędu Sprawiedliwości, a więc niemieckiego odpowiednika polskiego rejestru KRK - okoliczność bezsporna pomiędzy stronami i uczestnikiem), Odwołujący II wskazał, że ów dokument nie odnosi się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp. Jako przykład Odwołujący II podał, za przywołanymi przepisami niemieckimi, że w przypadku skazania za przestępstwo oszustwa na karę nie dłuższą niż 3 miesiące pozbawienia wolności czy też odpowiednią karę grzywny, nie zostanie ono ujawnione w niemieckim odpowiedniku KRK.

Jednocześnie zwrócić uwagę trzeba, że Odwołujący II nie podaje przypadku przestępstwa, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp, a które to nie zostało uwzględnione w niemieckim rejestrze. Jediną okolicznością, na którą powołuje się więc Odwołujący II, twierdząc, że dokument złożony w stosunku do p. J.K. nie odnosi się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp, jest przykład nieuwzględnienia przez niemiecki rejestr skazania za przestępstwo oszustwa, gdy wymierzona kara pozbawienia wolności nie przekracza 3 miesięcy albo nakładana jest grzywna.

Wskazać należy, że przepis § 4 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, wyraźnie wskazuje, że ewentualna niekompletność informacji z odpowiedniego rejestru danego kraju powodująca konieczność złożenia jednego z oświadczeń, o których mowa w tym przepisie, odnosi się do wszystkich przypadków, o których mowa m. in. w art. 108 ust. 1 pkt 1) i 2). W ocenie Izby art. 108 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp (i co za tym idzie, również pkt 2) z uwagi, że odnosi się do przestępstw określonych w pkt 1), jasno referuje do katalogu prawomocnego skazania za wymienione typy przestępstw. Trafnie tłumaczy to PORR w swoim stanowisku procesowym wskazując, że przepis § 4 ust. 3 Rozporządzenia „nie odnosi się do różnic w zakresie represyjności danego przestępstwa w poszczególnych porządkach prawnych (i związanych z tym rejestrowaniem przypadków skazań), lecz do sytuacji, w których w systemie prawnym danego państwa konkretne przestępstwo nie jest rejestrowane w rejestrze karnym (np. z uwagi na swoją znikomą szkodliwość) – a tym samym nie jest możliwe wykazanie jego braku w standardowym zaświadczeniu o niekaralności. Gdyby zatem wskazane przez Odwołującego [II] przestępstwo oszustwa nie podlegało wpisowi do niemieckiego rejestru, to dopiero wówczas mielibyśmy do czynienia z przypadkiem, o którym mowa w cytowanym rozporządzeniu (tak jednak nie jest)”. Trudno więc oczekiwać, aby zakres zagranicznego dokumentu był identyczny z zakresem polskiego KRK. Nie sposób też oczekiwać, aby zagraniczny odpowiednik odnosił się wprost do sankcji z polskiego kodeksu karnego. Kluczowym jest, aby zagraniczne rejestry uwzględniały swym zakresem typy przestępstw z polskiego kodeksu karnego, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

Skoro zatem Odwołujący II nie twierdzi, że podane jako przykład przestępstwo oszustwa w ogóle nie zostaje uwzględnione w niemieckim rejestrze karnym, to brak jest podstaw, aby uznać, że dokument w postaci niemieckiego odpowiednika KRK nie odnosi się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp.

Natomiast odnośnie części zarzutu dotyczącego dokumentów austriackich, Odwołujący II pomimo, że wspominał w treści odwołania o szeregu osób, w stosunku do których PORR nie przedłożył dokumentów, które odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp, de facto wymienia wyłącznie jedną osobę – p. G.W. (wskazując, podobnie jak ww. przypadku, że względem tej osoby PORR był już wzywany do uzupełnienia informacji KRK). Okolicznością, na jakiej oparł Odwołujący II tę część zarzutu, jest nieadekwatność złożonego przez PORR dokumentu z uwagi brak informacji, o której mowa w par. 11 ust. 4b austriackiej ustawy o rejestrach karnych. Z cytowanej przez Odwołującego II treści ww. przepisu wynika, że „Jeżeli w rejestrze karnym nie ma żadnych wyroków skazujących ani wpisów w rozumieniu § 10 ust. 1e, informacja lub zaświadczenie muszą brzmieć następująco: „Rejestr karny Republiki Austrii - prowadzony przez Wiedeńską Dyрекcję Policji Państwowej - nie zawiera żadnych wyroków skazujących za przestępstwo określone w § 278b do 278g i 282a Kodeksu karnego, oznaczonych zgodnie z § 2 ust. 1b Ustawy o rejestrze karnym z 1968 r., ani żadnych wpisów zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 7a Ustawy o rejestrze karnym z 1968 r. (nadzór sądowy w sprawach karnych o charakterze terrorystycznym i wywrotowym, a także ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości, zbrodni wojennych, odpowiednie instrukcje)”. Odwołujący przy tym podał treść par. 10 ust. 1e tejże ustawy, gdzie mowa jest o wydawanym na specjalny wniosek „Zaświadczeniu o niekaralności w

sprawach o przestępstwa terrorystyczne i wywrotowe, a także ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości i zbrodni wojennych”, zawierającym wszystkie skazania wnioskodawcy zidentyfikowane zgodnie z § 2 ust. 1 lit. b, dane zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 7 lit. a lub stwierdzające, że rejestr karny nie zawiera żadnych takich skazań lub wpisów. Treść przywołanych przez Odwołującego II przepisów wyraźnie więc wskazuje, że to stosowna informacja wydawana na specjalny wniosek w rozumieniu par. 10 ust. 1e ww. ustawy powinna brzmieć w sposób, w jaki opisano to w par. 11 ust. 1e. Odwołujący II nie odnosi się więc do standardowego austriackiego zaświadczenia o niekaralności, jakie złożył PORR względem p. G.W., którego brzmienie: „Wyżej wymieniony nie figuruje jako osoba skazana w Rejestrze Karnym Republiki Austrii, prowadzonym przez Krajową Dyрекcję Policji w Wiedniu”, odpowiada wymogom par. 11 ust. 4 ww. ustawy. Ponownie zgodzić trzeba się ze stanowiskiem wyrażonym przez PORR w piśmie procesowym, że „Odwołujący [II] nie wyjaśnia dlaczego zaświadczenie o niekaralności wystawione dla p. Wucherera miało by nie wypełniać wymogów związanych z brakiem podstaw do wykluczenia. Odwołujący [II] nie wskazuje jakie rzekomo przestępstwo miało by zostać nie ujawnione w takim zaświadczeniu ani jakie wyłączenia przewidywać miałyby przepisy austriackie co do zakresu informacji przekazywanych przez austriacki odpowiednik rejestru karnego”. Zdaniem Izby w tej części również zarzut okazał się niezasadny.

Przy ocenie zarzutu, Izba pominęła złożone przez Zamawiającego na rozprawie dowody w postaci przykładowych austriackich dokumentów składanych przez wykonawców w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia jako, że nie zostały złożone w języku polskim, co jest wadliwe z punktu widzenia art. 506 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto Izba wskazuje, że zbyteczna jest w tej sytuacji dalsza analiza pod kątem dopuszczalności ponownego wezwania PORR do złożenia dokumentów, skoro w ocenie Izby dokumenty te, biorąc pod uwagę podniesiony w zarzucie okoliczności, były wystarczające.

Z powyższych względów Izba oddaliła zarzut nr 4.

Zarzut nr 5

W dalszej kolejności Zamawiającemu zarzucono naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 i 14 ust. 1 uznk oraz w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PORR, pomimo iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na celową wycenę kosztów zakupu TBM w kosztach wymagań ogólnych w pozycji „zaplecze TBM” wbrew postanowieniom SWZ i w sprzeczności m.in. z definicją „zaplecza”, ewentualnie brak rozłożenia tych kosztów na poszczególne pozycje (zgodnie z SWZ), co doprowadziło do nieuzasadnionego (obok zaliczki na zakup TBM) dodatkowego zaliczkowania w skutek czego PORR jeszcze przed rozpoczęciem robót budowlanych otrzyma ok. 25% wartości wynagrodzenia (ok. 0,5 mld zł), a co nie tylko jest niezgodne z warunkami zamówienia, ale ponadto stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący II wskazał po pierwsze, przywołując fragmenty dokumentacji Postępowania, że maszyna TBM została według dokumentacji postępowania przyporządkowana do robót budowlanych, w tym do drążenia tunelu, koszt tej maszyny wysoki ok. 200 mln zł, a pozostali wykonawcy (poza PORR) wycenili koszt zakupu tarczy w pozycji drążenie tunelu (co potwierdzają przyjęte przez wykonawców wartości). Jak zauważył Odwołujący II, cena PORR w tym zakresie jest o ponad 120 mln zł tańsza od kolejnej najtańszej oferty, co prowadziło do wniosku, że PORR zaniżył zatem wartość za drążenie tunelu, wyceniając (przenosząc) TBM do poz. „Koszty Wymagań Ogólnych (w tym: Plac i Zaplecza budowy...)” Formularza Cenowego.

Odwołujący II zwrócił zatem uwagę na różnice pomiędzy wyceną kosztów ogólnych przez PORR, (ponad 370 mln zł) względem pozostałych ofert (kolejna najwyższa wycena w tym zakresie to 120 mln zł). Zdaniem Odwołującego II, różnica bierze się przede wszystkim z przyjętej wyceny komory startowej ul. Maratońska; zaplecze TBM - średnia ofert (z wyłączeniem PORR) wynosi dla tej pozycji ok. 28 mln zł, co daje różnicę w stosunku do oferty PORR ok. 330 mln zł, a średnia wartość ofert nie stanowi nawet 10% wartości wyceny PORR. W ocenie Odwołującego II, umieszczenie TBM w tej pozycji pozwala uzyskać jeszcze przed przystąpieniem do wykonywania prac „zaliczkę” w wysokości ok. 300 mln zł. Łącznie PORR zanim w ogóle rozpocznie pracę drążenia tunelu otrzyma tym samym ok. 0,5 mld zł płatności, czyli ok. 25% całości swojego wynagrodzenia.

Odwołujący II podkreślił, że pozycja 3.7 Formularza nie została określona jako „TBM” czy też „maszyna TBM”, ale „zaplecze TBM”, co – po pierwsze – już samo w sobie wskazuje, iż nie chodzi „TBM”, a o „zaplecze TBM” – po drugie – jest sprzeczne z opisem „zaplecza TBM” dokonany w dokumentacji Postępowania – według PFU, gdzie dokonano opisu przedmiotu zamówienia, w pozycji tej w zakresie Placu budowy czy też „zaplecza TBM” wymieniono wykonanie: przyłączy, oświetlenia, zasilanie w wodę i odprowadzenie ścieków, dokumentację, czy też dokonanie stosownych uzgodnień, a zatem typowe dla kosztów ogólnych pozycje, a mimo wartości pozycji – brak jest wspomnienia o zakupie tarczy TBM.

Odwołujący II zwrócił też uwagę, że wymogom względem terenu budowy/ zaplecza budowy (w skład czego wchodzi

także zaplecze TBM – zgodnie z treścią Formularza) poświęcono cały odrębny dokument – Wytyczne dotyczące terenu i zaplecza budowy – Załącznik nr 10 do SWZ/PFU, w którym brak wskazania, że maszyna TBM stanowi element „zaplecza TBM”. Przywołał też Odwołujący II definicję „zaplecza maszyny TBM”, podkreślając, że nie chodzi o samą tarczę TBM, ale o faktyczne zaplecze, które jest niezbędne do jej funkcjonowania (elektrykę, usuwanie urobku, systemy wentylacyjne etc.), tym bardziej, że obok tej definicji, występuje też definicja „TBM”.

Odwołujący II podkreślił, że w żadnym miejscu dokumentacji Postępowania Zamawiający nie wskazał, iż tarczę TBM należy traktować jako „zaplecze” tarczy TBM. W tym kontekście wniósł (zgodnie ze stanowiskiem zawartym w petitum odwołania) – o zobowiązanie Zamawiającego do udostępnienia kosztorysu sporządzonego przez CPK celem weryfikacji, czy sam Zamawiający przyjął i wycenił tarczę TBM w poz. dot. kosztów ogólnych.

Powołując się dalej na uwagi zawarte przez Zamawiającego we wzorze Formularza Cenowego, Odwołujący II podkreślił, że PORR w sposób nieuprawniony przeniósł koszty zakupu tarczy TBM do pozycji „zaplecze TBM” (koszty ogólne), co jest zakazane, a zatem wycenił dany asortyment w sposób nieadekwatny do jego zakresu (celowo zawyżył jedną pozycję kosztorysu/ Formularza) – ewentualnie - jeśli uznać koszty zakupu TBM jako rzeczywiście „ogólne”, jak zrobił to PORR (z czym Odwołujący II się jednak nie zgadza), wykonawca ten wbrew treści specyfikacji nie rozłożył ich w sposób proporcjonalny do ich wartości. Zdaniem Odwołującego II, obie te sytuacje kwalifikują ofertę PORR jako niezgodną z warunkami zamówienia, a sposób postępowania PORR należy rozpatrywać w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji jako trudne do uznania za naturalne, niezniekształcone z uwagi na określone warunki i cele tego postępowania, w sposób oczywisty prowadzące do wynaturzeń pozbawiających ekonomicznego sensu cały system zamówień publicznych, a także ewidentnie naruszające interes innych wykonawców oraz zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, w tym zgromadzony materiał dowodowy, przytoczony stan faktyczny i prawny, stanowiska Odwołującego II, Zamawiającego oraz uczestników postępowania w tym zakresie, Izba uznała zarzut nr 5 za niezasadny. Odwołujący II w ramach tego zarzutu starał się wykazać, że poprzez ujęcie kosztów zakupu maszyny Tunnel Boring Machine – „TBM” (tarczy zmechanizowanej) w pozycji 3.7 („LK85.K.7 - komora startowa ul. Maratońska; zaplecze TBM”), a nie 6.7 („Drażnienie tunelu”) formularza cenowego, oferta PORR powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia, a zarazem jako stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji.

Po pierwsze wskazać trzeba, że za bezsporne należy uznać dwie kwestie – to, że drażnienie tunelu stanowiącego przedmiot zamówienia należy wykonać za pomocą maszyny TBM (co jasno wynika z cytowanych przez Odwołującego II fragmentów STWiORB dla drażnienia tunelu) oraz to, że PORR wycenił zakup maszyny TBM w poz. 3.7 formularza cenowego (co wprost przyznaje w swoim piśmie procesowym).

Podkreślić też trzeba, że aby mówić o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, koniecznym jest jednoznaczne wskazanie, z którymi warunkami, precyzyjnie ustalonymi w dokumentacji zamówienia, dany element oferty wykonawcy jest niezgodny. W tym kontekście kluczowym jest zwrócenie uwagi, że z prezentowanych przez Odwołującego II zapisów dokumentacji nie wynika, ażeby Zamawiający nakazał wycenę zakupu maszyny TBM w poz. 6.7 formularza cenowego. Jednocześnie Zamawiający również nie nakazał ujęcia tych kosztów w poz. 3.7 formularza cenowego. Izba przychyliła się w tym aspekcie do argumentacji przedstawionej w toku postępowania odwoławczego zarówno przez Zamawiającego jak i PORR, zgodnie z którą dopuszczalnym było uwzględnienie kosztów zakupu TBM tak w poz. 3.7 jak i w poz. 6.7 formularza cenowego.

Przekonującym dla Izby do przyjęcia powyższego wniosku było także to, że dla ww. obu pozycji (i tylko dla tych pozycji) przypisano te same numery STWiORB (O-00.00.00 „Wymagania ogólne” i N.02.01.01 „Tunel drażony metodą TBM”) Argumentacja przedstawiana przez Odwołującego II sprowadzała się do akcentowania postanowień STWiORB dla drażnienia tunelu sugerujących ujęcie kosztu zakupu maszyny TBM (jej tarczy) tylko w pozycji 6.7 formularza cenowego. Zarazem do przeciwnych wniosków prowadziła argumentacja przedstawiana przez Zamawiającego i PORR. Izba zważyła zatem, że analiza zakresu robót objętych oboma dokumentami nie pozwala na jednoznaczny wniosek, w której pozycji należało wycenić zakup maszyny TBM. Należy stwierdzić, że w sytuacji jak ta, gdy brak jest jednoznacznego wskazania, w której pozycji należało wycenić koszt zakupu maszyny TBM, a wzór formularza cenowego co do pozycji 3.7 i 6.7 wyrażnie odwołuje się do tych samych dokumentów STWiORB, nie można autorytarnie przyjmować, że tylko jedno rozwiązanie jest prawidłowe.

Skoro więc jak przyjęła Izba, dopuszczalnym była wycena zakupu maszyny TBM zarówno w poz. 3.7 jak i 6.7 formularza cenowego, to bez znaczenia pozostaje twierdzenie Odwołującego II, że pozostali wykonawcy przyjęli wycenę w poz. 6.7, a więc odmiennie niż zrobił to PORR (w poz. 3.7). Oba rozwiązania należy przyjąć zatem za poprawne i nie pozostające w sprzeczności z treścią dokumentacji postępowania.

Ponadto, za niewykazane należy uznać twierdzenie Odwołującego II co do tego, że PORR poprzez ujęcie zakupu maszyny TBM w poz. 3.7 formularza cenowego otrzyma jeszcze przed przystąpieniem do wykonywania prac „zaliczkę” w wysokości 300 mln złotych. Twierdzenie Odwołującego II w tym zakresie oparte jest wyłącznie na założeniu, za którym nie stoi żadna argumentacja. Izba za przekonujące uznała przy tym stanowisko Zamawiającego. Jak bowiem wyjaśnił w

odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, ujęcie kosztów związanych z zakupem maszyny TBM w poz. 3.7 formularza cenowego nie spowoduje, że wykonawca otrzyma jakąkolwiek nieuprawnioną „zaliczkę” za prace, których wykonawca rzeczywiście nie wykona, a świadczy o tym uzależnienie wynagrodzenia od % zaawansowania prac w obu pozycjach. Co zaś się tyczy przywołaniu przez Odwołującego II wytycznych ze wzoru formularza cenowego – uwag odnośnie „tzw. kosztów ogólnych” to należy zgodzić się z Zamawiającym, że koszty „zaplecza TBM” nie są „tzw. kosztami ogólnymi” całego przedsięwzięcia, a stanowią „koszty wymagań ogólnych” dla określonej pozycji formularza cenowego.

Przypomnieć też należy, że Izba oddaliła wniosek Odwołującego II o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia kosztorysu wyceny przedmiotu zamówienia, uznając taki dowód za zbędny dla oceny zarzutu. Skoro w ocenie Izby dokumentacja postępowania nie zabraniała wyceny zakupu maszyny TBM zarówno w poz. 3.7 jak i poz. 6.7 formularza, to nie miało znaczenia, w której z tych pozycji założył ten koszt Zamawiający na etapie ustalania wartości zamówienia. Nawet więc gdyby Zamawiający założył wycenę w poz. 3.7 formularza cenowego – to jest odmiennie od twierdzenia Odwołującego II, to nie miałyby to rozstrzygającego znaczenia dla oceny zarzutu – o ile Odwołujący II wykazałby, że jedynym poprawnym rozwiązaniem była wycena w poz. 6.7.

Podsumowując, Izba uznała, że Odwołujący II nie wskazał postanowienia dokumentacji, które jednoznacznie nakazywałyby ujęcie kosztu zakupu maszyny TBM tylko w pozycji 6.7 formularza cenowego, co nie pozwala na uznanie oferty PORR w tym zakresie za niezgodną z warunkami zamówienia, co skutkować powinno jej odrzuceniem na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Mając na uwadze rozkład ciężaru dowodu w sprawie oraz podkreślaną już przesłankę jednoznaczności niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, Izba nie miała podstaw do przychylenia się do twierdzeń Odwołującego II w tym zakresie.

W konsekwencji, skoro argumentacja Odwołującego II nie wykazała zdaniem Izby, że sposób postępowania PORR był nieprawidłowy względem warunków zamówienia, to również takiego działania nie można rozpatrywać w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji. Tym samym zarzut podlegał oddaleniu w całości.

Zarzut nr 6

Odwołujący II zarzucił Zamawiającemu również naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) i 8) ustawy Pzp poprzez brak wezwania PORR do wyjaśnień ceny oraz treści oferty, mimo iż zarówno zaoferowana cena w całości, jak i jej istotne części składowe (w tym w szczególności koszty wzmocnienia i zabezpieczenia sieci oraz budynków) są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą poważne, uzasadnione wątpliwości co do możliwości ich wykonania zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i przepisami prawa, co może wskazywać na niezgodność oferty z warunkami zamówienia (lub też RNC).

Uzasadniając zarzut Odwołujący II wskazał, że oferta PORR powinna zostać odrzucona również z uwagi na fakt, iż zawiera rażąco niską cenę, co uzasadnia wezwanie do wyjaśnień, lub też jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący II podkreślił, że cena zaoferowana przez PORR (2,16 mld zł) jest aż o ponad 400 mln zł tańsza od kolejnej oferty w rankingu. Natomiast, twierdzenie, iż oferta PORR zawiera rażąco niską cenę, w tym w zakresie istotnych elementów składowych zamówienia, potwierdza wycena PORR dokonana w zakresie niewralgicznych prac, jakimi są wzmocnienia istniejącej infrastruktury. Odwołujący II przypomniał, że przedmiotem zamówienia zgodnie z pkt 2.2.1 ppkt 20) PFU m. in. zabezpieczenie i monitoring infrastruktury istniejącej (monitoring geotechniczny, wzmocnienia geotechniczne i zabezpieczenia strukturalne budynków i budowlanych obiektów inżynierskich), a Zamawiający w Formularzu Cenowym przewidział pozycje 6.3.1 do 6.3.7, które dotyczą wyceny wzmocnień. Dla Odwołującego II jest to o tyle istotne, iż sumaryczna cena ww. robót na wszystkich odcinkach złożona przez PORR wynosi 19 267 726,51 zł i jest ponad 6-krotnie niższa od kolejnego wykonawcy (123 080 710,89 zł), pomimo czego, Zamawiający nie zdecydował się wezwać PORR do wyjaśnień.

W ocenie Odwołującego II, powyższe wnioski płyną z przyjętego w tym Postępowaniu „modelu” wyceny planowych prac, gdyż, biorąc bowiem pod uwagę odpowiedzi na pytania udzielone przez Zamawiającego (np. nr 500, 556, 557, 558, 559, 575, 601, 602 oraz 617), Zamawiający zezwolił na wycenę wzmocnień geotechnicznych zgodnie z wybraną przez wykonawcę technologią, jednocześnie jednak obarczając wykonawcę ryzykiem, jeżeli jego założenia (tak drastycznie inne od pozostałych oferentów) nie sprawdzą się. Przy czym Odwołujący II zastrzegł, że przyjęcie zaniżonych kwot za daną pozycję nie powinno prowadzić do albo pokrywania strat przez wykonawcę na etapie realizacji zamówienia, tak iż całość prac zostaje wykonanych poniżej kosztów, albo też z występowaniem z roszczeniami do Zamawiającego celem „uzupełnienia” zaproponowanej ceny.

W ocenie Odwołującego II więc, aby wyeliminować możliwość wystąpienia powyższych sytuacji, powinien co najmniej wezwać PORR do wyjaśnień, w jaki sposób udało się uzyskać zaproponowaną kwotę. Dla Odwołującego II jest to tym bardziej uzasadnione, iż zakres możliwych do wykonania (i przyjętych przez PORR) prac budzi poważne wątpliwości, a także dlatego, że wykonawca ten wycenił zupełnie różne odcinki, na których występują różne warunki w sposób tożsamy,

tj. na tę samą kwotę (wyjątkowo niską): 60 725,00 zł. Odwołujący II zwrócił uwagę, że wartości przyjęte przez innych wykonawców pozwalają stwierdzić, iż jest to kwota całkowicie nieadekwatna, a ponadto, iż zakres prac do wykonania jest odmienny, co powinno mieć przełożenie na cenę. Zdaniem Odwołującego II kwoty te nie pozwalają na wykonanie rzetelnego monitoringu geotechnicznego (nawet w trakcie drożenia odcinka testowego), a tym bardziej wykonanie jakichkolwiek zabezpieczeń geotechnicznych na długości blisko 3 km drążenia tunelu, gdzie występują bardzo duże i wrażliwe obiekty infrastruktury krytycznej. Odwołujący II podkreślił dodatkowo, że Zamawiający w PFU wskazuje na konieczność opracowania powtórnej analizy wpływu projektowanych prac na istniejącą infrastrukturę po wykonaniu powtórnej analizy stanu technicznego budynków i infrastruktury technicznej oraz uwzględnienia parametrów produkcyjnych drążenia tarczy uzyskanych z wyników wykonanego odcinka testowego drążenia, przewidzianego w Projekcie Budowlanym oraz specyfikacji. Wytyczne do tej analizy są zawarte w ekspertyzie technicznej. Odwołujący II podniósł, że autor projektu budowlanego zaprojektował w ramach realizacji inwestycji na wyznaczonych przez PB odcinkach cztery podstawowe Typy wzmocnień geotechnicznych jako zabezpieczenie. Odwołujący II przedstawił tabelę, która miał ilustrować rozmieszczenie poszczególnych obiektów przewidzianych do wzmocnienia wg autora projektu budowlanego przy założeniu bardzo restrykcyjnego (optymistycznego) parametru drążenia $VL \leq 0,5\%$. (tzw. volume loss – utrata gruntu powodująca osiadania). Zdaniem Odwołującego II o istotności parametru ma świadczyć fakt, że przeprowadzona analiza dla parametru drążenia $VL \leq 1,0\%$ wskazuje na konieczność wzmocnień 135 z 326 budynków, gdzie przy parametrze przetargowym $VL \leq 0,5\%$ przewiduje konieczność wzmocnienia tylko 69 budynków z 326 analizowanych, co automatycznie przekłada się również na realną powierzchnię i zasięg oddziaływania skutków drążenia, a zatem zakres koniecznych zabezpieczeń infrastruktury krytycznej (i koszty). Odwołujący II zwrócił przy tym uwagę, że wskazane przez Zamawiającego 69 budynków, z kategorii ryzyka 3, 4 lub 5 dla $VL=0,5\%$, znajduje się w kilometrażu od 0+490 do 3+010, zaś ich największa koncentracja jest w starej i zabytkowej części miasta Łodzi, między komorami K.1 – K.4, a stan techniczny 43 z 69 budynków jest Zły lub Awaryjny (lub z takimi elementami), zaś 61 z nich posiada jakąś z form ochrony konserwatorskiej (wpis do GEZ, wpis do RZ, ochrona obszarowa). Odwołujący II zwrócił uwagę, że PORR wycenił wzmocnienia geotechniczne na odcinkach K.4 – K.3, K.5 – K.4, K.6 – K.5 oraz K.7 – K.6 na tym samym poziomie, czyli 60 725 zł, przy czym zakres wzmocnień dla tych odcinków jest różny i występują na nich różniące się od siebie budynki i obiekty inżynierskie. Odwołujący II wspomniał też, że bezpośrednio na trasie tunelu, przy projektowanej komorze K.3 na ul. Żeligowskiego (w strefie wpływów wtórnych oddziaływania wykopów szachtu K.3), znajduje się budynek ZEL_043_A oraz pozostałe budynki tego kompleksu (osiedla mieszkalnego).

Odwołujący II poinformował nadto, że celem wyceny omawianych prac zwrócił się do potencjalnych wykonawców robót i przedstawił w tabeli oferty, jakie na rozwiązanie Zamawiającego przedstawiło konsorcjum firm Soletanche i Keller oraz firma Stump Franki. Odwołujący II zwrócił uwagę, że nawet spółka córka PORR (firma Stump Franki) nie wyceniła tak drastycznie nisko prac do wykonania, a oferty te opiewają na kwoty zbliżone do tych zaoferowanych w Postępowaniu. W ocenie Odwołującego II, wątpliwości Zamawiającego, biorąc tak krytyczny zakres prac, powinno wzbudzić również, czy PORR przewidział w ogóle do wykonania stosowny zakres prac, czemu przeczy zaoferowana cena (stanowiąca niekiedy 10% kwoty wskazanej przez innych oferentów).

W dalszej kolejności przytoczyć należy treść przepisów, których naruszenia przez Zamawiającego upatrywał Odwołujący II. Zgodnie z 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.

Jak stanowi 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 jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) i 8) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, w tym zgromadzony materiał dowodowy, przytoczony stan faktyczny i prawny, stanowiska Odwołującego II, Zamawiającego oraz uczestników postępowania w tym zakresie, w ocenie Izby zarzut należało oddalić. Należy nadmienić, że tak jak w przypadku zarzutu nr 7 w sprawie KIO 1532/25, że zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny (a tym bardziej do zaniechania wezwania do wyjaśnień treści oferty) nie wpływa na to, że ciężar wykazania zasadności zarzutu spoczywał na Odwołującym II, zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp. Podobnie też jak w przypadku zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania do złożenia przez PORR wyjaśnień odnośnie wyliczenia ceny wystosowanego w sprawie KIO 1532/25, również Odwołujący II nie sprostął ciężarowi

wykazania, że zarzut był zasadny.

Izba zważy, że początkowe uwagi Odwołującego II opierają się de facto na próbie wykazania, że sama okoliczność, że cena jest tańsza o ponad 400 mln zł od kolejnej oferty, powoduje że zachodzi obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej przez Zamawiającego. Okoliczność ta sama w sobie nie może o tym przesądzać, gdyż, czego nie wskazuje Odwołujący II, cena całkowita oferty PORR jest niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert w postępowaniu o niecałe 15%. Koniecznym jest zatem wskazanie, że ewentualne wezwanie PORR na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp uzasadnione byłoby gdyby zaoferowana przez PORR cena, lub jej istotne części składowe wydały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub wzbudziły wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez PORR zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Następnie Odwołujący II idzie o krok dalej i podnosi, że wyjąwszy cenę oferty PORR, średnia arytmetyczna pozostałych ofert jest niższa o ponad 470 mln złotych. Taka przesłanka nie jest jednak znana art. 224 ust. 1 ustawy Pzp i też nie może powodować automatycznie, że Zamawiający zobowiązany byłby do wezwania wykonawcy do wyjaśnień.

Dalsze fragmenty uzasadnienia zarzutu sprowadzają się po pierwsze do porównania wyceny pozycji 6.3 (pozycji 6.3.1-6.3.7) formularza cenowego z wyceną tych pozycji przez pozostałych wykonawców. Izba zważy więc, że występowanie różnic w wycenie poszczególnych prac jest normalnym zjawiskiem, którego uzasadnieniem mogą być przede wszystkim odmienne uwarunkowania towarzyszące wycenie poszczególnych branż i potrzebie posilkiowania się ofertami z rynku. Stąd też samo zestawienie cen pojedynczych pozycji z formularza cenowego PORRze średnią cen tych pozycji z ofert innych wykonawców należy postrzegać jako niewystarczającą dla stwierdzenia, iż Zamawiający niezasadnie odstąpił od wezwania PORR do wyjaśnień.

Jak zostało to już wskazane przy zarzucie zaniechania wezwania do wyjaśnień w sprawie KIO 1532/25, w odniesieniu do poz. 6.3, Zamawiający w sposób przekonujący dla Izby wyjaśnił, że zaistniałe różnice w wycenach wykonawców tej pozycji w formularzach cenowych (w wycenie wzmocnień geotechnicznych na poszczególnych odcinkach, na których ma być drążony tunel) wynikały przede wszystkim z dopuszczenia przez Zamawiającego (na etapie wyjaśnień treści SWZ, np. odpowiedź nr 556) możliwości optymalizacji rozwiązań wzmocnień geotechnicznych, co nie wzbudzało wątpliwości Zamawiającego. W sposób jednoznaczny Zamawiający określił, że „ostateczny wybór budynków i budowli, które należy zabezpieczyć za pomocą wzmocnień geotechnicznych należy do Wykonawcy”. To pozwalało na dokonanie własnej, zindywidualizowanej analizy (co też próbował wykazać PORR za pomocą wyciągów ze wstępnych analiz). Jak też pokazał dowód w postaci oferty podwykonawczej firmy Stump Franki, wykonanie wzmocnienia budynków kształtuje się na poziomie zbliżonym do wyceny podanej przez PORR. Jednocześnie, odnosząc się do powołanych przez Odwołującego II wycen rynkowych (choć niepopartych dokumentami w postaci ofert), należy zwrócić uwagę, że w przeciwieństwie do dowodu złożonego przez PORR, Odwołujący II nie podaje założeń, które służyły wycenie. Co zaś już zostało podkreślone, każdy wykonawca miał możliwość zoptymalizowania rozwiązań wzmocnień geotechnicznych. W istocie więc polemika Odwołującego II jest gołosłowna.

Jednocześnie Zamawiający zwrócił uwagę, że najbardziej zagęszczony zabudową miejską odcinek tunelu (poz. 6.3.6 – co też potwierdza złożony przez Zamawiającego dowód w postaci poglądowych map Łodzi, dotyczących terenów przebiegu poszczególnych odcinków tunelu) został wyceniony na niemal identycznym poziomie przez TORPOL-MIRBUD i PORR. Co też potwierdzają poglądowe mapy terenu, na którym będzie przebiegał tunel, w przypadku pozostałych odcinków (wyjąwszy jeszcze poz. 6.3.5) trudno mówić o gęstej zabudowie. Przekonującym jest przy tym stwierdzenie Zamawiającego, że im mniejsza zabudowa, tym mniejsze zapotrzebowanie na wykonanie wzmocnień geotechnicznych.

Końcowo należy zwrócić uwagę, że Odwołujący II nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej na poparcie swoich twierdzeń oraz nie podał jakichkolwiek innych argumentów przemawiających za zmaterializowaniem się obowiązku wystosowania przez Zamawiającego wezwania PORR do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarazem mając na względzie podniesione w ramach zarzutu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, należy wskazać, że postawienie takiego zarzutu, w sytuacji, gdy wykonawca nie złożył wyjaśnień (abstrahując od zasadności nieprzeprowadzenia procedury wyjaśniającej), jest ewidentnie przedwczesny. Uzupełniając Izba też wskazuje, że choć Odwołujący II podniósł w ramach zarzutu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, to nie jest wiadomym, jakiej dokładnie niezgodności Odwołujący II upatruje w treści oferty PORR.

Tym samym zarzut nr 6 podlegał oddaleniu.

Zarzut nr 7

Końcowo, Odwołujący II zarzucił Zamawiającemu także naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Z uwagi na wynikowy charakter tego zarzutu względem pozostałych zarzutów, to z uwagi na niepotwierdzenie żadnego w

pozostałych zarzutów, również zarzut nr 7 podlegać musiał oddaleniu.

Reasumując powyższe, postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w zakresie: zarzutu nr 2 lit. b) w części dotyczącej punktacji przyznanej wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, PORR Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu i zarzutu nr 2 lit. c) z uwagi na ich wycofanie przez Odwołującego II, a w pozostałym zakresie Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1) i 2) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

.....

.....