

Sygn. akt: KIO 205/17

Sygn. akt: KIO 206/17

**WYROK**  
z dnia 21 lutego 2017 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Ryszard Tetzlaff

**Członkowie:** Izabela Kuciak  
Piotr Kozłowski

**Protokolant:** Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 i 16 lutego 2017 r. w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **30 stycznia 2017 r.** przez wykonawców: **Konsorcjum Firm: 1) PORR Polska Construction S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa; 2) PORR Polska Infrastructure S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa; 3) PORR Bau GmbH, A-1100 Wiedeń, Absberggasse 47, Republika Austrii; 4) TORPOL S.A., ul Mogileńska 10 G, 61-052 Poznań; 5) Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul Okólna 10,42-400 Zawiercie (sygn. akt: KIO 205/17)**
- B. w dniu **30 stycznia 2017 r.** przez wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Mota-Engil Central Europę S.A. (Lider Konsorcjum); 2) Mota-Engil Engenharia e Construção, S.A. (Partner Konsorcjum), Casa de Calçada Largo do Paço nr 6, Cepelos, 4600-032 Amarante, Portugalia; 3) Mostostal Warszawa S.A. (Partner Konsorcjum), ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa; 4) Acciona Infraestructuras S.A. (Partner Konsorcjum), Avenida de Europę 18, Parque Empresarial la Moraleja, 28108 Alcobendas, Madryt, Hiszpania; z adresem dla siedziby lidera: ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków (sygn. akt: KIO 206/17)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawców Konsorcjum Firm: 1) STRABAG Sp. o.o. (Lider); 2) STRABAG Rail a.s., Železničářská 1385/29, Střekov, CZ 400 03 Ústí nad Labem- Střekov, Republika Czeska; 3) STRABAG Áltálanos Építő Kft., ul. Gábor Dénes 2. (Infopark D épület), H-1117 Budapest, Węgry; 4) Krakowskie Zakłady Automatyki S.A., ul. Wielicka 28, 30-552 Kraków; z adresem dla siedziby lidera: ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków; Konsorcjum Firm: 1) Budimex S.A. (Lider); 2) PKP Energetyka S.A., ul. Hoża 63/67, 00-681 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera: ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa; Konsorcjum Firm: 1) ZUE S.A. (Lider); 2) Trakcja PRKil S. A., ul. Złota 59, XVIII p., 00-120 Warszawa; 3) COMSAS.A., Calle Viriato 47, 08014 Barcelona, Hiszpania; 4) INTOP Warszawa Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 108, 02-952 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera: ul. Kazimierza Czapińskiego 3, 30-048 Kraków; Konsorcjum Firm: 1) Mota-Engil Central Europe S.A. (Lider Konsorcjum); 2) Mota-Engil Engenharia e Construção, S.A. (Partner Konsorcjum), Casa de Calçada Largo do Paço nr 6, Cepelos, 4600-032 Amarante, Portugalia; 3) Mostostal Warszawa S.A. (Partner Konsorcjum), ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa; 4) Acciona Infraestructuras S.A. (Partner Konsorcjum), Avenida de Europa 18, Parque Empresarial la Moraleja, 28108 Alcobendas, Madryt, Hiszpania; z adresem dla siedziby lidera: ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 205/17 po stronie zamawiającego
- B. wykonawców Konsorcjum Firm: 1) PORR Polska Construction S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa; 2) PORR Polska Infrastructure S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa; 3) PORR Bau GmbH, A-1100 Wiedeń, Absberggasse 47, Republika Austrii; 4) TORPOL S.A., ul Mogileńska 10 G, 61-052 Poznań; 5) Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul Okólna 10, 42-400 Zawiercie; Konsorcjum Firm: 1) STRABAG Sp. o.o. (Lider); 2) STRABAG Rail a.s., Železničářská 1385/29, Střekov, CZ 400 03 Ústí nad Labem- Střekov, Republika Czeska; 3) STRABAG Áltálanos Építő Kft., ul. Gábor Dénes 2. (Infopark D épület), H-1117 Budapest, Węgry; 4) Krakowskie Zakłady Automatyki S.A., ul. Wielicka 28, 30-552 Kraków; z adresem dla siedziby lidera: ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 206/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

**1A i B. oddala oba odwołania;**

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum Firm: 1) PORR Polska Construction S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa; 2) PORR Polska Infrastructure S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa; 3) PORR Bau GmbH, A-1100 Wiedeń, Absberggasse 47, Republika Austrii; 4) TORPOL S.A., ul Mogileńska 10 G, 61-052 Poznań; 5) Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul Okólna 10,42-400 Zawiercie i Konsorcjum Firm: 1) Mota-Engil Central Europę S.A. (Lider Konsorcjum); 2) Mota-Engil Engenharia e Construção, S.A. (Partner Konsorcjum), Casa de Calçada Largo do Paço nr 6, Cepelos, 4600-032 Amarante, Portugalia; 3) Mostostal Warszawa S.A. (Partner Konsorcjum), ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa; 4) Acciona Infraestructuras S.A. (Partner Konsorcjum), Avenida de Europę 18, Parque Empresarial la Moraleja, 28108 Alcobendas, Madryt, Hiszpania; z adresem dla siedziby lidera: ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez obciąża **Konsorcjum Firm: 1) PORR Polska Construction S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa; 2) PORR Polska Infrastructure S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa; 3) PORR Bau GmbH, A-1100 Wiedeń, Absberggasse 47, Republika Austrii; 4) TORPOL S.A., ul Mogileńska 10 G, 61-052 Poznań; 5) Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul Okólna 10,42-400 Zawiercie i Konsorcjum Firm: 1) Mota-Engil Central Europę S.A. (Lider Konsorcjum); 2) Mota-Engil Engenharia e Construção, S.A. (Partner Konsorcjum), Casa de Calçada Largo do Paço nr 6, Cepelos, 4600-032 Amarante, Portugalia; 3) Mostostal Warszawa S.A. (Partner Konsorcjum), ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa; 4) Acciona Infraestructuras S.A. (Partner Konsorcjum), Avenida de Europę 18, Parque Empresarial la Moraleja, 28108 Alcobendas, Madryt, Hiszpania; z adresem dla siedziby lidera: ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków** tytułem wpisów od odwołań;

- 2.2. zasądza od wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) PORR Polska Construction S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa; 2) PORR Polska Infrastructure S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa; 3) PORR Bau GmbH, A-1100 Wiedeń, Absberggasse 47, Republika Austrii; 4) TORPOL S.A., ul Mogileńska 10 G, 61-052 Poznań; 5) Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul Okólna 10,42-400 Zawiercie** na rzecz **Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 2.3. zasądza od wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Mota-Engil Central Europe S.A. (Lider Konsorcjum); 2) Mota-Engil Engenharia e Construção, S.A. (Partner Konsorcjum), Casa de Calçada Largo do Paço nr 6, Cepelos, 4600-032 Amarante, Portugalia; 3) Mostostal Warszawa S.A. (Partner Konsorcjum), ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa; 4) Acciona Infraestructuras S.A. (Partner Konsorcjum), Avenida de Europe 18, Parque Empresarial la Moraleja, 28108 Alcobendas, Madryt, Hiszpania; z adresem dla siedziby lidera: ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków** na rzecz **Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

Sygn. akt: KIO 205/17

Sygn. akt: KIO 206/17

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na realizację robót budowlanych wraz z opracowaniem dokumentacji wykonawczej w ramach zadania inwestycyjnego pod nazwą „Prace na linii kolejowej E 30 na odcinku Kraków Główny Towarowy - Rudzice wraz z dobudową torów linii aglomeracyjnej”. Znak postępowania: 6060/ICZ3/17068/06860/15/P, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2015/S 241-436626 z 12.12.2015 r., przez Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 19.01.2017 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty Konsorcjum Firm: 1) STRABAG Sp. o.o. (Lider); 2) STRABAG Raif a.s., Železničářská 1385/29, Střekov, CZ 400 03 Ústí nad Labem- Střekov, Republika Czeska; 3) STRABAG Áltálanos Épitő Kft., ul. Gábor Dénes 2. (Infopark D épület), H-1117 Budapest, Węgry; 4) Krakowskie Zakłady Automatyki S.A., ul. Wielicka 28, 30-552 Kraków; z adresem dla siedziby lidera: ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków zwane dalej: „Konsorcjum Strabag” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 205/17” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 206/17”. Na drugiej pozycji w rankingu ofert uplasowała się oferta - Konsorcjum Firm: 1) Budimex S.A. (Lider); 2) PKP Energetyka S.A., ul. Hoża 63/67, 00-681 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera: ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum Budimex” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 205/17”. Na trzeciej – Konsorcjum Firm: 1) ZUE S.A. (Lider); 2) Trakcja PRKil S. A., ul. Złota 59, XVIII p., 00-120 Warszawa; 3) COMSAS.A., Calle Viriato 47, 08014 Barcelona, Hiszpania; 4) INTOP Warszawa Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 108, 02-952 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera: ul. Kazimierza Czapińskiego 3, 30-048 Kraków zwane dalej: „Konsorcjum ZUE” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 205/17”. Na czwartej – Konsorcjum Firm: 1) PORR Polska Construction S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa; 2) PORR Polska Infrastructure S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa; 3) PORR Bau GmbH, A-1100 Wiedeń, Absberggasse 47, Republika Austrii; 4) TORPOL S.A., ul. Mogileńska 10 G, 61-052 Poznań; 5) Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie zwane dalej: „Konsorcjum PORR” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 205/17” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 206/17”.

W ramach tego samego pisma poinformował Zamawiający o wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” Konsorcjum Firm: 1) Mota-Engil Central Europe S.A. (Lider Konsorcjum); 2) Mota-Engil Engenharia e Construção, S.A. (Partner Konsorcjum), Casa de Calçada Largo do Paço nr 6, Cepelos, 4600-032 Amarante, Portugalia; 3) Mostostal Warszawa S.A. (Partner Konsorcjum), ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa; 4) Acciona Infraestructuras S.A. (Partner Konsorcjum), Avenida de Europa 18, Parque Empresarial la Moraleja, 28108 Alcobendas, Madryt, Hiszpania; z adresem dla siedziby lidera: ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków zwane dalej: „Konsorcjum Mota” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 205/17” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 206/17”, a jego ofertę uznano za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

#### **Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 205/17:**

W dniu 30.01.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum PORR wniosła odwołanie na czynność z 19.01.2017 r. i zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawców, poprzedzających oferty Odwołującego. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 30.01.2017r. (e-mailem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie, pomimo że z ofert złożonych przez Konsorcjum Budimex, Konsorcjum ZUE oraz Konsorcjum Strabag wynika, iż wykonawcy ci nie zastosowali się do wymogu określonego w treści pkt 21.1 SIWZ (wymóg osobistego wykonania kluczowych części zamówienia), co powinno skutkować ich odrzuceniem jako nieodpowiadających treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia
- b) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Strabag,
- b) powtórzenia badania i oceny ofert, a w konsekwencji, odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum Budimex, Konsorcjum ZUE i Konsorcjum Strabag oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej; ponadto wnosił o:
- c) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego pisma, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu,
- d) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W treści SIWZ Zamawiający ograniczył możliwość zlecenia zakresu robót podwykonawcom poprzez następujące brzmienie pktu 21.1 Tomu I SIWZ - Instrukcji Dla Wykonawców (dalej jako „IDW”): *„Zamawiający zastrzega, że Wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania następujących kluczowych części Zamówienia: - wykonanie obiektów inżynierskich w zakresie konstrukcyjnym podpór, przyczółków oraz ustrojów nośnych. Zamawiający dopuszcza powierzenie pozostałych części Zamówienia podwykonawcom. Wykonawca zobowiązany jest wskazać w swojej ofercie, w dokumencie wypełnionym i sporządzonym na podstawie wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 do IDW, części Zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.”* W treści przywołanego załącznika nr 3 do IDW, powyżej tabeli, w której wykonawcy winni wskazać części zamówienia przeznaczone do podwykonania, zawarto następującą treść: *„Działając w imieniu wymienionego(ych) powyżej Wykonawcy(ów) oświadczam(y), że następujące części niniejszego zamówienia przeznaczone są do podwykonania: (do tabeli należy wpisać konkretne numery porządkowe z Rozbicia Ceny Ofertowej albo konkretne numery pozycji PFU)”*. Powyższe postanowienia IDW znajdują odzwierciedlenie w Warunkach Umowy (Tom II SIWZ), gdzie subklauzuli 4.4 pkt 4 nadano następujące brzemienie: *„Wykonawca podzleci wyłącznie roboty polegające na: (należy wpisać zakres robót z Załącznika nr 3 do SIWZ). Wykonawca osobiście wykona następujące roboty: wykonanie obiektów inżynierskich w zakresie konstrukcyjnym podpór, przyczółków oraz ustrojów nośnych”*. Pismem z 09.09.2016 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców (część 4). Treść pytania nr 19 brzmiała: *„TOM IIDW - załącznik nr 3 - wykonawca prosi o wyjaśnienie czy jeśli wykonawca powierza cały przedmiot zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem części zastrzeżonej do osobistego wykonania (pkt 21.1 IDW), musi przywoływać konkretne numery porządkowe z RCO albo konkretne numery pozycji PFU, czy też wystarczy złożenie oświadczenia jak przywołane powyżej”*. Na pytanie to Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *„Tak, ma przywołać numery porządkowe z RCO labo konkretne numery pozycji PFU”*. Zgodnie z treścią pktu 13.1 IDW wykonawcy wraz z ofertą złożyć musieli wypełnione Rozbicie Ceny Ofertowej (stanowiące Tom IV SIWZ, dalej jako „RCO”). Jak stanowi pkt 2.2 IDW RCO stanowi element szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia. Bezwzględny wymóg wypełnienia RCO i dostarczenia go Zamawiającemu wynikał z pktu 11.4 SIWZ. Program Funkcjonalno - Użytkowy (Tom III SIWZ, dalej jako „PFU”) definiuje RCO jako integralną część Kontraktu i wskazuje, że dokument ten obejmuje elementy robót do wykonania, które opisane zostały w dokumentach Kontraktu (rozdział 4 pkt 2 PFU). Zamawiający wskazał także, że opisy w poszczególnych pozycjach RCO służyć mają celom



identyfikacyjnym (rozdział 4 pkt 1 PFU). RCO składało się z kilkunastu dokumentów przypisanych do odrębnych zakresowo rodzajów prac według następującego schematu:

- część ogólna (RCO 00),
- układ torowy z podtorzem (RCO 01),
- odwodnienie (RCO 02),
- układ drogowy (RCO 03),
- obiekty inżynierskie (RCO 04),
- obiekty kubaturowe (RCO 05),
- konstrukcje inżynierskie - perony (RCO 06),
- mała architektura i informacja podróźnych (RCO 07),
- sterowanie ruchem kolejowym (RCO 08),
- telekomunikacja (RCO 09),
- sieć trakcyjna (RCO 10),
- elektroenergetyka nietrakcyjna (RCO 11),
- zewnętrzne sieci i instalacje (RCO 12),
- zagospodarowanie zieleni (RCO 13),
- zbiorcze zestawienie kosztów (RCO 14).

RCO 00 (część ogólna) w pkt. 0.04.1 (wśród zadań dodatkowych) przewidywało wykonanie następujących prac: *„Likwidacja przejazdu i budowa wiaduktu z ograniczoną skrajnią pionową i funkcją przejścia pod torami w km 11.415 LK91, z dojazdami w osłonie wanny szczelnej - mapa do celów projektowych, badania geologiczne, decyzja środowiskowa i lokalizacyjna, wielobranżowa dokumentacja projektowa PB + PW (drogowa, konstrukcyjna, odwodnienie, likwidacja kolizji), pozwolenie na budowę, realizacja”*. Z kolei pkt 0.04,3 brzmi: *„Przystosowanie konstrukcji wiaduktu w km 13.971 do przyszłego obniżenia niwelety drogi pod obiektem w celu uzyskania normatywnej skrajni pionowanej ulgowej z chwilą budowy dodatkowego przęsła pod tor do Rudzic (...), wraz z niezbędnymi korektami branż powiązanych (...), realizacja (...)”*. Wymóg uwzględnienia wiaduktu w km 11.415 w części ogólnej RCO potwierdza treść RCO 04, gdzie (w rozdziale RCO 04.07 pkt 6) zawarte jest wprost odesłanie do części ogólnej RCO. Również wymóg uwzględnienia wiaduktu w km 13.971 w części ogólnej potwierdza treść RCO 04, gdzie (w rozdziale RCO 04.7 pkt 13) zawarte jest wprost odesłanie do części ogólnej RCO (jest tam również mowa o konieczności wybudowania przyczółków). Szczegóły dotyczące prac związanych z wiaduktem w km 11.415 doprecyzowane zostały w części opisowej PFU, Na str. 108 (rozdział 5.5 pkt 25) Zamawiający określił następujący zakres prac obejmujący analizowany obiekt:

a) *„opracowanie PB i PW wiaduktu kolejowego nad droga o ograniczonej skrajni drogowej pionowej 3.50 m, z funkcją przejścia pod torami i dościa na perony,*

- b) opracowanie związanych projektów branżowych (drogowego, konstrukcyjnego /wanna szczelna/, odwodnienia, zasilania przepompowni, oświetlenia, likwidacji kolizji),
- c) wykonane badań geologicznych (otwory wykonanie na etapie PB były dedykowane pod płycej fundowane przejście pod torami i są zbyt krótkie w kontekście wiaduktu, nie uwzględniają ponadto budowy wanny szczelnej),
- d) uzyskanie niezbędnych opinii, uzgodnień i decyzji,
- e) wykonanie niezbędnych prac budowlanych". Powyższe informacje powtórzone zostały na str. 117 części opisowej PFU (rozdział 5.5.7 pkt 5).

Z kolei szczegóły dotyczące wiaduktu w km 13.971 opisane zostały w PFU w następujący sposób: „*Wiadukt w km 13.971 linii 91 - Budowa przyczółków pod tor dodatkowy - zakres prac do wykonania w ramach kontraktu:*

- a) opracowanie PB i PW przyczółków posadowionych na poziomie umożliwiającym przyszłościowe obniżenie niwelety drogi pod obiektem w celu uzyskania skrajni normatywnej ulgowej  $hO = 3.50$  m w momencie budowy dodatkowego przęsła pod tor do Rudzic oraz wydłużenia wyjść na perony,
- b) opracowanie zamiennych projektów budowlanych peronów i branż związanych, uwzględniających zmiany wprowadzone w projekcie mostowym,
- c) uzyskanie niezbędnych opinii, uzgodnień i decyzji,
- d) wykonanie niezbędnych prac budowlanych”.

Powyższe informacje powtórzone zostały na str. 118 - 119 części opisowej PFU (rozdział 5.5.7 pkt 12), gdzie kluczowy jest następujący fragment: „*W ramach przedmiotowej inwestycji (etap I) przewidziano budowę przyczółków (...)*”. Abstrahując od jednoznacznego brzmienia powyższych opisów, w odpowiedzi na pytania wykonawców udzielonej 14 października 2016 r. Zamawiający potwierdził (odpowiedź na pytanie nr 1406), przedmiotowy zakres tej pozycji obejmuje m. in. budowę wiaduktu: „*Całość prac związanych z likwidacją przejazdu w km 11.415 i budową wiaduktu pod torami, z funkcją przejścia dla pieszych, jako zadanie dodatkowe, w całości zastępujące rozwiązania przewidziane projektem budowlanym, należy ująć w części ogólnej RCO, w poz. 0.04.1*”. Zamawiający doprecyzował również, że w pozycji nr 0.04,3 umieścić należy wycenę zadań dodatkowych dotyczących wiaduktu w km 13.971. Standardowa konstrukcja obiektu inżynierskiego, jakim jest wiadukt składa się z podpór i przęseł. Podpory to słupy, których zadaniem jest przeniesienie masy konstrukcji na grunt stały. Podpory skrajne określa się jako przyczółki, podpory wewnętrzne nazywa się filarami. Odrębny element to tworzony przez przęsła ustrój nośny (pomost), na którym poprowadzona jest linia kolejowa lub droga. Klasyczną konstrukcją wiaduktu zobrazował schemat: przedstawiony na str. 7 w odwołaniu. Jak wynika z przywołanej powyżej treści dokumentacji przetargowej Zamawiający jednoznacznie nie dopuścił zlecenia podwykonawcom realizacji robót budowlanych w zakresie podpór, przyczółków oraz ustrojów

nośnych w odniesieniu do wszystkich obiektów inżynierskich realizowanych w ramach kontraktu stanowiącego przedmiot postępowania. Konsorcjum Budimex, zgodnie z treścią załącznika nr 3 do ID W, oświadczyło, iż następujące części zamówienia zleci podwykonawcom:

- „00 Część Ogólna,
- 01 Tory z Podtorzem,
- 02 Odwodnienie
- 03 Drogi
- 04 Obiekty inżynierskie z wyłączeniem robót w zakresie podpór, przyczółków oraz ustrojów nośnych,
- 05 Obiekty kubaturowe,
- 06 Perony,
- 07 Mała architektura i INFO,
- 08 SRK,
- 09 Telekomunikacja,
- 10 Sieć trakcyjna,
- 11 Elektroenergetyka nietrakcyjna,
- 12 Zewnętrzne sieci i instalacje,
- 13 Zagospodarowanie zieleni”.

Konsorcjum ZUE, zgodnie z treścią załącznika nr 3 do IDW, oświadczyło, iż następujące części zamówienia zleci podwykonawcom:

- „ 00 Część Ogólna,
- 01 Tory z Podtorzem,
- 02 Odwodnienie
- 03 Drogi
- 04 Obiekty inżynierskie z wyłączeniem wykonania obiektów inżynierskich w zakresie konstrukcyjnym podpór, przyczółków ora ustrojów nośnych, które wykonawca wykona osobiście,
- 05 Obiekty kubaturowe,
- 06 Perony,
- 07 Mała architektura i info,
- 08 SRK,
- 09 Telekomunikacja,
- 10 Sieć trakcyjna,
- 11 Elektroenergetyka nietrakcyjna,
- 12 Zewnętrzne sieci i instalacje,
- 13 Zagospodarowanie zieleni”.

Konsorcjum Strabag, zgodnie z treścią załącznika nr 3 do IDW, oświadczyło, iż następujące części zamówienia zleci podwykonawcom:

- „ - RCO RM-CZĘŚĆ OGÓLNA - częściowo,
- RCO R.01 - UKŁAD TOROWY Z PODTORZEM - częściowo,
- RCO R.02 - ODWODNIENIE - częściowo,
- RCO R.03 - UKŁAD DROGOWY-częściowo
- RCO Rozdział nr 04.01 - ST 04.01.00.06, ST 04.02.03.01, ST 04.02.03.02, ST 04.04.03.01, ST04.04.03.02, ST04.08.00.04, ST04.13.02.01, ST04.13.02.02, ST04.14.00.06,
- RCO Rozdział nr 04.02 - ST 04.01.00.06, ST 04.02.03.01, ST 04.02.03.02, ST 04.04.03.01, ST04.04.03.02, ST04.08.00.04, ST04.13.02.01, ST04.13.02.02, ST04.14.00.06,
- RCO Rozdział nr 04.03 - ST 04.01.00.06, ST 04.02.03.01, ST 04.02.03.02, ST04.04.03.01, ST04.04.03.02, ST04.08.00.04, ST04.13.02.01, ST04.13.02.02, ST04.14.00.06,
- RCO Rozdział nr 04.04 - ST 04.01.00.06, ST 04.02.03.01, ST 04.02.03.02, ST 04.04.03.01, ST04.04.03.02, ST04.08.00.04, ST04.13.02.01, ST04.13.02.02, ST04.14.00.06,
- RCO Rozdział nr 04.05-ST04.01.00.06, ST04.02.03.01, ST04.02.03.02, ST04.04.03.01, ST04.04.03.02, ST04.08.00.04, ST04.13.02.01, ST04.13.02.02, ST04.14.00.06,
- RCO Rozdział nr 04.06-ST 04.01.00.06, ST 04.02.03.01, ST 04.02.03.02, ST 04.04.03.01, ST04.04.03.02, ST04.08.00.04, ST04.13.02.01, ST04.13.02.02, ST04.14.00.06,
- RCO Rozdział nr 04.07-ST 04.01.00.06, ST 04.02.03.01, ST 04.02.03.02, ST 04.04.03.01, ST04.04.03.02, ST04.08.00.04, ST04.13.02.01, ST04.13.02.02, ST04.14.00.06,
- RCO R.05 - OBIEKTY KUBATUROWE - częściowo,
- RCO R.06 - KONSTRUKCJE INŻYNIERSKIE - PERONY-częściowo,
- RCO R.07 - MAŁA ARCHITEKTURA I INFORMACJA PODRÓŻNYCH-częściowo,
- RCO R.08 - STEROWANIE RUCHEM KOLEJOWYM :  
RCO ROZDZIAŁ NR R.08.01: 08.01.14, 08.01.15 RCO ROZDZIAŁ NR R. 08.02: 08.02.12, 08.02.13 RCO ROZDZIAŁ NR R.08.03: 08.03.07, 08.03.08 RCO ROZDZIAŁ NR R.08.04: 08.04.17, 08.04.18  
RCO ROZDZIAŁ NR R.08.05: 08.05.23, 08.05.24  
RCO ROZDZIAŁ NR R. 08.06: 08 06.05, 08 06.06  
RCO R.09 - TELEKOMUNIKACJA - częściowo  
RCO R.10 - SIEĆ TRAKCYJNA - częściowo  
RCOR.11 - ELEKTROENERGETYKA NIETRACYJNA - częściowo  
RCO R. 12 - ZEWNĘTRZNE SIECI I INSTALACJE - częściowo  
RCO R.13 - ZAGOSPODAROWANIE ZIELENI – częściowo”.

Przywołana treść ofert jednoznacznie dowodzi, że Konsorcjum Budimex oraz Konsorcjum ZUE przewidziały zlecenie prac opisanych w RCO 00 (część ogólna) podwykonawcom. Konsorcjum Strabag natomiast wskazało, że zakres prac opisany w tym

fragmencie zostanie zlecony podwykonawcom częściowo (bez szczegółowego określenia części jakiej to dotyczy). Powyższe oznacza, że oferty złożone przez wskazanych wykonawców są niezgodne z SIWZ i jako takie podlegają odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Nie ulega wątpliwości, iż w RCO 00 Zamawiający przewidział prace, których wykonanie uwzględniać musi realizację podpór, przyczółków oraz ustrojów nośnych obiektów inżynierskich. Wynika to wprost z opisu prac uwzględnionych przez Zamawiającego w poszczególnych pozycjach RCO 00. W przypadku wiaduktu km 11.415 okoliczność ta pozostaje poza wszelką wątpliwością nawet dla osób niezaznajomionych z budową obiektów mostowych (wszak w pozycji 0.04.01 mowa jest o budowie wiaduktu, a ta, jak wykazano, każdorazowo zawiera wskazane elementy). Zakres prac przypisanych do wiaduktu km 13,971 wymaga bardziej szczegółowego wyjaśnienia. W odróżnieniu od wiaduktu, o którym mowa w pozycji 0,04.1 RCO 00, w którym przewidziano budowę wiaduktu, pozycja 0.04,3 zakłada prace modernizacyjne polegające na przystosowaniu konstrukcji wiaduktu do przyszłej rozbudowy obejmujące wybudowanie przyczółków (na co wskazują przywołane powyżej postanowienia PFU oraz RCO). Dla zobrazowania oczekiwanych przez Zamawiającego prac związanych z wiaduktem w km 13.971 załączamy cztery projekty tego wiaduktu załączone do PFU przez Zamawiającego, na których, dla wykazania zakresu prac niezbędnych do wykonania (i obejmujących roboty przeznaczone do osobistego wykonania przez wykonawcę), zaznaczyliśmy obiekt istniejący (kolor niebieski) oraz prace do wykonania przez wybranego wykonawcę (kolor czerwony). /załączył jako dowód cztery projekty wiaduktu w km 13.971 (zał. nr 4)/. Jednocześnie stwierdził, że na uwagę zasługuje, że w odniesieniu do żadnej z analizowanych ofert nie znajdzie zastosowania art. 87 ust. 1 Pzp pozwalający Zamawiającemu domagać się od wykonawców złożenia wyjaśnień w zakresie treści ofert. Jakakolwiek bowiem próba wykazania zgodności treści którejkolwiek spośród przywołanych ofert z wymaganiami Zamawiającego określonymi w 1DW skutkować musiałaby niedozwoloną modyfikacją oferty, Z taką sytuacją mielibyśmy do czynienia również w przypadku oferty Strabag. Co prawda Konsorcjum Strabag wskazało, że prace określone w części ogólnej zostaną wykonane przez podwykonawców jedynie „częściowo”, jednak próby wyjaśnień przedmiotowego zakresu na obecnym etapie zmierzałyby do określenia faktycznego zakresu świadczenia, które powinno mieć swoje źródło w treści oferty. Na uwagę zasługuje, że Konsorcjum Strabag w treści załącznika nr 3 do IDW, np. w części dotyczącej RCO 04 (a więc w tej, gdzie w głównej mierze przewidziano zakres prac, które należy wykonać osobiście), bardzo szczegółowo określiło prace mające zostać zlecone podwykonawcom. Takie wskazanie pozostawało w zgodzie z oczekiwaniami Zamawiającego wynikającymi zarówno z treści samego załącznika nr 3 (obowiązek wpisania konkretnych numerów porządkowych z RCO albo numerów pozycji z PFU), jak i z odpowiedzią Zamawiającego z 09.09.2016 r. udzieloną na pytanie nr 19, Nie wywiązując

się z przywołanych wymogów w odniesieniu do RCO 00 Konsorcjum Strabag doprowadziło do sytuacji, w której skorzystanie przez Zamawiającego z procedury, o której mowa w art. 87 ust. 1 Pzp, doprowadzi do zmiany oferty niedozwolonej w świetle tego przepisu.

Przywołał wyrok KIO z 11.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1130/16, jak i wyrok KIO 12.09.2106 r., sygn. akt: KIO 1575/16. Nadto, powołał się na wyrok KIO 22.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1155/16, KIO 1219/16. Stwierdził, że Izba wielokrotnie zwracała uwagę w swoim orzecznictwie na rangę i znaczenie oświadczenia w zakresie pod wykonawstwa. Przykładowo w wyroku z 07.03.2016 r., sygn. akt: KIO 221/16. Zwrócił uwagę na wiążący charakter tego rodzaju oświadczenia. Poza tym, powołał się na wyrok KIO z 14.10.2014 r., sygn. akt: KIO 2012/14 oraz wyrok KIO z 30.06.2015 r., sygn. akt: KIO 1284/15. Z sytuacją posiadającą wszystkie wymienione cechy jak w orzeczeniach wskazanych powyżej, jak stwierdził, mamy do czynienia w przypadku analizowanych ofert. Sformułowane przez Zamawiającego ograniczenie możliwości powierzania prac podwykonawcom oceniać należy na zasadzie „zerojedynkowej”. Nie jest bowiem możliwe powierzenie podwykonawcom zakresu prac określonego w RCO 00 i jednocześnie sprostanie wymogowi w postaci osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, a więc obiektów inżynierskich w zakresie konstrukcyjnym podpór, przyczółków oraz ustrojów nośnych (zgodnie z pkt 21,1 IDW). Tym samym oferty złożone przez Konsorcjum Budimex, Konsorcjum ZUE oraz Konsorcjum Strabag uznać należy za niezgodne z SIWZ i podlegające odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający w dniu 31.01.2017 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 03.02.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Strabag zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 03.02.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Budimex zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 03.02.2017 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Konsorcjum ZUE zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz

Odwołującemu.

W dniu 03.02.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Mota zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 14.02.2017 r. (e-maile) Konsorcjum Budimex złożyło pismo przygotowawcze Przystępującego wnosząc o oddalenie odwołania w całości /oryginał na posiedzeniu/. Kopie zostały przekazane stronom oraz Przystępującym na posiedzeniu. Na tle zidentyfikowanego stanu faktycznego sprawy, nie zaktualizowały się przesłanki do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wbrew stanowisku Odwołującego, z oświadczeń złożonych przez Przystępującego w ramach oferty, nie można bowiem wywieść, iż Przystępujący zmierza poprzez złożenie swojej oferty do złamania zakazu podwykonawstwa w zakresie wynikającym z pkt 21.1. SIWZ, zgodnie z którym „*Zamawiający zastrzega, że Wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania następujących kluczowych części Zamówienia: wykonanie obiektów inżynierskich w zakresie konstrukcyjnym podpór, przyczółków oraz ustrojów nośnych*”. Taki wniosek należy zdyskwalifikować przez wzgląd na poniżej opisane okoliczności prawne i faktyczne.

Odnosnie oświadczenia złożonego przez Przystępującego w ofercie dotyczące zakresu podwykonawstwa oraz sposób ich wykładni. Po pierwsze, podkreślenia wymaga, co zostało pominięte w rozważaniach zawartych w treści Odwołania, iż w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, wobec braku szczegółowych regulacji w przepisach Pzp w tym zakresie, nie zostały wyłączone, charakterystyczne dla prawa cywilnego mechanizmy, służące ustaleniu treści składanego oświadczenia woli (oferty). W tym zakresie właściwym zatem jest odwołanie się do art. 65 § 1 KC, z którego wynika, że oświadczenie należy tłumaczyć tak, jak tego wymagają zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, ze względu na okoliczności, w których było składane. Z kolei naczelną zasadę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sprowadzają się między innymi do przyjęcia założenia, iż ofertę wykonawcy należy oceniać jako złożoną w dobrej wierze, przygotowaną w sposób racjonalny (co nie wyklucza pewnych dopuszczalnych pomyłek w jej przygotowaniu i złożeniu) i zmierzającą do uzyskania zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i w sposób przyjęty i wyrażony przez wykonawcę. W świetle powyższego zamawiający powinien tak interpretować i oceniać oferty wykonawców, aby w ramach obowiązujących przepisów Pzp w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu (tak KIO w wyroku z 08.11.2010 r., sygn. akt: KIO 2317/10; podobnie KIO w wyroku z 17.04.2013 r., sygn. akt KIO 719/13). Co więcej, co równie wyraźnie akcentowane jest w orzecznictwie KIO,

dokonywając wykładni oświadczeń złożonych przez wykonawcę w ramach oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, należy brać pod uwagę całokształt oświadczeń, które w danej ofercie zostały zaprezentowane, nie ograniczając się do interpretacji jednostkowych ich wycinków. Innymi słowy, ofertę składaną w reżimie ustawy Prawo zamówień publicznych, należy czytać w całości, biorąc pod uwagę wszystkie złożone dokumenty i oświadczenia (wyrok KIO z 17.04.2013 r., sygn. akt: KIO 719/13). Powyższe, jest zgodne z podnoszoną wielokrotnie w judykaturze kombinowaną metodą wykładni stosowaną na tle art. 65 KC, opartą na kryterium subiektywnym i obiektywnym. Realizując tę zasadę, należy brać pod uwagę nie tylko kontrowersyjny fragment tekstu, lecz także inne postanowienia umowy, a zarazem uwzględnić pozatekstowe okoliczności, np. rokowania poprzedzające zawarcie umowy, cele umowy, rozumienie tekstu, zachowanie stron itd. Przekładając to na grunt interpretowania oferty składanej w reżimie ustawy Prawo zamówień publicznych należałoby więc uznać, że koniecznym jest nie tylko odnoszenie się do danego fragmentu tekstu, ale także skonfrontowanie go z pozostałymi oświadczeniami składanymi w ramach oferty w połączeniu z celem w jakim oferta jest składana przez profesjonalny podmiot działający na rynku, jakim niewątpliwie jest pozyskanie danego zamówienia. Celem dokonywanych zabiegów interpretacyjnych, opartych na powyższych wytycznych, każdorazowo powinno być przy tym przyjęcie takiej wykładni oświadczenia woli, która pozwoli na utrzymanie czynności prawnej i uznanie jej zgodności z prawem. Za przyjęciem takiej reguły przemawia przede wszystkim okoliczność, że z istoty swojej oświadczenia woli składane są po to, aby wywołać określone skutki prawne (wyrok KIO z 23.04.2014 r.; sygn. akt: KIO 667/14 oraz powołane w nim orzecznictwo SN: wyrok z 26.11.2008 r., III CSK 163/08; wyrok z 17.12.2008 r., I CSK 250/08 oraz wyrok z 20.01.2011 r., I CSK 173/10). Przekładając powyższe, na analizowany stan faktyczny sprawy, należy wziąć pod uwagę; Konieczność całościowej interpretacji treści załącznika nr 3 - Wykaz prac przeznaczonych do podwykonania. Przystępujący w ramach złożonego przez siebie załącznika nr 3 (wykaz prac przeznaczonych do podwykonania) wyraźnie wskazał jako części zamówienia przeznaczone do podwykonania „*obiekty inżynieryjne z wyłączeniem robót w zakresie konstrukcyjnym podpór, przyczółków oraz ustrojów nośnych*”. Powyższe oświadczenie literalnie nie budzi wątpliwości i jest bezpośrednim odzwierciedleniem postanowienia zamieszczonego w pkt 21.1 SIWZ. W ramach tego oświadczenia Przystępujący w sposób jednoznaczny wyraził więc swoją wolę respektowania zakazu podwykonawstwa w części zastrzeżonej przez Zamawiającego do osobistego wykonania. Powyższe oświadczenie Przystępującego należy odnieść do wszystkich części zamówienia, w których pojawia się element dotyczący wykonania obiektów inżynieryjnych i odnosić go również do prac formalnie ujętych w części 00 Rozbicia Ceny Ofertowej (RCO). Fakt, iż przy oświadczeniu wskazującym na respektowanie zakazu podwykonawstwa w zakresie



wymaganym przez Zamawiającego znalazł się dopisek 04, wskazujący na konkretny numer RCO, nie może być rozstrzygający, zwłaszcza w sytuacji gdy pozycje części 00 RCO wskazywane przez Odwołującego, powiązane z pracami w zakresie obiektów inżynierskich, dotyczą tych samych rodzajowo prac, a częściowo prac wykonywanych względem tych samych obiektów, co prace wyłączone z podwykonania w ramach pkt 5) Tabeli z Załącznika nr 3. Tym samym, skoro Przystępujący w pkt 5) Tabeli wyłączył z zakresu podwykonania prace w postaci robót w zakresie konstrukcyjnym podpór, przyczółków oraz ustrojów nośnych to logicznym i oczywistym jest, iż to wyłączenie ma zastosowanie do wszystkich prac w tym zakresie, które mogą wystąpić przy realizacji przedmiotu umowy, w tym ma odniesienie także do prac formalnie wycenionych w części 00 RCO. Nie broniłaby się, w świetle postulowanych i koniecznych do respektowania reguł wykładni, taka interpretacja oświadczeń złożonych przez Przystępującego, zgodnie z którą ten sam zakres prac (a niekiedy także względem tych samych obiektów) w ramach Części 00 RCO miałby zostać powierzony do podwykonania, a jednocześnie miałby być wyłączony wycenionym w Części 04 RCO. W tym kontekście podkreślenia też wymaga, iż podział na poszczególne pozycje cenotwórcze wytyczony Rozbiciem Ceny Ofertowej ma wyłącznie walor informacyjny w kontekście przewidzianego w Postępowaniu wynagrodzenia ryczałtowego. Stąd też, istotne znaczenia powinna mieć merytoryczna treść składanych oświadczeń, nie zaś ich formalne przyporządkowanie do konkretnych pozycji RCO. Oceniając zgodność oferty z treścią siwz ocenia się bowiem właśnie merytoryczną zgodność z wymaganiami Zamawiającego, nie zaś formalne ujęcie składanych oświadczeń i dostosowanie się do narzuconego sposobu prezentacji (wyrok KIO z 23.12.2013 r., sygn. akt KIO 2845/13).

Odnośnie konieczności wzięcia pod uwagę pozostałych oświadczeń składanych przez Wykonawcę w odniesieniu do zakresu prac przeznaczonego do podwykonania. W treści odwołania przemilczana została również okoliczność, iż w Formularzu ofertowym wykonawcy, w tym również Przystępujący, składali oświadczenie co do akceptacji postanowień SIWZ oraz warunków przyszłego stosunku zobowiązaniowego wynikających ze wzoru umowy oraz warunków ogólnych i szczególnych umowy. Tymczasem wskazane okoliczności również mają znaczenie przy interpretacji oświadczeń składanych w pozostałej części oferty, zwłaszcza, że kwestia dopuszczalnego zakresu podwykonawstwa jest tak naprawdę zobowiązaniem podlegającym faktycznej weryfikacji dopiero na etapie realizowania kontraktu. Taka ogólna deklaracja, ma istotne znaczenie w kontekście rekonstrukcji oświadczenia woli wyrażanego przez wykonawcę składającego ofertę, co potwierdziła KIO m.in. w wyroku z 23.04.2014 r., sygn. akt: KIO 667/14, gdzie akcentując konieczność odwołania się również do reguł pozajęzykowych i kontekstu sytuacyjnego składanych oświadczeń woli, wskazała, iż: *"(..)z całości kształtu dokumentacji postępowania przetargowego wynikała intencja Przystępującego do złożenia oferty na warunkach*

określonych w SIWZ, Izba wzięła tu przede wszystkim pod uwagę fakt, iż w pkt 9 oferty Przystępujący złożył oświadczenie o realizacji zamówienia na zasadach określonych w treści SIWZ". Tym samym, kompleksowy obraz oświadczeń i działań podejmowanych przez Przystępującego w ramach Postępowania wskazuje na jego wolę respektowania zakazu podwykonawstwa określonego w pkt 21.1 SIWZ.

Odnośnie konieczności wzięcia pod uwagę kontekstu sytuacyjnego towarzyszącemu sporządzeniu i składaniu ofert. W ślad za cytowanym na wstępie orzecznictwem, koniecznym jest też podkreślenie, iż celem Przystępującego było złożenie ważnej oferty, respektującej wymagania SIWZ i umożliwiającej Przystępującemu pozyskania zamówienia. Nie sposób założyć, że celem profesjonalnego wykonawcy, zwłaszcza przy uwzględnieniu wzmożonej konkurencji na rynku, byłoby złożenie oświadczenia godzącego w postanowienia SIWZ, generującego choćby ryzyko eliminacji oferty tak sformułowanej. Przy założeniu takiej intencji Przystępującego, nielogicznym byłoby w ogóle podejmowanie przez niego działań w odpowiedzi na zaproszenie do składania ofert wystosowane przez Zamawiającego. W tym kontekście, przywołał wyrok KIO z 17.04.2013 r., sygn. akt: KIO 719/13. Podobnie również w wyroku z 24.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1419/14, KIO 1420/14, KIO 1426/14. Nie bez znaczenia pozostaje również okoliczność, iż analogiczny sposób prezentacji oświadczeń dotyczących zakresu podwykonawstwa został przyjęty również przez 3 innych, poza Przystępującym, wykonawców w tym Postępowaniu. Abstrahując od instrukcji wypełnienia załącznika nr 3, nakazującego wskazanie numerów RCO albo numerów pozycji PFU, wskazać należy, iż w pkt 21,1 SIWZ wymagany zakres prac zastrzeżonych do osobistego wykonania wskazany został w sposób opisowy i tożsamy opis znalazł się w treści załącznika nr 3 złożonego przez Przystępującego.

Odnośnie możliwości odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - jednoznaczny charakter niezgodności i możliwość ewentualnego wyjaśnienia treści oferty i jej poprawienia. Niezasadność zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego potęguje fakt, iż Zamawiający ma możliwość skorzystania z dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wyłącznie w sytuacji jednoznacznego charakteru niezgodności zidentyfikowanej w danej ofercie. Nie neguje tego zresztą sam Odwołujący, który w przedstawianych przez siebie rozważaniach prawnych dotyczących niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, powołuje się na orzecznictwo KIO podkreślające, iż niezgodność treści oferty z treścią siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny. Jak zostało to już powyżej zasygnalizowane, Pzp kreuje zasadę domniemania zgodności oferty z treścią SIWZ, która obalona może zostać tylko i wyłącznie w sytuacji jednoznacznych oświadczeń wskazujących w sposób nie budzący wątpliwości na wolę wykonawcy złożenia oferty nieodpowiadającej wymaganiom Zamawiającego. W okolicznościach niniejszej sprawy z taką sytuacją nie będziemy mieć do czynienia. Nawet

jeśli Odwołujący neguje fakt, iż z treści oświadczeń złożonych przez Przystępującego wynika zamiar respektowania przez niego zakazu podwykonawstwa - czemu Przystępujący stanowczo i konsekwentnie zaprzecza - to z całą pewnością nie można uznać, w świetle poczynionych powyżej uwag, że z oświadczeń Przystępującego w sposób nie budzący wątpliwości można wyprowadzić wniosek odwrotny, tj. zamiar złamania wymagań SIWZ co do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia. Nawet jeżeli uznać, że Zamawiający miał podstawy do powzięcia jakichkolwiek wątpliwości co do zakresu prac, które Przystępujący ma zamiar powierzyć podwykonawcom - co Przystępujący konsekwentnie neguje - to nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, iż ta okoliczność nie mogłaby być przez Zamawiającego wyjaśniona w trybie art. 87 ust.1 Pzp, a także względnie poprawiona jako inna omyłka w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp. W tym kontekście, zaznaczenia wymaga też, że jeśli Zamawiający przed dokonaniem postulowanej poprawy musiałby uzyskać jakieś informacje od Wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, to ta okoliczność nie dyskwalifikuje możliwości dokonania późniejszej poprawy (np. wyrok KIO z 30.03.2016 r., sygn. akt: KIO 391/16). W tym kontekście trudno też zgodzić się z twierdzeniem jakoby poprawa oferty w tym zakresie prowadziła do niedozwolonej modyfikacji treści oferty, ponieważ Przystępujący w ramach złożonego Załącznika nr 3, złożył wyraźną deklarację o tym, iż wyłącza z zakresu podwykonania roboty w zakresie konstrukcyjnym podpór, przyczółków oraz ustrojów nośnych. Ewentualne wyjaśnienia i/lub poprawienie oferty miałyby natomiast zmierzać jedynie do poprawienia sposobu zaprezentowania tego oświadczenia i przyporządkowania go do pozycji RCO zgodnych z intencją Przystępującego. Innymi słowy, nie doszłoby w tym przypadku do rekonstrukcji oświadczeń woli wykonawcy ponad podstawy wynikające z treści oferty. Co więcej, ewentualne poprawianie oferty w zakresie odnoszącym się do zakresu podwykonawstwa byłoby dopuszczalne z uwagi na informacyjny charakter oświadczenia dotyczącego zakresu prac przeznaczonych do podwykonania. Takie stanowisko zajęła Izba m.in. w wyroku z 26.01.2016 r., sygn. akt: KIO 2755/15, KIO 2756/15; KIO 2819/15, KIO 2826/15, KIO 2833/15, KIO 2837/15. O walorze informacyjnym oświadczenia dotyczącego podwykonawstwa świadczą też przepisy Pzp, mające zastosowanie do przedmiotowego Postępowania, które stosownie do art. 36b ust. 1 i 2 Pzp, nie wykluczają możliwości modyfikacji części zamówienia przeznaczonego do podwykonania, nie formułując co do takich sytuacji dodatkowych obostrzeń, które należy spełnić jedynie przy zmianie podwykonawcy na zasoby, którego powoływano się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Taką kwalifikację oświadczenia o zakresie podwykonawstwa, umożliwiającą jego zmodyfikowanie, potwierdzają też czynności samego Zamawiającego, który nie przewidział wprost w ramach umowy, wśród dopuszczalnych jej istotnych zmian, możliwości zmiany zakresu podwykonawstwa. Tym samym, przyjmując wiążący charakter

oświadczenia dotyczącego zakresu prac, które wykonawca ma zamiar powierzyć podwykonawcy, należałoby uznać, że ten zakres nie będzie mógł zostać zmieniony na żadnym z etapów, co jest nie do pogodzenia z literalną treścią art. 36b ust. 1, który mówi o „zamiarze” (a więc siłą rzeczy elemencie mogącym podlegać zmianą), a także z praktyką realizacyjną projektów budowlanych. Informacyjny charakter oświadczenia dotyczącego zakresu prac przeznaczonych do podwykonania potwierdzają też przepisy Pzp, w brzmieniu nadanym ostatnią nowelizacją, zgodnie z którymi możliwym jest powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawstwu na etapie realizacji umowy (por. art. 36 ba ust. 1 Pzp w aktualnym brzmieniu). Tego typu okoliczność nie została też w art. 144 ust. 1e Pzp zakwalifikowana przez ustawodawcę jako istotny element umowy. Treść ww. przepisów wskazuje więc, że nie jest wykluczone powierzenie realizacji części zamówienia podwykonawcy, nawet jeżeli wcześniej wykonawca nie przewidywał realizacji danego zakresu podwykonawcą, względnie przewidywał odmienny zakres. Podsumowując, w przedmiotowym postępowaniu nie zaktualizowały się podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ. Niezasadnym jest dążenie Odwołującego do wyeliminowania ofert wykonawców, którzy w sposób podobny do Przystępującego zaprezentowali swoje oświadczenia dotyczące zakresu prac (w analogiczny sposób prezentacji oświadczeń w tym zakresie miał miejsce w ofertach Konsorcjum Mota oraz Konsorcjum ZUE) oraz o, które mają zostać powierzone podwykonawcy, i wymuszenie na Zamawiającym wydatkowania kwoty o ponad 200 tys. zł wyższej na realizację przedmiotowego zamówienia. Nie może umknąć ani fakt, że kilku wykonawców uzupełniło Załącznik nr 3 w taki sam sposób, co usprawiedliwia poniekąd przyjęcie takiego sposobu prezentacji oświadczeń, ani fakt, że pomimo formalizmu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nie może on przyjąć charakteru bezwzględnego. W tym kontekście powołał stanowisko SO w Gliwicach wyrażone w wyroku z 23.02.2007 r., sygn. akt: X Ga 23/07.

W dniu 15.02.2017 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowieź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania /oryginał na posiedzeniu/. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym na posiedzeniu. Na skutek oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Zamawiający zaprosił do złożenia oferty siedmiu wykonawców, w tym Konsorcjum Budimex, Konsorcjum ZUE, Konsorcjum Strabag oraz Konsorcjum PORR. Pismem z 19.01.2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznana została oferta Konsorcjum Strabag. Zgodnie z pkt 21.1 Tomu I SIWZ - Instrukcji Dla Wykonawców Zamawiający zastrzegł, że Wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania następujących kluczowych części

Zamówienia: - wykonanie obiektów inżynierskich w zakresie konstrukcyjnym podpór, przyczółków oraz ustrojów nośnych. Zamawiający dopuścił powierzenie pozostałych części Zamówienia podwykonawcom. Wykonawca zobowiązany został wskazać w swojej ofercie, w dokumencie wypełnionym i sporządzonym na podstawie wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 do IDW, części Zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom. Zgodnie z treścią pktu 13.1 IDW wykonawcy wraz z ofertą złożyć musieli wypełnione Rozbicie Ceny Ofertowej (stanowiące Tom IV SIWZ, dalej jako „RCO”). W ocenie Odwołującego treść ofert dowodzi, że Konsorcjum Budimex oraz Konsorcjum ZUE przewidziały zlecenie prac opisanych w RCO 00 (część ogólna) podwykonawcom. Konsorcjum Strabag natomiast wskazało, że zakres prac opisany w tym fragmencie zostanie zlecony podwykonawcom częściowo (bez szczegółowego określenia części jakiej to dotyczy). Powyższe w błędnej ocenie Odwołującego oznacza, że oferty złożone przez wskazanych wykonawców są niezgodne z SIWZ i jako takie podlegają odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W pierwszej kolejności zaznaczył, iż w rozdziale RCO 04.07 pkt.6 (Przejście pod torami w km 11,415 linii kolejowej 95 (p.o. Kokotów)/ oraz w rozdziale RCO 4.07 pkt.13 (Wiadukt w km 13,971 linii nr 91 - Budowa przyczółków pod tor dodatkowy (droga gminna 560935K)/ w sposób jednoznaczny wskazane jest, że wycenę prac:

- z poz. 04.07.p.6 „Zakres prac wg części ogólnej RCO, poz. 0.04.1 (opis prac zgodnie z PFU) - należy wykonać „wg cz. ogólnej RCO poz. 0.04.1”
- z poz. 04.07.p.13 „Projekt i realizacja przyczółków posadowionych na poziomie umożliwiającym przyszłościowe obniżenie niwelety drogi pod obiektem, wydłużenia wyjść na perony (opis prac zgodnie z PFU) - należy wykonać „wg cz. ogólnej RCO poz.0.04.3”.

W opisywanej sytuacji spornej mamy do czynienia z przeniesieniem wartości wyceny dwóch pozycji RCO rozdział 4.07 p.6 i 4.07 p.13 w nową lokalizację RCO tj. do rozdziałów 0.04.1 oraz 0.04.3. Należy zaznaczyć, że zmiana lokalizacji wyceny przedmiotowych pozycji w RCO nastąpiła z zachowaniem przejrzystości i jednoznaczności zapisów. Podane zostały konkretne pozycje RCO, w których ma zostać uwzględniona wycena, a tło tabeli - w miejscu wprowadzanych modyfikacji -wypełniono kolorem pomarańczowym, aby uczynić zapisy jeszcze bardziej czytelnymi i nie utrudnić Oferentowi w żaden sposób skalkulowania przedmiotowych pozycji. Postępowanie, którego dotyczy przedmiotowe odwołanie, prowadzone jest w formule „zaprojektuj i wybuduj”. RCO pełni tutaj funkcję pomocniczą, ułatwiającą Oferentom sporządzenie kalkulacji całkowitej ceny kontraktowej. Przywołana w odwołaniu odpowiedź na pytanie nr 1406 z 14.10.2016 r. stanowi wyłącznie doprecyzowanie miejsca w RCO, w którym Oferent ma uwzględnić wycenę przytoczonych powyżej prac i nie odnosi się w żaden sposób do warunku podwykonania prac, na potwierdzenie którego Oferenci przedkładają Załącznik nr 3. Wszyscy Oferenci uwzględnili przedmiotowe pozycje w miejscu wskazanym przez Zamawiającego tj. odpowiednio

w rozdziale 0.04.1 oraz rozdziale 0.04.3, jednocześnie pozostawiając właściwe miejsca w rozdziałach 04.07 p.6 i p.13 nie wypełnione kwotą. Zapisy w rozdziale 04.07 RCO odnośnie przedmiotowych pozycji pozostały bez zmian, wraz z jednoczesnym zaznaczeniem ich pomarańczowym tłem, zgodnie z wymogami Zamawiającego. Komisja Przetargowa odnotowała, iż wszyscy Oferenci przedłożyli prawidłowo wypełniony Załącznik nr 3, wskazujący części zamówienia przeznaczone do podwykonania. Każdy z Oferentów odniósł się do stawianego przez Zamawiającego warunku, że osobiście zrealizuje następujące prace: wykonanie obiektów inżynierskich w zakresie konstrukcyjnym podpór, przyczółków, ustrojów nośnych (jednoznacznie oświadczone, iż roboty te będą wyłączone spośród zleczanych podwykonawcom). Również - przywołana w odwołaniu - odpowiedź Zamawiającego (*„Tak, ma przywołać numery porządkowe z RCO albo konkretne numery z PFU”*) na pytanie jednego z Oferentów (pyt. nr 19 z dn. 9.09.2016 r. *„Tom II DW - załącznik nr 3 - wykonawca prosi o wyjaśnienie czy jeśli wykonawca powierza cały przedmiot zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem części zastrzeżonej do osobistego wykonania (pkt 21.1 IDW), musi przywoływać konkretne numery porządkowe z RCO albo konkretne numery pozycji PFU, czy też wystarczy złożenie oświadczenia jak przywołane powyżej”*) została uwzględniona przez wszystkich Oferentów w sposób poprawny. W każdej z ofert w załączniku nr 3 zawarte zostały wymagane przez Zamawiającego numery. Wszyscy Oferenci potwierdzili spełnienie wymagań dot. podwykonawstwa robót w sposób poprawny, różniący się między sobą jedynie formą zapisu. Tym samym wszystkie oferty są zgodne z SIWZ w przedmiotowym zakresie i nie podlegają odrzuceniu. Mając powyższe na uwadze, nie sposób podzielić oceny Odwołującego, iż w zaskarżonych ofertach doszło do powierzenia podwykonawcom całego zakresu prac określonych w RCO 00 i jednocześnie niesprostania wymogowi w postaci osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, a więc obiektów inżynierskich w zakresie konstrukcyjnym podpór, przyczółków oraz ustrojów nośnych (zgodnie z pkt 21.1 IDW). Zaznaczyć należy, iż to w jaki sposób niektórzy wykonawcy wypełnili rubrykę RCO 00 część ogólna pozostaje bez wpływu na ich zobowiązanie do wykonania robót w zakresie podpór, przyczółków oraz ustrojów nośnych. Tym samym oferty złożone przez Konsorcjum Budimex, Konsorcjum ZUE oraz Konsorcjum Strabag uznać należy za zgodne z SIWZ i niepodlegające odrzuceniu na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

#### **Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 206/17:**

W dniu 30.01.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Mota wniosła odwołanie na czynność wyboru z 19.01.2017 r. oraz wykluczenie Odwołującego z udziału i uznanie jego oferty za odrzuconą. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu

30.01.2017r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie oraz bezzasadne uznanie przez Zamawiającego, iż Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych w:

a) Sekcji III.2.3) ppkt III.3 ogłoszenia o zamówieniu, polegających na wykazaniu się przez wykonawcę wiedzą i doświadczeniem polegającą na wykonaniu „co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej odpowiadającej swoim rodzajem robocie stanowiącej przedmiot zamówienia. Za roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia, Zamawiający uzna roboty budowlane wykonane w ramach jednej umowy, na zakres której składały się budowa lub przebudowa (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) jednej stacji kolejowej, węzłowej obejmującej co najmniej sześć torów głównych wraz z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem, siecią trakcyjną i systemami komputerowych stacyjnych urządzeń srk oraz co najmniej dwa perony”;

b) Sekcji III.2.3) ppkt III.5 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu polegających na wykazaniu się przez wykonawcę wiedzą i doświadczeniem polegającą na wykonaniu: „co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej odpowiadającej swoim rodzajem robocie stanowiącej przedmiot zamówienia. Za roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia, Zamawiający uzna roboty budowlane wykonane w ramach jednej umowy lub więcej umów, na zakres której składały się budowa lub przebudowa co najmniej:

a) 1 (słownie: jednego) mostu kolejowego lub wiaduktu kolejowego o rozpiętości najdłuższego przęsła nie mniejszej niż 40 m położonego na linii dwutorowej, zelektryfikowanej, lub w stacji z minimum dwoma torami głównymi, zelektryfikowanymi, przy zachowaniu co najmniej 1 toru czynnego w trakcie prowadzenia robót, oraz

b) 1 (słownie: jednego) wiaduktu drogowego nad zelektryfikowaną linią kolejową lub tramwajową; oraz

c) 1 (słownie: jednego) obiektu typu estakada o rozpiętości najdłuższego przęsła nie mniejszej niż 20 m; oraz

d) 1 (słownie: jednego) przejścia pod torami dla pieszych o długości nie mniejszej niż 20 m, przy zachowaniu co najmniej 1 toru czynnego na obiekcie,

e) 1 (słownie: jednego) mostu lub wiaduktu o rozpiętości najdłuższego przęsła min. 45 m i długości całkowitej min. 150 m oraz o wartości co najmniej 15 000 000,00 złotych brutto (słownie: piętnaście milionów złotych)“;

2) art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie oraz uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, wynikające z błędnego przyjęcia przez Zamawiającego, że Odwołujący winien podlegać wykluczeniu z postępowania;

3) art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie podania uzasadnienia wykluczenia Odwołującego, w tym zaniechanie podania podstaw faktycznych uznania, iż Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

4) ewentualne naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Sekcji III.2.3) ppkt III.3 i w Sekcji III.2.3) ppkt III.5 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu;

5) art. 90 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum: Konsorcjum Strabag pomimo, że to oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza w Postępowaniu oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej z ofert nie podlegających odrzuceniu;

6) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niedochowanie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert w postępowaniu. W związku z powyższym, wnosił o:

1) merytoryczne rozpatrzenie przez KIO niniejszego odwołania i jego uwzględnienie;

2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz dowodów wskazanych w uzasadnieniu na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu;

3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegających na: (a) badaniu i oceny ofert (b) wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty (c) wyborze oferty Konsorcjum Strabag jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

4) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności: (a) ponownego badania przesłanek wykluczenia Odwołującego z Postępowania oraz (b) ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu lub ewentualnie nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności: (a) wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz (b) ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu;

5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, według norm przypisanych na podstawie przedłożonej faktury VAT.

1.1. Na podstawie ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego. Zgodnie z opisem zawartym w Sekcji IV. 1.2 ogłoszenia



o zamówieniu Zamawiający wskazał, że zaprosi do składania ofert w postępowaniu 8 wykonawców.

1.2. Pismem z 22.06.2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Spośród 9 złożonych wniosków Zamawiający zakwalifikował do dalszego etapu postępowania 7 wykonawców, w tym Odwołującego.

1.3. Do dnia upływu terminu składania ofert w postępowaniu, tj. 24.10.2016 r., oferty złożyło 6 wykonawców. Kryteria oceny ofert w postępowaniu stanowiła cena (90%) oraz termin gwarancji (10%). Zważywszy, że wszyscy wykonawcy zaproponowali taki sam okres gwarancji (72 miesiące), zaś Odwołujący zaoferował najniższą cenę w postępowaniu należy uznać, iż to oferta Odwołującego powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą.

1.4. Dnia 22.12.2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż w dniu 05.12.2016 r. otrzymał pismo Konsorcjum Strabag (którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert), w którym zostały sformułowane zarzuty wobec Odwołującego dotyczące rzekomego podania przez Odwołującego we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nieprawdziwych informacji, dotyczących spełniania przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu, które w ocenie Konsorcjum Strabag mają wpływ na wynik postępowania. W związku z powyższym Zamawiający, na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, wezwał Odwołującego do wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz zajęcia stanowiska wobec informacji przedstawionych przez Konsorcjum Strabag.

1.5. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, w dniu 09.01.2017 r. Odwołujący przedstawił wyjaśnienia dotyczące treści wniosku Odwołującego oraz doświadczeń Odwołującego wskazanych celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący stanowczo zaprzeczył zarzutom sformułowanym przez Konsorcjum Strabag, jakoby Odwołujący nie spełniał warunków udziału w postępowaniu lub mógł się dopuścić złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wyniki postępowania, a na poparcie swoich twierdzeń przedstawił stosowne dowody.

1.6. W dniu 19.01.2017 r. Odwołujący otrzymał zawiadomienie Zamawiającego, zgodnie z którym jako najkorzystniejsza w postępowaniu została wybrana oferta Konsorcjum Strabag. Jednocześnie Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, w związku z rzekomym podaniem nieprawdziwych informacji, oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym wykluczenia Odwołującego z postępowania, Zamawiający wskazał, iż w jego ocenie wskazane przez Odwołującego doświadczenia dotyczące:

a) robót budowlanych polegających na przebudowie stacji Tynište n. O. nie dotyczyły przebudowy stacji węzłowej obejmującej co najmniej sześć torów głównych, z systemem komputerowych urządzeń stacyjnych srk - jak określono w warunku opisanym w Sekcji III.2.3

ppkt III.3 ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z informacjami uzyskanymi przez Zamawiającego roboty na stacji Tynište n. O. obejmowały pięć torów głównych, a na stacji tej nie ma systemu komputerowych urządzeń srk, tylko jest tam system z elektromechanicznymi stacyjnymi urządzeniami srk z elektromechanicznymi napędami zwrotnic, co w ocenie Zamawiającego jest niezgodne z wymaganiami określonymi Sekcji III.2.3 ppkt III ogłoszenia o zamówieniu;

b) roboty budowlane, wymagane dla wykazania spełniania warunku opisanego w Sekcji III.2.3. ppkt III.5 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu, polegające na budowie wiaduktów kolejowych przy zachowaniu co najmniej jednego toru czynnego w trakcie prowadzenia dotyczące projektów:

(i) „Linea de Alta Velocidad Madrid-Galicia. Tramo Olmedo-Zamora. Subtramo: Villaverde de Medina-Villafranca de Dureo. Platforma - wiadukty kolejowe nad rzeką Trabancos i nad strumieniem Pitanza;

(ii) „Platforma de la Linea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera Francesa. Tramo: Riudellots-C/Joan Torro (ON 024/07)\" - wiadukt kolejowy N-156 nad połączeniem N-II AP7, nad REC CAN Gibert, wiadukt de Riudellots;

(iii) „Ramal Castellbisbal/Papiol-Mollet/San Fost. Adecuación de la Linea Para Tráficos en Ancho International y Anchim Ibérico. Nudo de Mollet, Fase I y Complementario\" - wiadukty kolejowe E 8.2 oraz E-8.3. - nie spełniają ww. warunku udziału w postępowaniu.

W tym zakresie Zamawiający wskazał, iż zgodnie z uzyskanymi przez niego informacjami, na żadnej z ww. linii nie był prowadzony ruch w trakcie robót budowlanych, a więc nie został spełniony warunek zachowania co najmniej jednego toru czynnego w trakcie prowadzenia robót. Tym samym Zamawiający uznał, iż podane w wykazie robót informacje były nieprawdziwe.

Jednocześnie Zamawiający stwierdził, iż gdyby przy ocenie wniosków nie brano pod uwagę powyższych robót budowlanych opisanych w pkt. a) i b) powyżej, Odwołujący nie spełniłby warunków określonych w Sekcji III.2.3. ppkt III.3 i ppk.5 lit a) ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym Zamawiający uznał, że podanie rzekomo „nieprawdziwych informacji\" miało wpływ na wynik postępowania, bo dzięki nim Odwołujący został dopuszczony do złożenia oferty, która jak się okazało po otwarciu, zawierała najniższą cenę. Z powyższych względów Odwołujący został wykluczony z postępowania, a jego oferta została odrzucona.

2. Zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp dotyczący braku spełniania warunków udziału w postępowaniu

2.1. Odnosząc się do uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania w pierwszej kolejności należy wskazać; iż Zamawiający, na skutek przyjętej przez siebie interpretacji

opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu, zakwestionował spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, w zakresie opisanym w Sekcji III.2.3. ppkt III.3 i ppkt 5 lit a) ogłoszenia o zamówieniu. W konsekwencji dokonanej przez Zamawiającego interpretacji opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu, która, jak wynika z czynności dokonanych przez Zamawiającego, była odmienna od interpretacji przyjętej przez Odwołującego, oraz opisu doświadczeń wskazanych przez Odwołującego w celu wykazania spełniania w/w warunków, Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, iż Odwołujący dopuścił się złożenia nieprawdziwych informacji, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

2.2. W tym miejscu Odwołujący podkreśla, iż ocena zastosowania wobec Odwołującego podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp winna uwzględniać okoliczność, iż informacje przekazane przez Odwołującego są efektem przyjętego przez Odwołującego rozumienia warunków udziału w postępowaniu wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu. Tym samym okoliczność, iż Odwołujący zinterpretował sposób spełniania warunków udziału w sposób odmienny niż Zamawiający nie może stanowić podstawy do uznania, że wykonawca dopuścił się złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

2.3. Jak wskazuje się w ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych, brak precyzji Zamawiającego w opisie spełniania warunków udziału lub interpretacja opisu warunku przez Zamawiającego, która nie znajduje potwierdzenia w literalnym brzmieniu danego wymagania nie może wpływać negatywnie na sytuację wykonawcy w postępowaniu, a więc przede wszystkim nie może prowadzić do odrzucenia oferty, czy wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przytacza wyrok KIO z 27.07.2015 r., sygn. akt: KIO 1525/15, wyrok KIO z 11.12.2014 r., sygn. akt: KIO 2493/14 oraz wyrok SO w Gdańsku z 10.07.2015 r., sygn. akt: I C 2/15).

2.4. Odnosząc się do podanej przez Zamawiającego podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania należy wskazać, co następuje: Warunek opisany w Sekcji III.2.3 ppkt III.5 lit a) ogłoszenia o zamówieniu

2.5. Zgodnie z opisem zawartym w Sekcji III.2.3 ppkt III.5 lit a) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o zamówienie wykazał się doświadczeniem polegającym na wykonaniu: *„co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej odpowiadające swoim rodzajem robocie stanowiącej przedmiot zamówienia. Za roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia, Zamawiający uzna roboty budowlane wykonane w ramach jednej umowy lub więcej umów, na zakres której składały się budowa lub przebudowa co najmniej:*

*a) 1 (słownie: jednego) mostu kolejowego lub wiaduktu kolejowego o rozpiętości najdłuższego przęsła nie mniejszej niż 40 m położonego na linii dwutorowej,*

*zelektryfikowanej, lub w stacji z minimum dwoma torami głównymi, zelektryfikowanymi, przy zachowaniu co najmniej 1 toru czynnego w trakcie prowadzenia robót (...)"*

2.6. Zgodnie z uzasadnieniem wykluczenia Odwołującego z postępowania, Zamawiający przyjął, że roboty budowlane, wymagane dla wykazania spełniania warunku opisanego w Sekcji III.2.3. ppkt III.5 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu, polegające na budowie wiaduktów kolejowych przy zachowaniu co najmniej jednego toru czynnego w trakcie prowadzenia dotyczące projektów:

(i) „Linea de Alta Velocidad Madrid-Galicia. Tramo Olmedo-Zamora. Subtramo: Villaverde de Medina-Villafranca de Dureo. Plataforma - wiadukty kolejowe nad rzeką Trabancos i nad strumieniem Pitanza;

(ii) „Platforma de la Linea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera Francesa. Tramo: Riudellots-C/Joan Torro (ON 024/07)" - wiadukt kolejowy N-156 nad połączeniem N-II AP7, nad REC CAN Gibert, wiadukt de Riudellots;

(iii) „Ramal Castellbisbal/Papiol-Mollet/San Fost. Adecuación de la Linea Para Tráficos en Ancho International y Ancho Ibérico. Nudo de Mollet, Fase I y Complementario" - wiadukty kolejowe E 8.2 oraz E-8.3.

nie spełniają wskazanego powyżej warunku udziału w postępowaniu.

2.7. Z treści pisma Zamawiającego informującego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania wynika, iż Zamawiający uznał, że na żadnej z wykazanych linii kolejowych, na których następowała budowa lub przebudowa obiektów budowlanych opisanych w treści warunku, nie był prowadzony ruch w trakcie prowadzenia robót budowlanych.

2.8. Tym samym Zamawiający oznajmił, że omawiany warunek udziału w postępowaniu polegający na wymogu zachowania 1 toru czynnego w trakcie prowadzenia robót rozumiał jako konieczność prowadzenia ruchu na budowanej lub przebudowywanej linii kolejowej. Tymczasem z dokumentacji postępowania stanowiącej załącznik do protokołu postępowania tj. zapytania skierowanego do inwestora realizującego zadania inwestycyjne wykazane przez Odwołującego, że zapytanie to nie dotyczyło ruchu na liniach kolejowych, na których przebudowywane były wykazane obiekty, lecz dotyczyły ruchu, na samych obiektach objętych budową lub przebudową. W piśmie Zamawiającego z 14.12.2016 r. skierowanym do Sociedad Estatal de Infraestructuras Transporte Terrestre Zamawiający zadał pytanie „Czy wykonawco Acciona Infraestructuras S.A. w ramach następujących kontraktów wykonał budowę wiaduktów kolejowych przy zachowaniu co najmniej jednego toru czynnego w trakcie prowadzenia robót (...) ?”

2.9. Intencja Zamawiającego wyrażona w zapytaniu z 14.12.2016 r. (pozyskanie informacji w sprawie prowadzenia ruchu na obiektach) jest oczywista w świetle dokumentacji wewnętrznej obrazujące sposób odniesienia się przez Sociedad Estatal de Infraestructuras Transporte Terrestre do wystosowanego zapytania. W korespondencji e-mailowej pomiędzy

pracownikami Zamawiającego (e-mail p. I. K., Naczelnika Wydziału Organizacji Międzynarodowych i Współpracy Bilateralnej Biura Strategii PKP PLK S.A. z 20.12.2016 r., skierowanego do p. M. M., głównego specjalisty w Wydziale Zamówień Inwestycyjnych na Roboty Budowlane w Centralnym Biurze Zamówień PKP PLK S.A.) wynika, że informowali się oni wzajemnie o braku wpływu prac na wiaduktach na ruch drogowy lub kolejowy.

2.10. W tych okolicznościach faktycznych zachodzi zatem uzasadniona wątpliwość jaką treść warunku udziału w postępowaniu de facto oceniał Zamawiający i wobec jakiej treści warunku uznał, iż informacje zawarte we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonym przez Odwołującego są niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. Pomijając bowiem sam aspekt sposobu rozumienia treści warunku (o czym w dalszej części odwołania), to nie sposób nie dostrzec, iż do Sociedad Estatal de Infraestructuras Transporte Terrestre Zamawiający wystąpił z zapytaniem, w którym nie przywołał literalnego brzmienia ocenianego warunku udziału w postępowaniu, lecz jedynie pewne jego rozumienie przyjęte przez siebie. Co niezwykle istotne, zapytanie dotyczyło ruchu podczas budowy wiaduktów, zaś w ogóle pomijało istotny aspekt, iż w treści warunku była mowa także o linii kolejowej. Pomimo jednak wystosowania zapytania w sprawie zachowania co najmniej toru czynnego w trakcie przebudowy wiaduktu, Zamawiający w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania poinformował, że ruch kolejowy nie był prowadzony na liniach kolejowych, na których były prowadzone budowy: „Zgodnie z informacjami uzyskanymi przez Zamawiającego na żadnej z ww. linii nie był prowadzony ruch w trakcie prowadzenia robót budowlanych ” [cytat z informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania). Nie wiadomo jednakże, na jakiej podstawie Zamawiający tak przyjął, skoro do Sociedad Estatal de Infraestructuras Transporte Terrestre wystąpił z zapytaniem dotyczącym zachowania co najmniej jednego toru czynnego w trakcie przebudowy wiaduktów.

2.11. Sposób uzyskiwania wyjaśnień od Sociedad Estatal de Infraestructuras Transporte Terrestre oraz sposób przeprowadzenia ich oceny przez Zamawiającego wskazuje brak konsekwencji w działaniu Zamawiającego i przyjmowanie różnej treści omawianego warunku udziału w postępowaniu. Jak się wydaje zapytanie Zamawiającego z 14.12.2016 r. skierowane do Sociedad Estatal de Infraestructuras Transporte Terrestre, zostało sformułowane pod wpływem sugestii wynikających z pisma Konsorcjum Strabag z 05.12.2016 r. bowiem to właśnie w tym piśmie Konsorcjum Strabag twierdzi, że w związku z faktem niewykonania torów na obiektach (wiaduktach) wykazywanych przez Odwołującego, nie został spełniony wymóg zachowania jednego toru czynnego w trakcie prowadzenia robót. Z drugiej strony, pomimo uzyskania odpowiedzi na pytanie de facto ograniczone jedynie do kwestii zachowania co najmniej jednego toru czynnego, Zamawiający jako podstawę

faktyczną wykluczenia przyjmuje (i tak to wskazuje w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania) niezachowanie toru czynnego na budowanej linii kolejowej.

2.12. Zwrócił uwagę, iż w swoich wyjaśnieniach z 09.01.2017 r. Odwołujący wskazywał i udowadniał, iż w ramach wykazywanych budów został spełniony wymóg zachowania jednego toru czynnego. Ponieważ do skierowanego do Odwołującego wezwania do udzielenia wyjaśnień załączono pismo Konsorcjum Strabag z 05.12.2016 r., zaś samo wezwanie Zamawiającego z 22.12.2016 r., było ograniczone do prośby o ustosunkowanie się do twierdzeń Konsorcjum Strabag, to swoje wyjaśnienia w tej sprawie Odwołujący rozpoczął od zwrócenia uwagi Zamawiającemu na fakt nadinterpretacji treści warunku udziału w postępowaniu, którego dopuściło się Konsorcjum Strabag. W wyjaśnieniach z 09.01.2017 r. Odwołujący zwracał uwagę, iż *„warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia opisany w Sekcji III.2.3 pkt III. ppkt 5 lit. a) Ogłoszenia o zamówieniu w ogóle nie stanowił o konieczności zachowania ruchu na wykonywanych obiektach”* zaś *„Taka interpretacja tego warunku jest wyłącznie udziałem Konsorcjum Strabag i najprawdopodobniej ma służyć uzasadnieniu z góry przyjętej tezy o nieprawidłowo dokonanej ocenie Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Mota”*. W wyjaśnieniach tych Odwołujący podkreślał, że Zamawiający w treści przedmiotowego warunku wskazał, że *„Gdyby Zamawiający, w przypadku warunku opisanego w Sekcji III.2.3 pkt III. ppkt 5 lit. a) Ogłoszenia o zamówieniu, oczekiwał, aby czynny tor funkcjonował na budowanym lub przebudowywanym obiekcie, to warunek ten sformułowałby inaczej, tj. np. tak, jak w przypadku warunku opisanego w Sekcji III.2.3 pkt III ppkt 5 lit. d) Ogłoszenia o zamówieniu, gdzie wskazał, że za roboty podobne uzna roboty budowlane wykonane w ramach jednej lub więcej umów, na zakres których składały się budowa lub przebudowa (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) d) 1 (słownie: jednego) przejścia pod torami dla pieszych o długości nie mniejszej niż 20 m, oraz zachowaniu co najmniej 1 toru czynnego na obiekcie”*.

2.13. Z uwagi na powyższe wyjaśnienia Zamawiający miał pełną świadomość, iż Odwołujący rozumie wymóg zachowania co najmniej jednego toru czynnego nie jako wymóg zachowania tego toru na obiekcie (w tym przypadku na wiadukcie). W tym czasie Zamawiający był już w posiadaniu odpowiedzi udzielonej przez Sociedad Estatal de Infraestructuras Transporte Terrestre na opisane powyżej zapytanie Zamawiającego z 14.12.2016 r., w którym przecież pytał o zachowanie co najmniej jednego toru czynnego na obiekcie, których dotyczyła budowa. Innymi słowy w dacie podejmowania decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający miał pełną świadomość, iż Odwołujący interpretuje opis warunku udziału w postępowaniu odmiennie od Zamawiającego.

2.14. W tym stanie faktycznym decyzja Zamawiającego o uznaniu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania i o wykluczeniu Odwołującego jest

kompletnie niezrozumiała, gdyż w swoich wyjaśnieniach z 09.01.2017 r. Odwołujący przedstawił szczegółowe informacje i przedstawił na ich potwierdzenie stosowne dowody, że w trakcie prowadzonych robót budowlanych był zachowany ruch kolejowy, a w konsekwencji, iż został dopełniony wymóg zachowania co najmniej jednego toru czynnego. W stosunku do zakwestionowanych robót budowlanych zawartych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Odwołujący w swoich wyjaśnieniach z 09.01.2017 r. podawał, że:

- W przypadku zadania inwestycyjnego „Unia dużych prędkości Madryt - Galicja. Odcinek Olmedo - Zamora, Pododcinek: VU laver de de Medina - Villafranea de Duero" były wykonywane dwa wiadukty kolejowe nad linią kolejową Medina del Campo - A Coruna. W trakcie wykonywania tych prac linia ta była linią czynną.
- Elementem realizacji zadania „Torowisko dużych prędkości Madryt - Saragossa - Barcelona - granica z Francją, Odcinek: Riudellots c/Joan Torro" było wykonanie nowej linii kolejowej „Riudellots c/Joan Torro", która przebiegała przez teren czynnej stacji towarowej Girona. Na stacji tej, w trakcie wykonywania robót funkcjonował tor czynny (tor obsługujący ruch towarowy). Ponadto, przez powyższą stację przebiega istniejąca wówczas linia Tarragona - Barcelona - Francja, na której ruch pociągów, w trakcie realizacji przedmiotowego zadania inwestycyjnego, odbywał się bez zakłóceń (linia ta była czynną linią kolejową). Ponadto wskazano Zamawiającemu, w ramach zadania wykonano przejście pod torami (przepust) na czynnej, dwutorowej linii Tarragona - Barcelona - Francja. Z referencji wystawionych przez hiszpańskie Ministerstwo Rozwoju (załączonych przez Konsorcjum Mota do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) wynika bezpośrednio, że częścią robót wchodzących w zakres zadania inwestycyjnego „Odgałęzienia Casteilbisbal/Papiol - Moilet/Sant Fost. Dostosowanie międzynarodowego rozstawu szyn i rozstawu iberyjskiego. Węzeł Mollet" było połączenie z linią Barcelona - Port Bou, torem dojazdowym do La Uagosta oraz do nowego odgałęzienia (w rozstawie iberyjskim) Castelibisbal - Port Bou. W trakcie prowadzenia robót linie powyższe funkcjonowały i były czynne (za wyjątkiem nowobudowanej linii Castelibisbal - Port Bou). Roboty budowlane były zatem wykonywane przy spełnieniu wymogu zachowania jednego toru czynnego. W wyjaśnieniach podkreślono, iż konstrukcje wskazane w wykazie robót E-8.2 i E-8.3 są jedynie elementem (wraz z konstrukcjami E-7, E-S.I) jednego długiego obiektu mostowego kolejowego, pod którym (w trakcie prowadzenia robót) przechodziła czynna linia kolejowa Barcelona - Port Bou. Dodatkowo wskazano, że częścią robót wchodzących w zakres rzeczowy omawianego zadania inwestycyjnego było podwojenie linii Papiol - Mollet na długości około 2,8 km, a powyższa przebudowa odbywała się przy co najmniej jednym torze czynnym - torze odchodzącym do stacji La Llagosta.

2.15. Jak zatem widać Zamawiający miał pełną wiedzę na podstawie wyjaśnień Odwołującego z 09.01.2017 r. o zakresie zachowania jednego toru czynnego w trakcie

prowadzonych robót budowlanych. Z kolei jego własne postępowanie wyjaśniające ograniczone zostało wyłącznie do weryfikacji zachowania co najmniej jednego toru czynnego na obiekcie (sic i), przy czym w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał, że ruch nie był prowadzony na żadnej z linii kolejowych, co oznacza, że nie został spełniony warunek zachowania co najmniej jednego toru czynnego.

2.16. Okoliczności te wskazują jednoznacznie, że Zamawiający w zakresie rzekomo nieprawdziwych informacji weryfikował dane nieobejmujące pełnej treści warunku udziału w postępowaniu, a następnie na podstawie informacji dotyczących tych danych podejmował decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Całkowicie przy tym Zamawiający pominął wyjaśnienia Odwołującego z 09.01.2017 r., chociaż eksponowały one odmienny sposób rozumienia warunku udziału w postępowaniu niż sposób jego rozumienia przyjęty przez Konsorcjum Strabag w piśmie z 05.12.2016 r., a następnie przeniesiony przez Zamawiającego do zapytania skierowanego do Sociedad Estatal de Infraestructuras Transporte Terrestre.

2.17. W takim stanie faktycznym decyzja Zamawiającego o wykluczeniu z postępowania Odwołującego była całkowicie nieuzasadniona. Z jednej bowiem strony wykluczając Odwołującego z postępowania oparł się na treści warunku, która nie wynika z Ogłoszenia o zamówieniu (o czym w dalszej części odwołania), zaś z drugiej Zamawiający nawet nie przeprowadził postępowania wyjaśniającego dotyczącego przyjętej przez siebie treści tego warunku.

2.18. Odnosząc się do literalnego brzmienia opisu warunku udziału w postępowaniu przytoczonego w Sekcji III.2.3 pkt. III ppkt 5 lit a) należy wskazać, że gdyby intencją Zamawiającego było wymaganie, aby tor czynny był zachowany na budowanym lub przebudowanym moście lub wiadukcie, to sformułowałby opis warunku w sposób analogiczny do pkt III.2.3 pkt. III ppkt 5 lit d). ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z którym: za roboty podobne do przedmiotu zamówienia Zamawiający miał uznać roboty budowlane wykonane w ramach jednej lub więcej umów, na zakres których składały się budowa lub przebudowa (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) d) 1 (słownie: jednego) przejścia pod torami dla pieszych o długości nie mniejszej niż 20 m, przy zachowaniu co najmniej 1 toru czynnego NA OBIEKCIE.

2.19. W opisie warunku sformułowanym w Sekcji III.2.3. ppkt III.5 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu brak jest analogicznego odniesienia do „obiekta”, a więc wymogu zachowania toru czynnego „na przebudowanym moście lub wiadukcie”. Tym samym należy uznać, iż Zamawiający w sposób zupełnie swobodny dokonuje nadinterpretacji warunku określonego w ogłoszeniu o zamówieniu.

2.20. Literalna wykładnia opisu warunku udziału pozwala zatem uznać, że wymóg zachowania 1 toru czynnego nie odnosił się do toru na danym obiekcie (moście lub



wiadukcie), ale dotyczy zachowania przejezdności linii kolejowej (czynnego toru), w związku z prowadzonymi robotami budowlanymi, w ramach których wykonywany był most lub wiadukt. O prawidłowości przyjętej przez Odwołującego interpretacji świadczy również fakt, iż Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych, „na zakres której składały się budowa lub przebudowa co najmniej: 1 (słownie: jednego) mostu kolejowego lub wiaduktu kolejowego”. Skoro zatem Zamawiający dopuścił możliwość wykazania się „budową” nowego obiektu (mostu i wiaduktu), to logicznym jest przyjęcie, iż na takim nowo budowanym obiekcie nie mógł być prowadzony ruch kolejowy (zachowany co najmniej 1 tor czynny).

2.21. Warunek ten nie wymagał także, zdaniem Odwołującego, zachowania co najmniej jednego toru czynnego bezpośrednio na samej linii dwutorowej, na której była prowadzona budowa lub przebudowa. Warunek ten został bowiem sformułowany szerzej, jako zachowanie toru czynnego w związku z prowadzoną budową lub przebudową, a nie na samej linii dwutorowej budowanej czy przebudowywanej. Gdyby Zamawiający chciał ograniczyć zachowanie toru czynnego jedynie do samej linii, to warunek miałby całkowicie inne brzmienie, np. podobne do brzmienia warunku wskazanego w Sekcji III.2.3 pkt III ppkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu. W przypadku tego warunku Zamawiający wymagał wykazaniem się wykonaniem co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej odpowiadającej swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia, zaś za roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia Zamawiający uznawał roboty budowlane wykonane w ramach jednej lub więcej umów na zakres których składały się budowa lub przebudowa (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) minimum 30 km nawierzchni torowej\* wraz z podtorzem i odwodnieniem na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej o wartości co najmniej 30 000 000,00 złotych brutto (słownie: trzydzieści milionów złotych) przy prowadzonym ruchu po torze sąsiednim na całej długości wymaganego odcinka.

2.22. Tymczasem w przypadku warunku udziału w postępowaniu opisanego w Sekcji III.2.3 pkt III. ppkt 5 lit. a) Ogłoszenia o zamówieniu nie ma wymogu zachowania ruchu na jakimkolwiek odcinku, a jedynie ogólnie sformułowany wymóg zachowania co najmniej jednego toru czynnego w trakcie prowadzenia robót. Jednocześnie w treści warunku jest mowa o wiadukcie kolejowym, linii dwutorowej zelektryfikowanej i stacji z minimum dwoma torami głównymi, zelektryfikowanymi, co pozwala przyjąć rozumienie warunku szersze niż prezentuje Zamawiający (np. zachowanie toru czynnego w związku z wykonywaniem wiaduktu kolejowego czy też na stacji).

2.23. Zgodnie z art. 14 Pzp do czynności Zamawiającego podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się wprost przepisy Kodeksu cywilnego. Z kolei na podstawie art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego oświadczenie woli należy tak

tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

2.24. W przypadku omawianego warunku udziału w postępowaniu Odwołujący wykazując jego spełnienie, a następnie udzielając wyjaśnień z 09.01.2017 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 22.12.2016 r. opierał się na literalnym brzmieniu tego warunku. Interpretując jego treść Odwołujący wziął pod uwagę odmiennosc sposobu jego wyrażenia w stosunku do warunków udziału w postępowaniu określonych w Sekcji III.2.3 pkt III ppkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w Sekcji III.2.3 pkt III ppkt 5 lit. d) Ogłoszenia o zamówieniu. Porównując różnice treściowe pomiędzy tymi warunkami, a warunkiem z Sekcji III.2.3 pkt III. ppkt 5 lit. a) Ogłoszenia o zamówieniu Odwołujący doszedł do w pełni uzasadnionego przekonania, iż warunek ten powinien być rozumiany nie jako wymóg zachowania co najmniej jednego toru czynnego na obiekcie, czy też jako wymóg zachowania co najmniej jednego toru czynnego na linii, lecz jako wymóg zachowania toru czynnego w związku z realizacją robót opisanych w treści warunku.

2.25. Powyższe rozumienie warunku z Sekcji III.2.3 pkt III. ppkt 5 lit. a) Ogłoszenia o zamówieniu przyjęte przez Odwołującego było uzasadnione nie tylko związkami treściowymi poszczególnych elementów ogłoszenia o zamówienia dla postępowania, ale także szerszym kontekstem sytuacyjnym, który w tym przypadku ma doniosłe znaczenie prawne dla sposobu interpretacji ogłoszenia, jako oświadczenia woli Zamawiającego. Nie można bowiem tracić z pola widzenia faktu, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego. Powyższe oznacza, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu może złożyć każdy zainteresowany wykonawca. Z drugiej jednak strony kształt przetargu ograniczonego (jako odpowiednika procedury ograniczonej w rozumieniu Dyrektywy 2004/18/WE i Dyrektywy 2004/17/WE) uniemożliwia wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego zadawanie pytań do treści ogłoszenia o zamówieniu pozwalających wyjaśnić ewentualne wątpliwości co do rozumienia poszczególnych zapisów w ogłoszeniu, w tym w szczególności postanowień w sprawie warunków udziału w postępowaniu. Dodatkowo, sam Zamawiający w Sekcji VI.3) ppkt VII ogłoszenia o zamówieniu wskazał, iż nie przewiduje możliwości wyjaśniania treści postanowień ogłoszenia o zamówieniu: *„Na etapie składania Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie przewiduje się udzielenia żadnych wyjaśnień i odpowiedzi na zapytania.”* Z tego też powodu, interpretując treść warunku wyrażanego w ogłoszeniu o zamówieniu dla przetargu ograniczonego należy poszczególnym jego postanowieniom nadawać treść wynikającą z literalnego ich brzmienia. W ocenie Odwołującego, w przypadku warunku udziału w postępowaniu wskazanego w Sekcji III.2.3 pkt III. ppkt 5 lit. a) Ogłoszenia o zamówieniu, warunek ten powinien być interpretowany w jego literalnym brzmieniu, a nie w sposób, który wskazał Zamawiający w informacji

o wykluczeniu z postępowania. Tak tylko bowiem można, w świetle normatywnych zasad wykładni oświadczeń woli wynikających z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, interpretować wskazywane powyżej postanowienia ogłoszenia o zamówieniu.

2.26. Z uwagi na powyższe, w ocenie Odwołującego, wykazał on spełnienie tego warunku, a nie dopuścił się złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. W żadnym jednakże przypadku nie można twierdzić, iż Odwołujący złożył jakiegokolwiek nieprawdziwe informacje.

2.27. Odnosząc powyższe do projektów wykazanych przez Odwołującego celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy wskazać, iż projekty pn. „Linea de Alta Velocidad Madrid-Galicia. Tramo Olmedo-Zamora. Subtramo: Villaverde de Medina-Villafranca de Dureo. Platforma (wiadukty kolejowe nad rzeką Trabancos i nad strumieniem Pitanza) oraz „Platforma de la Linea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera Francesa. Tramo: Riudellots-C/Joan Torro (ON 024/07)” (wiadukt kolejowy N-156 nad połączeniem N-II AP7, nad REC CAN Gibert, wiadukt de Riudellots) dotyczyły budowy nowych obiektów budowlanych - mostów i wiaduktów, przy czym w trakcie prowadzenia robót budowlanych zachowana była ciągłość ruchu kolejowego na linii kolejowej.

2.28. Podobnie, w przypadku inwestycji „Ramal Castellbisbal/Papiol-Mollet/San Fost. Adecuación de la Linea Para Tráficos en Ancho International y Anchím Ibérico. Nudo de Mollet, Fase I y Complementario” (wiadukty kolejowe E 8.2 oraz E-8.3), która dotyczyła przebudowy linii kolejowej oraz połączenia jej z nowobudowaną linią kolejową, przy wykonywaniu robót dotyczących wiaduktu zachowany był ruch kolejowy w trakcie prowadzenia robót.

2.29. Powyższe potwierdza również m.in. korespondencja prowadzona przez Zamawiającego z hiszpańskim zarządcą infrastruktury kolejowej (ADIF), z której wynika, że roboty prowadzone na w/w inwestycjach nie miały wpływu na prowadzonych ruch kolejowy.

2.30. Podsumowując powyższe należy uznać, iż Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu opisany w Sekcji III.2.3 ppkt III.5 lit a) ogłoszenia o zamówieniu, a uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący tego warunku nie spełnia oraz że Odwołujący miał się rzekomo dopuścić złożenia nieprawdziwych informacji, wynika wyłącznie z przyjęcia przez Zamawiającego, w sposób nieuprawniony, odmiennej i zawężającej interpretacji opisu sposobu spełniania warunku udziału, w stosunku do literalnej interpretacji przedmiotowego warunku, w szczególności w kontekście pozostałych warunków udziału w postępowaniu, które były sformułowane w sposób odmienny (przykładowo, przytoczone powyżej warunki opisane w Sekcji III.2.3 pkt III ppkt 5 lit. d) czy Sekcji III.2.3 pkt III ppkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu).

Odnośnie warunku opisanego w Sekcji III.2.3 ppkt III ogłoszenia o zamówieniu.

2.31. Zgodnie z opisem zawartym w Sekcji III.2.3 ppkt III.3 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymagał aby wykonawca ubiegający się o zamówienie wykazał się doświadczeniem w wykonaniu „co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej odpowiadające swoim rodzajem robocie stanowiącej przedmiot zamówienia. Za roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia, Zamawiający uzna roboty budowlane wykonane w ramach jednej umowy, na zakres której składały się budowa lub przebudowa (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) jednej stacji kolejowej, węzłowej obejmującej co najmniej sześć torów głównych wraz z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem, siecią trakcyjną i systemami komputerowych stacyjnych urządzeń srk oraz co najmniej dwa perony”.

2.32. Zgodnie z treścią powyższego warunku Zamawiający oczekiwał zatem, że wykonawca wykaże się doświadczeniem polegającym na:

- a) wykonaniu robót budowlanych w ramach jednej umowy;
- b) na zakres robót składała się budowa lub przebudowa (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) jednej stacji kolejowej;
- c) roboty miały być prowadzone na stacji kolejowej węzłowej obejmującej: co najmniej sześć torów głównych wraz z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem, siecią trakcyjną i systemami komputerowych stacyjnych urządzeń srk oraz co najmniej dwa perony.

2.33. Przytoczony opis warunku udziału wskazuje zatem, iż za spełnienie warunku Zamawiający uzna doświadczenie w wykonaniu robót prowadzonych na stacji kolejowej, która obejmowała: (a) co najmniej sześć torów głównych wraz z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem, (b) siecią trakcyjną i (c) systemami komputerowych stacyjnych urządzeń srk oraz (d) co najmniej dwa perony.

2.34. W zakresie w/w warunku Zamawiający uznał, iż referencja wskazana przez Odwołującego w celu wykazania spełniania w w. warunku udziału tj. projekt pn. „Zwiększenie przepustowości trasy Tynište n. O. i część przebudowy peronów stacji kolejowej Tynište n. O" nie spełnia przedmiotowego warunku, jako że prowadzone na stacji roboty budowlane nie dotyczyły przebudowy stacji węzłowej obejmującej co najmniej sześć torów głównych, z systemem komputerowych urządzeń stacyjnych srk.

2.35. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, iż z opisu warunku nie wynika jednak, że roboty wykonane przez wykonawcę w ramach inwestycji miały dotyczyć wykonania „co najmniej sześciu torów głównych wraz z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem, siecią trakcyjną i systemami komputerowych stacyjnych urządzeń srk - jak twierdzi Zamawiający. Literalna wykładnia opisu warunku pozwala uznać, iż Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych wykonanych w ramach jednej umowy, na zakres której składały się budowa lub przebudowa (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) jednej stacji kolejowej, węzłowej obejmującej co najmniej sześć torów głównych wraz

z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem, siecią trakcyjną i systemami komputerowych stacyjnych urządzeń srk oraz co najmniej dwa perony". Tym samym to stacja węzłowa, na której prowadzone były roboty, miała obejmować 6 torów głównych, nie zaś wykonywane przez wykonawcę roboty. Tym samym, po raz kolejny Zamawiający dokonał wykładni zawężającej, oraz sprzecznej z literalnym brzmieniem wykładni opisu warunku, tak aby uzasadnić z góry założoną hipotezę, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

2.36. W celu jednoznacznego potwierdzenia spełniania warunku udziału, a tym samym braku zasadności zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, Odwołujący wskazuje, że stacja kolejowa Tynište, w ramach której prowadzone były roboty budowlane obejmowała przed przebudową:

a) Tory główne zasadnicze:

(i) tor Nr 3 dla kierunku Bolehost - Borohradek dla wjazdu, odjazdu i przejazdu wszystkich pociągów we wszystkich kierunkach;

(ii) tor Nr 1 dla kierunku Trebechovice pod Orebem - Castolovice dla wjazdu, odjazdu i przejazdu wszystkich pociągów we wszystkich kierunkach;

b) Tory główne dodatkowe:

(i) tory Nr 5, 2, 4 dla wjazdu, odjazdu i przejazdu wszystkich pociągów we wszystkich kierunkach;

(ii) tory Nr 6, 8, 10, 12, 14, 16, 18, 20 dla wjazdu, odjazdu i przejazdu pociągów towarowych we wszystkich kierunkach;

c) Perony:

(i) 5 peronów jednokrawędziowych przy torach Nr 5, 3, 1, 2, 4.

2.37. Jednocześnie, po przebudowie, przeprowadzonej w ramach prowadzonych robót budowlanych stacja kolejowa Tynište obejmowała:

a) Tory główne zasadnicze:

(i) tor Nr 3 dla kierunku Bolehost - Borohradek dla wjazdu, odjazdu i przejazdu wszystkich pociągów we wszystkich kierunkach;

(ii) tor Nr 1 dla kierunku Trebechovice pod Orebem - Castolovice dla wjazdu, odjazdu i przejazdu wszystkich pociągów we wszystkich kierunkach

b) Ton/ główne dodatkowe:

(i) tory Nr 5, 2, 6 dla wjazdu, odjazdu i przejazdu wszystkich pociągów we wszystkich kierunkach;

(ii) tor Nr 4b zakończony kozłem oporowym (krótki) dla odjazdu pociągów, z wyjątkiem pasażerskich, w kierunkach Borehradek i Castolovice;

(iii) tor Nr 4c zakończony kozłem oporowym (krótki) dla wjazdu i odjazdu pociągów, z wyjątkiem pasażerskich, w kierunkach Trebechovice pod Orebem i Bolehost

(iv) tory Nr 8, 10, 12, 14, 16, 18, 20 dla wjazdu, odjazdu i przejazdu pociągów towarowych we wszystkich kierunkach;

c) Perony:

(i) peron jednokrawędziowy przy torze Nr 5;

(ii) peron dwukrawędziowy przy torach Nr 1 i 3;

(iii) peron dwukrawędziowy przy torach Nr 2 i 6.

2.38. Z powyższego wynika zatem, że po pierwsze stacja kolejowa Tyniście obejmowała, zarówno przed jak i po przebudowie, więcej niż 6 torów głównych oraz że przebudowie podlegały co najmniej tory nr 5, 3, 1, 2, 4, 6. Nie ulega zatem wątpliwości, iż sformułowane przez Zamawiającego twierdzenie, iż inwestycja nie obejmowała 6 torów jest niezgodna z prawdą.

2.39. W dalszej kolejności, w zakresie spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym wykonania *„(roboty budowlane (j) wykonane(j) w ramach jednej umowy, na zakres której składały się budowa lub przebudowa (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) jednej stacji kolejowej, węzłowej obejmującej co najmniej sześć torów głównych wraz z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem, siecią trakcyjną i systemem komputerowych stacyjnych urządzeń srk oraz co najmniej dwa perony”* Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, oraz złożył nieprawdziwe informacje, ponieważ stacja kolejowa Tyniście nie jest wyposażona w system komputerowych stacyjnych urządzeń srk, a na stacji znajduje się tylko system z elektromechanicznymi stacyjnymi urządzeniami srk z elektromechanicznymi napędami zwrotnic.

2.40. Zgodnie z art. 14 Pzp do czynności Zamawiającego podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się wprost przepisy Kodeksu cywilnego. Powyższe oznacza, że sposób sformułowania warunku udziału w postępowaniu zawartego w ogłoszeniu (w tym przypadku warunku z Sekcji III.2.3 pkt III. ppkt 3 Ogłoszenia o zamówieniu) podlega normatywnym zasadom wykładni oświadczeń woli określonych w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego. Przepis ten zaś stanowi, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

2.41. Jak wskazuje na to treść pisma Zamawiającego z informacją o wykluczeniu z postępowania Zamawiający uznał, iż na stacji Tyniście znajduje się system z elektromechanicznymi stacyjnymi urządzeniami srk z elektromechanicznymi napędami zwrotnic, co w ocenie Zamawiającego nie spełnia wymogu opisanego w warunku udziału w postępowaniu z Sekcji III.2.3 pkt III. ppkt 3 Ogłoszenia o zamówieniu.

2.42. Odwołujący wykazując spełnienie warunku z Sekcji III.2.3 pkt III. ppkt 3 Ogłoszenia o zamówieniu, a następnie udzielając wyjaśnień z 09.01.2017 r. w odpowiedzi na wezwanie

Zamawiającego z 22.12.2016 r. opierał się na literalnym brzmieniu tego warunku. Interpretując jego treść Odwołujący wziął pod uwagę fakt, iż Zamawiający nie zdefiniował na potrzeby ogłoszenia o zamówieniu zwrotu, którego użył, a mianowicie pojęcia „system komputerowych stacyjnych urządzeń srk”.

2.43. Jest to o tyle istotna okoliczność faktyczna, iż wielokrotnie w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający wprowadzał definicję użytych pojęć mając na uwadze uniknięcie wieloznacznego ich rozumienia, i tak: w warunku opisanym w Sekcji III.2.3 pkt III. ppkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że pod pojęciem "kilometrów nawierzchni torowej" rozumie sumę kilometrów nawierzchni torowej na linii dwutorowej zelektryfikowanej w zakresie torów głównych zasadniczych i torów szlakowych, na których wykonywane były roboty opisane w ww. warunku w warunku opisanym w Sekcji III.2.3 pkt IV. Pkt 1 ppkt 5) Ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że pod pojęciem "kolejowych obiektów inżynierskich" rozumie określone obiekty rozumieniu przepisów w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie; w warunku opisanym w Sekcji III.2.3 pkt IV. Pkt 1 ppkt 6) Ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że pod pojęciem "dróg" rozumie drogi w rozumieniu przepisów o drogach publicznych; w warunku opisanym w Sekcji III.2.3 pkt IV. Pkt 1 ppkt 10) Ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że pod pojęciem „modernizacji infrastruktury kolejowej” rozumie to pojęcie zgodnie z ustawą o transporcie kolejowym; objaśnieniach do warunków udziału w postępowaniu wskazał, że użyte powyżej sformułowanie „infrastruktura kolejowa” należy rozumieć w znaczeniu określonym w ustawie z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (tj. Dz.U. 2013 poz. 1594 z późn. zm.). W odniesieniu do pojęcia „system komputerowych stacyjnych urządzeń srk” Zamawiający definicji takiej jednak nie wprowadził.

2.44. Wskazana powyżej odmienność sposobu wyartykułowania warunku udziału w postępowaniu w Sekcji III.2.3 pkt III. ppkt 3 Ogłoszenia o zamówieniu w stosunku do innych warunków udziału w postępowaniu, w którym posłużono się określonymi definicjami dawała wykonawcom biorącym udział w postępowaniu asumpt do przyjęcia literalnego brzmienia tego warunku. Porównując różnice treściowe pomiędzy tymi warunkami, a warunkiem z Sekcji III.2.3 pkt III. ppkt 3) Ogłoszenia o zamówieniu Odwołujący doszedł do przekonania, w pełni uzasadnionego okolicznościami sprawy, iż „system komputerowych stacyjnych urządzeń srk” to struktura realizująca lub mogąca realizować funkcje sterowania ruchem kolejowym za pomocą technologii komputerowej.

2.45. Taką interpretację wspiera także fakt, iż pojęcie „system komputerowych urządzeń stacyjnych srk” nie jest definiowane w żadnym akcie prawnym. Przepisy rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie (Dz. U. nr 151, poz.987 z późn. zm.) posługują się jedynie pojęciem urządzeń srk, ale ich nie definiują. Akt

ten nie zawiera też pojęcia „systemu urządzeń srk”, ani też z kategorii „urządzeń srkf nie wyróżnia „komputerowych urządzeń srk”. Jeżeli zatem uwzględnia się fakt, iż Zamawiający nie powołał do życia własnej definicji „systemu komputerowych urządzeń srk”, ani też nie ma definicji tego pojęcia w przepisach prawa, to okoliczności w których zostało złożone oświadczenie woli Zamawiającego w postaci sformułowania tego warunku w pełni uzasadniają jego rozumienie oparte o literalne brzmienie zapisu zawartego w Ogłoszeniu o zamówieniu.

2.46. Dodatkowo trzeba zwrócić też uwagę, że postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego. Powyższe oznacza, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu może złożyć każdy zainteresowany wykonawca. Z drugiej jednak strony kształt przetargu ograniczonego (jako odpowiednika procedury ograniczonej w rozumieniu Dyrektywy 2004/18/WE i Dyrektywy 2004/17/WE) uniemożliwia wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego zadawanie pytań do treści ogłoszenia o zamówieniu i w ten sposób wyjaśniania wątpliwości co do rozumienia poszczególnych zapisów w ogłoszeniu (w tym zwłaszcza postanowień w sprawie warunków udziału w postępowaniu). Dodatkowo, sam Zamawiający w Sekcji VI.3) ppkt VII ogłoszeniu o zamówieniu wskazał, iż nie przewiduje możliwości wyjaśniania treści postanowień ogłoszenia o zamówieniu: *„Na etapie składania Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie przewiduje się udzielenia żadnych wyjaśnień i odpowiedzi na zapytania“* Z tego też powodu, interpretując treść warunku wyrażanego w ogłoszeniu o zamówieniu dla przetargu ograniczonego należy poszczególnym jego postanowieniom nadawać treść wynikającą z dosłownego ich brzmienia.

2.47. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, w przypadku warunku udziału w postępowaniu wskazanego w Sekcji III.2.3 pkt III. ppkt 3) Ogłoszenia o zamówieniu, warunek ten powinien być interpretowany w jego literalnym brzmieniu, a nie w sposób, który wskazał Zamawiający w informacji o wykluczeniu z postępowania. Tak tylko bowiem można, w świetle normatywnych zasad wykładni oświadczeń woli wynikających z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego interpretować wskazywane powyżej postanowienia ogłoszenia o zamówieniu.

2.48. Odnosząc się do powyższego zarzutu Zamawiającego należy wskazać, iż Odwołujący, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonego w Sekcji III.2.3 ppkt III ogłoszenia o zamówieniu opierał się na doświadczeniu podmiotu trzeciego, tj. czeskiej firmy Chladek a Tintera, Pardubice a.s. Zgodnie z oświadczeniem w/w firmy, która była wykonawcą przebudowy stacji Tynište, wykonano m.in. zabudowę systemu elektronicznego współpracującego z zabudowanym, działającym w obrębie stacji, systemem samoczynnej sygnalizacji przejazdowej. Powyższe potwierdza oświadczenie firmy Chladek a Tintera, Pardubice a.s. stanowiące zał. nr 2 do wyjaśnień Odwołującego z 09.01.2017 r.



2.49. Urządzenie wchodzące w skład systemu elektronicznego współpracujące z samoczynnym systemem przejazdowym działającym w obrębie stacji Tynište składa się z różnych elementów elektronicznych połączonych ze sobą stanowiących układ elektroniczny. Jest również urządzeniem działającym automatycznie przy współudziale dyżurnego ruchu w zakresie jego obsługi. Bez jakichkolwiek wątpliwości można również stwierdzić, że znajduje się on w granicach stacji kolejowej wyznaczonej przez sygnalizatory wjazdowe. W związku z tym, w ocenie Odwołującego, zabudowane urządzenia mieszczą się w pojęciu systemu komputerowych stacyjnych urządzeń srk.

2.50. W tym miejscu należy podkreślić, iż podobnie jak w przypadku w/w zarzutów dotyczących „zachowania 1 (jednego) toru czynnego przy przebudowie mostu lub wiaduktu” czy też wymogu „przebudowy stacji węzłowej obejmującej co najmniej 6 torów głównych” powodem rozbieżności pomiędzy Odwołującym oraz Zamawiającym, w zakresie interpretacji opisu warunku, jest brak precyzji Zamawiającego w opisie spełniania warunku udziału, a tym samym możliwość przyjęcia ich różnej interpretacji czy też brak zdefiniowania pojęć, którymi posługuje się Zamawiający w opisie warunku udziału.

2.51. Opisując w/w warunek udziału w postępowaniu Zamawiający wskazał wyłącznie, iż stacja węzłowa winna obejmować system komputerowych stacyjnych urządzeń srk. W tym miejscu należy przypomnieć, iż zarówno na gruncie przepisów prawa polskiego jak i regulacji unijnych brak jest legalnej definicji pojęcia „system komputerowych stacyjnych urządzeń srk”. Również sam Zamawiający w opisie warunków udziału nie zdefiniował tego pojęcia, ani też nie wskazał w jaki sposób będzie dokonywał jego wykładni.

2.52. Z uwagi na powyższe, należy dokonać literalnej wykładni pojęcia „system komputerowych stacyjnych urządzeń srk” w odniesieniu do powszechnego rozumienia użytych w opisie warunku pojęć i terminów. Według definicji Leksykonu Naukowo-Technicznego WNT „komputer” to „zestaw automatycznie działających urządzeń do przetwarzania danych” zaś „system” to „uporządkowany wewnętrznie układ elementów stanowiący całość funkcjonalną”.

2.53. Zważywszy zatem, że zabudowany w trakcie realizacji inwestycji elektroniczny system współpracujący z samoczynnym systemem przejazdowym działającym w obrębie stacji Tynište składa się z różnych elementów elektronicznych połączonych ze sobą oraz stanowiących całość funkcjonalną jak również jest urządzeniem działającym automatycznie przy współudziale dyżurnego ruchu w zakresie jego obsługi, a z uwagi na przeznaczenie tych urządzeń, które służą sterowaniu ruchem kolejowym (srk) w ocenie Odwołującego taki system można zatem zakwalifikować jako spełniający warunek udziału w postępowaniu.

2.54. Jeżeli oczekiwania Zamawiającego co do pojęcia: „systemu komputerowych stacyjnych urządzeń srk” było odmienne, to winien już na etapie ogłoszenia o zamówieniu dokonać opisu warunku udziału w sposób, który nie będzie budził żadnych wątpliwości w momencie

oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Niedochowanie przez Zamawiającego staranności w opisie warunków udziału oraz uznaniowość w dokonywaniu przez Zamawiającego interpretacji w zakresie pojęć użytych w opisie warunku nie może tym samym powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. W szczególności zaś takie uchybienia lub brak precyzji Zamawiającego nie mogą skutkować stwierdzeniem, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a tym bardziej nie mogą stanowić podstawy do uznania, że Odwołujący dopuścił się złożenia nieprawdziwych informacji.

2.55. Odnosząc się do tej podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania nie sposób nie dostrzec, iż w piśmie z 09.12.2016 r. skierowanym do SZDC a.s. Zamawiający wystąpił z zapytaniem, które nie odpowiadało treści warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa Sekcji III.2.3 pkt III. ppkt 3 Ogłoszenia o zamówieniu. Otóż w piśmie tym Zamawiający zapytał, czy w ramach zadania pn. „Zwiększenie przepustowości trasy Tynište n. O. i część przebudowy peronów stacji kolejowej Tynište n. O” wykonawca Chladek a Tintera, Pardubice a.s. wykonał budowę lub przebudowę systemu komputerowych stacyjnych urządzeń srk, czy przekaźnikowych urządzeń srk? Taki sposób zadania pytania wskazuje, że:

- Zamawiający przyjął założenie, że wykazywane roboty musiały polegać na budowie lub przebudowie systemu komputerowych stacyjnych urządzeń srk, a nie że budowa lub przebudowa miała dotyczyć stacji z systemem komputerowych stacyjnych urządzeń srk; wskazane różnice w treści rozumienia warunku zostały opisane powyżej;
- Zamawiający przeciwstawiał systemowi komputerowych stacyjnych urządzeń srk systemowi przekaźnikowych stacyjnych urządzeń srk;

2.56. To rozróżnienie zawarte w zapytaniu z 09.12.2016 r. skierowanym do SZDC a.s. nie ma jakiegokolwiek związku z treścią warunku udziału w postępowaniu zawartą w ogłoszeniu o zamówieniu. Z przeciwstawienia urządzeń komputerowych urządzeniom przekaźnikowym można przypuszczać, iż Zamawiający kierował się klasyfikacją urządzeń srk przyjętą w dokumencie pn. Wytyczne techniczne budowy urządzeń sterowania ruchem kolejowym le-4. Rzecz jednak w tym, iż w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający nie powoływał się na ten dokument, a same wytyczne nie są aktem prawnym, a jedynie wewnętrznym dokumentem Zamawiającego. Co więcej w ogłoszeniu o zamówieniu nie ma nawet pośredniego wskazania na przekaźnikowe urządzenia srk, a jest mowa tylko i wyłącznie o komputerowych urządzeniach srk, co uprawniało wykonawców biorących udział w Postępowaniu do przyjęcia literalnego rozumienia tego zwrotu. Trudno bowiem oczekiwać, iż wykonawcy z całego obszaru Unii Europejskiej jak i spoza UE będą rozumieli treść warunku udziału w postępowaniu wskazanego w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej przez pryzmat wewnętrznych wytycznych Zamawiającego, które do tego nie zostały przywołane w treści ogłoszenia.

2.57. Opisana powyżej niekonsekwencja w sposobie rozumienia warunku udziału w postępowaniu spowodowała, iż Zamawiający uznał, że doszło do złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, pomimo tego, iż w świetle obiektywnie uzasadnionej treści warunku udziału w postępowaniu można było przyjąć, iż zamontowane urządzenia mają charakter urządzeń komputerowych. Podkreślił, iż z wewnętrznej korespondencji Zamawiającego wynika, że Zamawiający nie ma wątpliwości, iż *„Chiadek i Tintera wykonali układ ssp dla przejazdu, który zasila danymi system srk przez jakiś interfejs. Nie można uznać, że jest to przebudowa komputerowego systemu srk, bo ten pozostał nadal przekaźnikowy, jak wcześniej. Tylko nowe ssp, ale to za mało.”* Podobnie, z wewnętrznej korespondencji Zamawiającego wprost wynika, iż odpowiedź uzyskana od SZDC a.s. nie mogła stanowić podstawy do stwierdzenia, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu lub tym bardziej, że mógł dopuścić się złożenia nieprawdziwych informacji, skoro sam Zamawiający stwierdził, iż: *„Ponieważ odpowiedź z kolei czeskich jest dosyć zdawkowa (mail poniżej) musimy zweryfikować wniosek Mota-Engil (także pod kątem informacji ADIF).”*

2.58. Zamawiający miał wiedzę, iż urządzenia srk zamontowane przez firmę Chiadek a Tintera realizują funkcje związane z elektronicznym przetwarzaniem danych, ale jedynie z uwagi na przyjętą przez siebie wewnętrznie treść warunku udziału w postępowaniu (niewyrażoną w ogłoszeniu o zamówieniu) uznał, że doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odnośnie konsekwencje braku precyzyjności opisu warunków udziału w postępowaniu.

2.59. W aspekcie konsekwencji prawnych takiego stanu faktycznego, Odwołujący zwraca uwagę, iż obiektywnie wieloznaczne postanowienia ogłoszenia nie mogą rodzić negatywnych skutków prawnych dla Odwołującego. Przywołał wyrok KIO z 21.01.2015 r., sygn. akt: KIO 17/15, wyrok KIO z 14.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2826/14, czy też wyrok KIO z 15.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1343/14; wyrok z 14.04.2011 r., sygn. akt: KIO 706/11. Podobnie wyroku KIO z 28.11.2012 r., sygn. akt: KIO 2548/12, czy też w wyroku KIO z 03.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2005/13.

2.60. Jak wskazano powyżej, Odwołujący przyjął określone brzmienie warunków i kierując się takim brzmieniem warunków podał określone informacje w tym zakresie. W takim stanie faktycznym, wskazał na wyrok KIO z 15.07.2014 r., sygn. akt KIO 1343/14, czy też na wyroki o sygn. akt: KIO 350/11; KIO/UZP 59/10.

2.61. Na marginesie zauważyć należy, iż to orzecznictwo wpisuje się w powszechny w judykaturze sądowej i KIO pogląd, iż niejednoznaczności w SIWZ czy też w ogłoszeniu nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy. Jak orzekł SO w Nowym Sączu wyroku z 18.03.2015 r. (sygn. akt III Ca 70/15) zapisy w SIWZ powinny być tłumaczone zgodnie ich

literalnym brzmieniem. Przede wszystkim muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny ofert tylko w odniesieniu do postanowień zawartych w SIWZ, a nie do własnych interpretacji czy intencji.

2.62. Podobnie KIO w wyroku z 14.04.2011 r., sygn. akt: KIO 706/11.

Odnośnie przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp - konieczność wykazania zawinionego działania wykonawcy

2.63. Odwołujący zwraca uwagę, iż wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nastąpiło pomimo tego, iż informacje uznane przez Zamawiającego za nieprawdziwe zostały przekazane bez jakiegokolwiek winy ze strony Odwołującego.

2.64. W odniesieniu do zastosowanej przez Zamawiającego podstawy wykluczenia z postępowania ukształtowała się bowiem linia orzecznicza KIO oraz sądów okręgowych rozpoznających skargi na orzeczenia KIO, w myśl której przekazanie informacji mających wpływ na wynik postępowania może mieć miejsce tylko w przypadku, gdy dane informacje zostały przekazane celowo lub przynajmniej w warunkach rażącego niedbalstwa.

2.65. Wykładnia przesłanki wykluczenia sformułowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp winna być dokonywana przy uwzględnieniu Artykułu 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE seria I nr 134 z 30.4.2004 r., s. 114, dalej: „Dyrektywa 2004/18/WE”), gdyż transpozycja tego przepisu do prawa Rzeczypospolitej Polskie dokonana została właśnie poprzez wprowadzenie do Pzp regulacji art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przywołany powyżej Artykuł 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy Dyrektywa 2004/18/WE przewiduje wykluczenie każdego wykonawcy, który Jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy”. Prawodawca wspólnotowy w przepisie tym zaakcentował i wyraźnie powiązał sankcję wykluczenia z zawinionym, a więc świadomym (a nie jakimkolwiek) wprowadzeniem zamawiającego w błąd przez złożenie nieprawdziwych informacji. Jak wskazuje się w piśmiennictwie prawniczym, ocena, czy błąd ma charakter poważny, czy też nie, będzie zależała od instytucji zamawiającej, która powinna jej dokonać na podstawie obiektywnych czynników, takich jak przykładowo wpływ błędu na prawidłowość ustaleń poczynionych w trakcie postępowania przetargowego; wprowadzenie w błąd musi mieć charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy, nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd; uznanie za winnego ma charakter obiektywnego stwierdzenia takiej okoliczności, ustawodawca nie wymaga tutaj

żadnego orzeczenia właściwego organu (A. Sołtysińska. Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz. W-wa 2012).

2.66. W świetle postanowień Artykułu 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE nie ma wątpliwości, iż art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp powinien być interpretowany w sposób analogiczny, tj. jako podstawa wykluczenia wykonawcy, który celowo, w sposób umyślny przedłożył informacje mające wpływ na wynik postępowania. Konieczność przyjęcia takiej wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp wynika z obowiązku prowadzenia prowspólnotowej wykładni tego przepisu, co zostało potwierdzone i skonkretyzowane w licznych wyrokach Trybunału Sprawiedliwości. W myśl używanej przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej formuły *„stosując prawo krajowe, a zwłaszcza przepisy uregulowania przyjętego specjalnie w celu wprowadzenia wymagań dyrektywy, sąd krajowy jest zobowiązany interpretować prawo krajowe w najszerszym możliwym zakresie ( ang. as far as possible) w świetle brzmienia i celu danej dyrektywy, aby osiągnąć rezultat przez nią przewidziany, a co za tym idzie zapewnić zgodność z art. 249 ak. 3 Traktatu o Wspólnocie Europejskiej (w aktualnym stanie prawnym art. 288 ust. 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej)“*. Wymóg ten stanowi immanentną cechę systemu traktatowego, który umożliwia sądom krajowym zapewnienie w ramach ich właściwości pełnej skuteczności prawa wspólnotowego przy rozstrzygnięciu zawisłych przed nimi sporów. Jak podkreśla TS, sądy krajowe powinny czynić wszystko co leży w zakresie ich kompetencji, uwzględniając wszystkie przepisy prawa krajowego i stosując uznane w porządku krajowym metody wykładni, by zapewnić pełną skuteczność rozpatrywanej dyrektywy i dokonać rozstrzygnięcia zgodnego z realizowanymi przez nią celami. W świetle orzecznictwa TS wykładnia prowspólnotowa wymaga w pewnych sytuacjach pominięcia przez sąd krajowy sprzecznego z prawem wspólnotowym przepisu prawa krajowego. W sprawie *Marleasing* (C- 106/89) z 1990r. TS uznał, że wykładnia prowspólnotowa powinna skłaniać sąd krajowy do pominięcia (niestosowania) przepisu prawa krajowego, jeżeli rezultat jego zastosowania byłby sprzeczny z brzmieniem i celem dyrektywy. Nakaz pominięcia przepisu krajowego niezgodnego z odpowiednim standardem unijnym wynika również z orzeczenia TS w sprawie *Centrosteeff* (C- 456/98) z 2000 r. Analogicznie to zagadnienie postrzegają sądy krajowe. Jak wskazał naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 17.09.2010r. (sygn. akt I FSK 237/10) Sąd krajowy jest zobowiązany dokonywać wykładni prawa wspólnotowego tak dalece, jak to możliwe w świetle brzmienia i celu dyrektywy, aby osiągnąć cel dyrektywy.

2.67. Podkreślił, iż prowspólnotową interpretację art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp potwierdza orzecznictwo sądów okręgowych rozpoznających skargi na orzeczenia KIO. W ich judykaturze ukształtowana jest konsekwentna linia orzecznicza, wedle której wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp może mieć miejsce tylko wówczas, gdy nieprawdziwe informacje zostały przekazane zamawiającemu z winy umyślnej. Linię tą

zapoczątkował wyrok SO dla W-wy - Pragi w W-wie z 19.07.2012 r. (sygn. akt: IV Ca 683/12).

2.68. Analogicznie w kwestii winy w przekazaniu nieprawdziwych informacji wypowiedział się także SO w Toruniu w wyroku z 06.12.2012 r., (sygn. akt: VI Ga 134/12).

2.69. Dokładnie w ten sam sposób orzekł także SO w Szczecinie w wyroku z 25.01.2013 r. (sygn. akt II Ca 1285/12).

2.70. Interpretowanie przesłanki wykluczenia przewidzianej w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w duchu Artykuł 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy 2014/18/WE znajduje też uznanie w bogatym orzecznictwie KIO. Krajowa Izba Odwoławcza w szeregu orzeczeń z zaprezentowała stanowisko, zgodnie z którym jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd (w wyrokach: z 23.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2196/12, z 12.04.2012 r., sygn. akt: KIO 590/12, KIO 600/12; z 26.03.2012 r., sygn. akt: KIO 491/12; z 22.02.2012 r., sygn. akt: KIO 267/12; z 29.12.2011 r., sygn. akt: KIO 2698/11; z 08.09.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1820/10; z 19.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 583/09, KIO/UZP 604/09, KIO/UZP 605/09; z 20.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 278/09).

2.71. Podkreślił również, iż także najnowsze orzecznictwo KIO wskazuje na konieczność wykazania umyślnego działania wykonawcy (lub przynajmniej działania w warunkach rażącego niedbalstwa), a na gruncie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r., wynikającej z transpozycji Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, przesłanka wykluczenia z postępowania z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd została wprost uzależniona od zawinionego działania wykonawcy „(...) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji (...)” (art. 24 ust. 1 pkt. 16). Tym samym wykluczeniu z postępowania może podlegać jedynie taki wykonawca, który umyślnie przekazuje w postępowaniu informacje wprowadzające instytucję zamawiającą w błąd, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając.

2.72. Wyżej sygnalizowane, restrykcyjne podejście KIO do interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp i wskazywanie na konieczność udowodnienia przez zamawiającego zamierzonego działania (winy umyślnej) wykonawcy znajduje wyraz m.in. w wyroku KIO z 07.04.2014 r., sygn. akt: KIO 552/14. Wskazał na wyrok z 05.02.2013 r., sygn. akt: KIO 138/13.

2.73. Stwierdził, że istotnych wskazówek co do tego, jakie obowiązki po stronie zamawiającego kreuje norma wywiedziona z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, dostarcza wyrok KIO z 23.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2196/12.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp

3.1. Odnosząc się do zarzuty naruszenia art. 92 ust. 1 pkt. 3 Pzp wskazał, iż Zamawiający jest zobowiązany w toku badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz badaniu ofert ustalić, że powołana przesłanka wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty faktycznie wystąpiła, a następnie poinformować o ustaleniach i podjętych czynnościach oraz ich konsekwencjach wykonawców - podając nie tylko uzasadnienie prawne - prawidłową podstawę prawną swojej czynności, ale także pełne uzasadnienie faktyczne. Taki obowiązek wynika również z treści art. 92 ust. 1 pkt. 3 Pzp, który stanowi, iż Zamawiający jest obowiązany podać nie tylko podstawę prawną odrzucenia oferty, ale również jest obowiązany uzasadnić i wskazać podstawy faktyczne swojego rozstrzygnięcia. Powyższe zasady niewątpliwie zostały przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu naruszone.

3.2. W niniejszej sprawie, Zamawiający wskazał jako podstawę prawną wykluczenia Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego Postępowania, jednocześnie jednak Zamawiający nie uzasadnił w żaden sposób faktycznych podstaw stwierdzenia, iż Odwołujący miał się dopuścić złożenia nieprawdziwych informacji, ani też nie wykazał, iż działanie Odwołującego miało charakter zawiniony. W tym miejscu należy zauważyć, iż uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania, w zakresie uzasadnienia faktycznego, ogranicza się wyłącznie do stwierdzenia: „Zgodnie z informacjami uzyskanymi przez Zamawiającego (...)”.

3.3. Brak podania przez Zamawiającego motywów rozstrzygnięcia, w tym w szczególności podania okoliczności faktycznych oraz szczegółowego opisu ustaleń dokonanych przez Zamawiającego stanowi zatem istotne naruszenia zasad prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne, podczas którego zamawiający ma obowiązek informować wykonawców w sposób wyczerpujący o podwodach podjęcia określonych czynności, w szczególności czynności takich jak odrzucenie oferty lub wykluczenie wykonawcy z postępowania. Uzasadnienie takie stanowi bowiem podstawę m.in. do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Wskazał na wyrok KIO z 06.03.2014 r. sygn. akt: KIO 340/14, wyrok KIO z 17.03.2014 r., sygn. akt KIO 413/14 oraz na wyrok KIO z 30.04.2013 r., sygn. akt: 918/13).

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp.

4.1. Wyłącznie z daleko posuniętej ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje, iż w przypadku niepotwierdzenia spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu Zamawiający w pierwszej kolejności zobowiązany jest do wdrożenia procedury wezwania wykonawcy do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w trybie określonym w art. 26 ust. 3 Pzp. Wskazał na wyroki KIO o sygn. akt: KIO/UZP 940/08, czy też sygn. akt: KIO/UZP 992/08.

4.2. Powyższe zostało potwierdzone w orzecznictwie Trybunatu Konstytucyjnego, który uznał, że: „Jak trafnie zauważył pytający sąd, KIO przyjmuje w swoim orzecznictwie szeroki

zakres zastosowania przewidzianego w art. 26 ust 3 ZamPublU trybu wezwania do uzupełnienia dokumentów, uznając, że dotyczy on zarówno błędu w złożonych dokumentach lub oświadczeniach, jak i braku oświadczeń lub dokumentów, a przymiot braku odnosi się także do dokumentu, który nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, (wyroki KIO z 30.01.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 04/08; 08.09.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 886/08; 19.09.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 940/08 i 01.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 992/081 To znaczy, że w razie złożenia dokumentu, który nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zamawiający powinien wezwać wykonawcę do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ZamPublU.” (postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 09.05.2012 r., sygn. akt: P 47/11).

4.3. Konieczność wezwania do uzupełnienia dokumentów, również w kontekście zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, który okazał się chybiony, wynika również z orzecznictwa sądów okręgowych, w tym m.in. wyroku SO w W-wie z 19.07.2012 r. (sygn. akt IV\_Ca\_683/12, czy też analogicznie wyrok SO w Szczecinie z dnia z 25.01.2013 r., sygn. akt II Ca 1285/12.

4.4. Z powyższych względów, w przypadku uznania, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunków opisanych w Sekcji III.2.3 ppkt III.5 lit a) ogłoszenia o zamówieniu lub pkt III.2.3 ppkt III Zamawiający winien wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu. Brak takiego wezwania stanowiły istotne naruszenie obowiązków Zamawiającego jak również naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, w szczególności, że Konsorcjum Strabag w toku postępowania było wzywane do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału. Działanie Zamawiającego, polegające na stosowaniu procedury uzupełnienia dokumentów w stosunku do jednego z wykonawców (w tym przypadku Konsorcjum Strabag), przy jednoczesnym zaniechaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów Odwołującego stanowiłoby rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp.

4.5. Argumenty wskazane powyżej obrazują, iż Odwołujący, w jego ocenie, w sposób całkowicie usprawiedliwiony okolicznościami sprawy miał pełne prawo przyjąć brzmienie poszczególnych warunków udziału w postępowaniu. Przemawia za tym sposób wykładni warunków dokonany zgodnie z zasadami wykładni oświadczeń woli wynikającymi z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego. Gdyby nawet jednak intencja Zamawiającego co do treści warunków udziału w postępowaniu została wyartykułowana w sposób niedoskonały semantycznie to nie można w takim przypadku uznać, iż doszło do złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. W takim bowiem przypadku można co najwyżej uznać, iż doszło do niepotwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji



rodzi to obowiązek wezwania do uzupełniania dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, których dotyczą zakwestionowane dokumenty.

4.6. Podkreślił, iż w stosunku do warunków udziału w postępowaniu na potwierdzenie których zostały złożone dokumenty wobec których Zamawiający sformułował zarzut złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, Odwołujący nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

4.7. W tych okolicznościach faktycznych, zaniechanie zastosowania wobec Odwołującego, ustawowego uprawnienia do uzupełnienia dokumentów stawia go w sytuacji gorszej niż innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Wobec innych wykonawców, w tym w stosunku do Konsorcjum Strabag, Zamawiający na etapie badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zastosował instytucję uzupełnienia dokumentów podmiotowych, co umożliwiło tym wykonawcom wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zaniechanie zastosowania art. 26 ust. 3 PZP wobec Odwołującego byłoby jego niedopuszczalną dyskryminacją godzącą w zasadę równego traktowania wykonawców.

4.8. Odwołujący wskazał, iż dysponuje dodatkowym doświadczeniem, które w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 PZP, jeżeli zajdzie taka potrzeba, jest gotowy przedłożyć.

Zamawiający w dniu 31.01.2017 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 02.02.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum PORR zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 03.02.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Strabag zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej sprawy o sygn. akt: KIO 205/17, KIO 206/17 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk**

**stron oraz Przystępujących do obu odwołań złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawcy wnoszący oba odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do ich złożenia. Konsorcjum PORR (Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 205/17) w rankingu złożonych ofert zajęło - czwartą pozycję – w przypadku potwierdzenia się zarzutów wobec wybranego - Konsorcjum Strabag, kolejnego Konsorcjum Budimex, ale i Konsorcjum ZUE, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Konsorcjum Mota. (Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 206/17) w rankingu złożonych ofert nie była sklasyfikowana z uwagi na odrzucenie, jako skutek wykluczenia z udziału w postępowaniu – i nie była przedmiotem badania i oceny ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnośnie zastrzeżeń Konsorcjum PORR względem pełnomocnictw załączonych do zgłoszonych przystąpień do sprawy o sygn. akt: KIO 205/17 - Konsorcjum ZUE oraz Konsorcjum Mota. Izba nie przychyliła się do podniesionych przez Konsorcjum PORR zastrzeżeń. Względem Konsorcjum Mota – Izba uznała za uzasadnioną argumentację tego konsorcjum co do niezasadności twierdzeń Konsorcjum PORR. W tym zakresie, Izba podzieliła rozumienie sformułowań przywołanych na str. 7 i 8 protokołu z 15.02.2017 r., zwłaszcza co do użytego słowa w lit. C „procedura”. Względem Konsorcjum ZUE – Izba uznała za uzasadnioną argumentację tego konsorcjum co do niezasadności twierdzeń Konsorcjum PORR. Odnośnie interpretacji pkt 4 pełnomocnictw członków konsorcjum – tj. pełnomocnictw INTOP Warszawa oraz trakcja PRKil /za wyjątkiem/ - należy uznać, że stanowisko Konsorcjum PORR jest zbyt daleko idące i wynika raczej ze sytuacji procesowej niż z bezstronnej wykładni oświadczenia woli. Odnośnie twierdzeń, że p. V. /COMSA S.A./ udzielił umocowania w zakresie, w którym nie miał stosownego umocowania, Izba nie podzieliła takiej wykładni – jest ona zbyt daleko idąca i wynika raczej ze sytuacji procesowej niż z bezstronnej wykładni oświadczenia woli. Nie uwzględnia bowiem – tiretu drugiego, jak i trzeciego pełnomocnictwa z 18.05.2015 r.

Izba oddaliła opozycję Konsorcjum PORR względem przystąpienia Konsorcjum Budimex oraz Konsorcjum ZUE do sprawy o sygn. akt: KIO 205/17 - uznając, że zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa opartym o wykładnie art. 186 ust. 2 zd. 1 Pzp interes w przystąpieniu, czyli w zakresie uzyskania rozstrzygnięcia na korzyść strony do której następuje przystąpienia należy rozumieć szerzej niż interes w uzyskaniu zamówienia wynikający z art. 179 ust. 1 Pzp. W ocenie składu orzekającego Izby, w przedmiotowym

stanie faktycznym istniały wymierne podstawy do uznania interesu tych obu konsorcjów nawet w kontekście ich szansy na uzyskanie zamówienia (argumentacja obu podmiotów ze str. 7 protokołu z 15.02.2017 r.).

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuszczył w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w sprawie o sygn. akt: KIO 1448/16 oraz sygn. akt: KIO 205/17, KIO 206/17, w tym w szczególności ogłoszenia o zamówieniu, protokołu z postępowania, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofert złożonych przez zaproszonych Wykonawców, postanowień SIWZ, załącznika nr 3 do IDW – tom I SIWZ, warunków umowy – tom II SIWZ, pisma z 09.09.2016 r./cz. 4 – pytanie 19/, Rozbicia Ceny Ofertowej /RCO – tom IV SIWZ/, Programu Funkcjonalno-Użytkowego /PFU – tom III SIWZ/, odpowiedzi na pytanie 1406 – pismem z 14.10.2016 r. /odpowiedzi na pytania do SIWZ – część 12/, modyfikacji SIWZ – część XIII – pismo z 14.10.2016 r., ale także modyfikacji SIWZ – część I – pismo z 18.08.2016 r. oraz zawiadomień z 19.01.2017 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego w sprawie KIO 206/17 z postępowania. Pisma będące częścią dokumentacji postępowania w zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 206/17 zostały zaliczone w poczet materiału dowodowego jako załączniki do tego odwołania.

Odnośnie opinii prywatnej Instytutu Kolejnictwa złożonej na rozprawie przez Odwołującego w sprawie KIO 206/17 - uznać należy, że jest to opinia prywatna będąca stanowiskiem strony w sprawie, stanowi ona jedynie dowód tego, że osoba, która ją podpisała wyraziła zawarty w niej pogląd. Izba uznaje ją za część argumentacji Odwołującego w sprawie KIO 206/17.

Izba dopuściła dodatkowo, jako dowód w sprawie do odwołania o sygn. akt: KIO 205/17 załączniki do odwołania:

- cztery projekty wiaduktu w km 13.971.

Izba dopuściła dodatkowo, jako dowód w sprawie do odwołania o sygn. akt: KIO 206/17 załączniki do odwołania:

- 1) ogłoszenie o zamówieniu z 12.12.2015 r. wraz z późniejszymi zmianami;
- 2) pismo Zamawiającego z 22.06.2016 r. - ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 3) pismo Zamawiającego z 24.10.2016 r. - zbiorcze zestawienie ofert złożonych w postępowaniu,
- 4) pismo Zamawiającego z 22.12.2016 r. - wezwanie do złożenia wyjaśnień do Konsorcjum Strabag,

- 5) pismo Konsorcjum Strabag z 05.12.2016 r. wraz z zał. nr 1 i 2 do tego pisma,
- 6) wyjaśnienia Odwołującego z 09.01.2017 r. wraz z zał. do nr 1 do nr 8,
- 7) zawiadomienie z 19.01.2017 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego z postępowania,
- 8) pismo Zamawiającego z 14.12.2016 r. skierowane do Sociedad Estatal de Infraestructuras Transporte Terrestre,
- 9) e-mail p. I. K., Naczelnika Wydziału Organizacji Międzynarodowych i Współpracy Bilateralnej Biura Strategii PKP PLK S.A. z 20.12.2016 r. skierowanego do p. M. M., głównego specjalisty w Wydziale Zamówień Inwestycyjnych na Roboty Budowlane w Centralnym Biurze Zamówień PKP PLK S.A. wraz z tłumaczeniem na język polski,
- 10) schematy układów torowych na stacji Tynište przed przebudową,
- 11) schematy układów torowych na stacji Tynište po przebudowie,
- 12) pismo Zamawiającego z 09.12.2016 r. skierowane do SZDC a.s.,
- 13) e-mail z 11.01.2017 r. od M. M. do członków komisji przetargowej,
- 14) e-mail z 22.12.2016 r. od M. M. do członków komisji przetargowej,
- 15) wezwanie do uzupełnienia dokumentów Konsorcjum Strabag dotyczących wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W poczet materiału dowodowego do sprawy o sygn. akt: KIO 206/17 Izba zaliczyła złożone na rozprawie:

a) przez Odwołującego:

- cztery zdjęcia (nr 1-4) celem potwierdzenia, że wykazane prace w zadaniu 3 spełniają wymagany warunek,
- dodatkowe cztery zdjęcia (nr 5- 8), celem wykazania realności swoich twierdzeń, co do wykazania czynnego 1 toru kolejowego,
- opis techniczny urządzeń, które znajdują się na wykazanej stacji Tynište, w zakresie prac udostępnionych przez podmiot trzeci z Czech /tłumaczenie dokonane przez tłumacza przysięgłego wraz z oryginałem w j. czeskim/.

b) przez Zamawiającego:

- informacji od Zarządu Infrastruktury Kolejnictwa w Czechach, które otrzymał Zamawiający od Konsorcjum STRABAG wraz z pismem z 11.01.2017 r., stanowiące odpowiedź na pismo Konsorcjum STRABAG z 16.12.2016 r.- odpowiedź zarządu z 21.12.2016 r. /tłumaczenie dokonane przez tłumacza przysięgłego wraz z oryginałem w j. czeskim/,
- korespondencję między pełnomocnikiem Zamawiającego, a Zarządem Infrastruktury Kolejnictwa w Czechach, na okoliczność, że na wykazanej stacji nie ma w ogóle systemów komputerowych stacyjnych urządzeń SRK /tłumaczenie dokonane przez tłumacza przysięgłego wraz z oryginałem w j. czeskim/.

c) przez Przystępującego – K. Strabag:

- wydruk ze strony hiszpańskiego odpowiednika ministerstwa rozwoju, co do pierwszego warunku w zakresie wykazanych prac referencyjnych, iż na moment wystawienia referencji ruch kolejowy nie mógł się tam odbywać, gdyż nie było tam torów kolejowych – dotyczy pierwszego z trzech wykazanych zadań,
- stanowisko zarządcy kolei czeskich /złożone wcześniej przez Zamawiającego/ - na potwierdzenie, iż wykonawca nie spełnia drugiego warunku w sposób tego rodzaju, iż nie wykazał się doświadczeniem budowy, przebudowy 6 torów kolejowych głównych znajdujących się na stacji kolejowej /tłumaczenie dokonane przez tłumacza przysięgłego wraz z oryginałem w j. czeskim/,
- wydruk regulaminu technicznego stacji Tyniste w części dotyczącej stacyjnych urządzeń SRK - na potwierdzenie, iż na stacji Tyniste w ogóle nie ma systemów komputerowych stacyjnych urządzeń SRK.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także oba odwołania, jak i wszystkie przystąpienia, pismo przygotowawcze Konsorcjum Strabag /złożone na posiedzeniu/ i Konsorcjum Budimex w obu przypadkach do sprawy o sygn. akt: KIO 205/17, pismo procesowe Konsorcjum Mota /złożone na posiedzeniu/, odpowiedź na odwołanie Konsorcjum ZUE wraz z czterema załączonymi jako dowód (co Izba uznaje) zdjęciami /złożone na posiedzeniu/ w obu przypadkach do sprawy o sygn. akt: KIO 205/17, pismo przygotowawcze pierwsze oraz drugie Konsorcjum Strabag /złożone na rozprawie 16.02.2017 r./ do sprawy o sygn. akt: KIO 206/17, odpowiedzi na oba odwołania Zamawiającego /złożone przed otwarciem posiedzenia w pierwszym wypadku oraz na rozprawie 16.02.2017 r. w drugim wypadku/, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że tak odwołanie o sygn. akt: KIO 205/17, jak i KIO 206/17 nie zasługują na uwzględnienie.

### **Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 205/17:**

Konsorcjum PORR sformułowało w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

a) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie, pomimo że z ofert złożonych przez Konsorcjum Budimex, Konsorcjum ZUE oraz Konsorcjum Strabag wynika, iż wykonawcy ci nie zastosowali się do wymogu określonego w treści pkt 21.1 SIWZ (wymóg osobistego wykonania kluczowych części zamówienia), co powinno skutkować ich odrzuceniem jako nieodpowiadających treści SIWZ, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia

b) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 205/17, Izba przywołuje stan faktyczny zawarty w odwołaniu, piśmie przygotowawczym Konsorcjum Budimex oraz odpowiedzi na odwołanie, w tym powołane postanowienia SIWZ i załącznika nr 3 do IDW – tom I SIWZ, jak i treści ofert wszystkich Przystępujących w zakresie dokonanego zastrzeżenia opisanego w odwołaniu. Uznając, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale prawidłowości dokonanych wyłączeń w załącznikach nr 3 do IDW – tom I SIWZ dołączonych do oferty, w kontekście odpowiedzi na pytanie 1406 – pismo z 14.10.2016 r. /odpowiedzi na pytania do SIWZ – część 12/, modyfikacji SIWZ – część XIII – pismo z 14.10.2016 r., ale także modyfikacji SIWZ – część I – pismo z 18.08.2016 r. /w tym ostatnim wypadku jedynie odnośnie Konsorcjum ZUE/. Powyższe miało miejsce w odniesieniu do załączonej także przez każdego z Wykonawców do oferty Rozbicia Ceny Ofertowej. Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie pierwszego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Należy stwierdzić, że przyjęty przez Wykonawców sposób wypełnienia załącznika nr 3 był dopuszczalny. Izba nie podzieliła stanowiska przeciwnego Odwołującego. Analiza odpowiedzi na pytanie – cz. 12 (z 14.10.2016 r.), ale również modyfikacji SIWZ – cz. XIII z 14.10.2016 r. potwierdziła, że Zamawiający nie zmienił zakresu rzeczowego przyszłego zamówienia, ale jedynie jego wycenę. W tym zakresie, dokonana modyfikacja nie wykreśliła spornych pozycji z RCO 04 odnoszącego się do obiektów inżynierskich, a jedynie określała, że ich wycena ma mieć miejsce w RCO 0.04.1, czy też RCO 0.04.3. W konsekwencji, wszelkie oczekiwane przez Odwołującego zmiany w załącznikach nr 3 do IDW innych Wykonawców byłyby jedynie dublowaniem złożonego oświadczenia w zakresie pozycji odnoszących się do RCO 04 (Konsorcjum Mota, Konsorcjum Budimex). Izba także potwierdza, że wskazywanie stosownego zastrzeżenia w RCO 00 jest utrudnione, gdyż obejmuje on prace zawierające także prace o charakterze objętym zastrzeżeniem, jak również takie, które nie można zlecić podwykonawcom. Z tych też względów takie, a nie inne oświadczenie w załączniku nr 3 do IDW - Konsorcjum Strabag. Izba przeanalizowała również załączone przez wszystkich Wykonawców RCO w kontekście załącznika nr 3 do IDW.

W konsekwencji uznając, że są one spójne i czytane łącznie dają jasny i czytelny obraz tego, co zamierzają zlecić podwykonawcom poszczególne konsorcja, a czego w żadnym wypadku nie. Izba wskazuje, że okoliczność braku wykreślenia z pierwotnego zakresu rzeczowego spornych prac skutkuje brakiem możliwości przyjęcia tez Odwołującego. Nie jest też ważna forma wyrażenia oświadczenia, ale jej sama treść, która jest, w ocenie Izby, w każdym wypadku czytelna. Nawet zakładając i przyjmując, ale jedynie w celach poglądowych, tezy Odwołującego, to przy takich konstrukcjach ofert, należałoby przed odrzuceniem zastosować procedurę wynikającą z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co w żaden sposób nie wpłynęłoby na pozycję w rankingu Odwołującego. Izba, jednakże uważa, że jest to zbędne, albowiem bez względu na przyjętą formę tak przez poszczególnych Wykonawców, jak i Odwołującego przekaz tego, co zostanie zlecone podwykonawcom, jest jednoznaczny, a korekta zbędna.

Odnosnie Konsorcjum ZUE. Odwołujący pierwotnie nie formułował w odwołaniu zarzutów, w kontekście argumentacji wynikającej z jego pisma złożonego na posiedzeniu. Niewątpliwie, jednak argumentacja Przystępującego przedstawiona w niniejszym piśmie oraz na rozprawie ma umocowanie we wskazanych postanowieniach SIWZ - modyfikacja cz. I z 18.08.2016 r. Postanowienia PFU nie stanowiły dokumentu zamkniętego i Zamawiający dopuszczał zmiany. Powyższe, jednakże jest i tak bez wpływu na wynik, zważywszy że niniejsze konsorcjum uplasowało się tuż przed Odwołującym, na trzeciej pozycji w rankingu złożonych ofert.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec oddalenia zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, Izba oddaliła także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, jako niezasadny.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 205/17 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

### **Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 206/17:**

Konsorcjum Mota sformułowała w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie oraz bezzasadne uznanie przez Zamawiającego, iż Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych w:

a) Sekcji III.2.3) ppkt III.3 ogłoszenia o zamówieniu, polegających na wykazaniu się przez wykonawcę wiedzą i doświadczeniem polegającą na wykonaniu „co najmniej 1 (jednej)

*roboty budowlanej odpowiadającej swoim rodzajem robocie stanowiącej przedmiot zamówienia. Za roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia, Zamawiający uzna roboty budowlane wykonane w ramach jednej umowy, na zakres której składały się budowa lub przebudowa (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) jednej stacji kolejowej, węzłowej obejmującej co najmniej sześć torów głównych wraz z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem, siecią trakcyjną i systemami komputerowych stacyjnych urządzeń srk oraz co najmniej dwa perony”;*

b) Sekcji III.2.3) ppkt III.5 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu polegających na wykazaniu się przez wykonawcę wiedzą i doświadczeniem polegającą na wykonaniu: „*co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej odpowiadające swoim rodzajem robocie stanowiącej przedmiot zamówienia. Za roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia, Zamawiający uzna roboty budowlane wykonane w ramach jednej umowy lub więcej umów, na zakres której składały się budowa lub przebudowa co najmniej:*

*a) 1 (słownie: jednego) mostu kolejowego lub wiaduktu kolejowego o rozpiętości najdłuższego przęsła nie mniejszej niż 40 m położonego na linii dwutorowej, zelektryfikowanej, lub w stacji z minimum dwoma torami głównymi, zelektryfikowanymi, przy zachowaniu co najmniej 1 toru czynnego w trakcie prowadzenia robót, oraz*

*b) 1 (słownie: jednego) wiaduktu drogowego nad zelektryfikowaną linią kolejową lub tramwajową; oraz*

*c) 1 (słownie: jednego) obiektu typu estakada o rozpiętości najdłuższego przęsła nie mniejszej niż 20 m; oraz*

*d) 1 (słownie: jednego) przejścia pod torami dla pieszych o długości nie mniejszej niż 20 m, przy zachowaniu co najmniej 1 toru czynnego na obiekcie,*

*e) 1 (słownie: jednego) mostu lub wiaduktu o rozpiętości najdłuższego przęsła min. 45 m i długości całkowitej min. 150 m oraz o wartości co najmniej 15 000 000,00 złotych brutto (słownie: piętnaście milionów złotych)”;*

2) art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie oraz uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, wynikające z błędnego przyjęcia przez Zamawiającego, że Odwołujący winien podlegać wykluczeniu z postępowania;

3) art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie podania uzasadnienia wykluczenia Odwołującego, w tym zaniechanie podania podstaw faktycznych uznania, iż Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

4) ewentualne naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu,



o których mowa w Sekcji III.2.3) ppkt III.3 i w Sekcji III.2.3) ppkt III.5 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu;

5) art. 90 ust. 1 Pzp /art. 91 ust. 1 Pzp – pierwotnie inna oczywista niedokładność – art.187 ust. 3 zd. 2 Pzp/ poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum: Konsorcjum Strabag pomimo, że to oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza w postępowaniu oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej z ofert nie podlegających odrzuceniu;

6) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niedochowanie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert w postępowaniu.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 206/17, Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z odwołaniu oraz załączników wskazanych w nim i załączonych do niego. Istotą sporu jest ocena dwóch wymogów sformułowanych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, których treść została wielokrotnie przywołana w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego złożonej na rozprawie oraz w dwóch pismach przygotowawczych Konsorcjum Strabag złożonych również na rozprawie. Powyższe w kontekście czynności Zamawiającego dokonanej, tj. wykluczenia Konsorcjum Mota i odrzucenia jego oferty w kontekście art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, czyli złożenia nieprawdziwych informacji w ramach wykazanych zadań referencyjnych we wniosku. Niniejsze działanie było wynikiem informacji przekazanej przez Konsorcjum Strabag po zaproszeniu do składnia ofert i przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, co szczegółowo przedstawia odwołanie oraz załączniki do niego. Izba jest zobowiązana do oceny na ile przytaczane wymogi były jednoznaczne, w kontekście wykazanych zadań referencyjnych oraz wykluczenia z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji. Nadto, czy dopuszczalne jest ewentualne uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, także w kontekście ewentualnej winy umyślnej, czy też nieumyślnej Odwołującego w zakresie złożenia ewentualnych nieprawdziwych informacji w wykazie zadań referencyjnych dołączonym do wniosku. Niniejsze w kontekście zgromadzonego materiału dowodowego, w tym także dowodów złożonych na rozprawie. Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie dwóch pierwszych zarzutów, Izba uznała w/w zarzuty za podlegające oddaleniu.

Względem wymogu dotyczącego Sekcji III. 2.3) ppkt III. 5 lit. a) ogłoszenia. W ocenie Izby, konstrukcja wymogu pozwalała na jego spełnienie w następujący sposób:

- w pierwszym wypadku, tj. przy przebudowie mostu lub wiaduktu kolejowego, przy zachowaniu jednego czynnego toru na przebudowanym moście lub wiadukcie;
- w drugim wypadku, tj. przy budowie nowego mostu lub wiaduktu kolejowego, przy zachowaniu jednego czynnego toru na linii kolejowej na odcinku, na którym budowany jest ten obiekt.

Izba podzieliła stanowisko, że nie było dopuszczalne wykazywanie się inwestycją, w ramach której ów „czynny tor” znajdowałby się na innej linii kolejowej. W konsekwencji należy uznać, że nie było możliwe wykazanie się zadaniami odnoszącymi się do wiaduktu, który przebiegał nad linią kolejową. Inaczej mówiąc, czynny tor nie byłby na przebudowanym, budowanym wiadukcie, ale w obrębie robót wykonywanych przez Wykonawcę. Użyte sformułowanie „w trakcie prowadzenia robót” predysponowało jedynie do jego spełnienia w sposób wskazany powyżej, gdyż byłoby to adekwatne do przedmiotu zamówienia. Izba podkreśla, że „do zamknięcia budowy, nie istniały na referencyjnych wiaduktach” – nawierzchnie kolejowe na wszystkich trzech przypadkach. Wynikało to wprost z przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego i nie było to kwestionowane przez Odwołującego.

Zestawienie przedmiotowego wymogu z wymogiem z Sekcji III. 2.3 pkt III ppkt 5 lit. d ogłoszenia o zamówieniu jest nietrafne, gdyż ten wymóg odnosi się do przejścia po torami dla pieszych.

Izba nie rozumie, skąd upór Odwołującego, który ze sformułowania wiaduktu położonego „na linii dwutorowej” wywodzi, że można było go rozumieć jako wiaduktu położonego „nad linią dwutorową”. W ocenie Izby, Odwołujący, jako profesjonalista, miał niezbędną wiedzę, co do prawidłowego rozumienia sformułowanego wymogu. Nadto, mimo pojawiających się w toku postępowania wątpliwości, przyjął sposób rozumienia nieadekwatny do istniejących możliwości wykazania się budową wiaduktu, a jego argumentacja w toku kolejnych pism ewoluowała m.in. z etapu, gdy twierdził, że chodzi o tor czynny w obrębie robót.

Względem wymogu dotyczącego Sekcji III.2.3 ppkt III. 3 ogłoszenia o zamówieniu. W ocenie Izby, pojawiająca się interpretacja, że chodziło o przebudowę stacji kolejowej, a nie torów, jest wysoce wątpliwe. Jednoznacznie bowiem wynika, że chodziło o przebudowę torów w liczbie co najmniej 6, w przeciwnym razie, niecelowym byłoby odnoszenie się

w wymogu chociażby do nawierzchni i podtorza z odwodnieniem. Sposób rozumienia jest zupełnie oderwany od całego brzmienia, ale i kontekstu wymogu. Izba, co do ilości przebudowanych torów oparła się na stanowisku wynikającym z przedłożonych na rozprawie dowodów - Zarządu Infrastruktury Kolejnictwa w Czechach, na których oparł się również Zamawiający. W konsekwencji uznając, że była przebudowa jedynie 5 torów. Wszelkie dywagacje, co do różnicy w prawie czeskim sposobu rozumienia – przebudowy – nie zostały nawet uprawdopodobnione. Nawet, jeśli Zarządu Infrastruktury Kolejnictwa w Czechach uznał, że rozebranie jednego toru i zaślepienie jego pozostałości nie jest przebudowaniem, to trudno z tym polemizować. Niewykluczone bowiem, że uznał, iż te prace nie miały takiego charakteru, tym bardziej, że nie należało wykazać się jakimikolwiek pracami, ale przebudową wraz z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem (rozbiórka nie ma takiego przymiotu).

Odnosnie kwestii systemów komputerowych stacyjnych urządzeń srk. Po pierwsze, rozstrzygające jest stanowisko Zarządu Infrastruktury Kolejnictwa w Czechach, podobnie jak wyżej, poparte dodatkowym dowodem złożonym w tym zakresie przez Zamawiającego na rozprawie. Po drugie, twierdzenie, że odwołujący nie zna definicji stacyjnych urządzeń srk, Izba uznała za niewiarygodne, chociażby z uwagi na trafne wykazanie się w tym zakresie innym zadaniem na potrzeby wymogu z Sekcji III.2.3 pkt II.4 lit. a ogłoszenia o zamówieniu, czego Odwołujący nie kwestionował. Po trzecie, Izba nie odniesie się do twierdzeń z rozprawy Zamawiającego, że nie ma na wykazanej w ramach zadania referencyjnego stacji urządzeń srk, gdyż przy wykluczeniu Zamawiający stwierdził, że są – tylko nie systemy komputerowe stacyjnych urządzeń srk, co także potwierdził Zarządu Infrastruktury Kolejnictwa w Czechach i wynika z dowodu złożonego na rozprawie przez Konsorcjum Strabag /wydruk regulaminu technicznego stacji Tyniste/. Po czwarte, zastanawiającą była ewolucja argumentacji Odwołującego, w tym zakresie, z systemów komputerowych na komputerowe urządzenia, mimo że to nie one były przedmiotem odwołania.

W konsekwencji powyższego, w ocenie Izby potwierdziło się złożenie przez Odwołującego w ramach wykazanych zadań referencyjnych we wniosku nieprawdziwych informacji w wyniku niedbalstwa.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie trzeciego zarzutu, Izba oddaliła zarzut. W kontekście wcześniejszych pism, które miały miejsce w toku postępowania przetargowego i przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego przez Zamawiającego – zarzut jest nietrafny. Odwołujący doskonale wiedział, co jest podstawą wykluczenia z udziału w postępowaniu i dlaczego Zamawiający uznał zaistnienie podstaw do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty. Odwołujący nie miał żadnych problemów z identyfikacją czynności

Zamawiającego i obroną swojego interesu poprzez sformułowanie stosownych zarzutów, czemu dał wyraz na 35 stronach odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie czwartego zarzutu, także w kontekście zarzutu pierwszego i drugiego, Izba uznał zarzut za nietrafny.

W ocenie składu orzekającego Izby o ile nie budzi wątpliwości, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy klasycznej, wymaga przypisania winy wykonawcy, o tyle wskazany przepis dyrektywy klasycznej nie zawęży postaci tej winy wyłącznie do winy umyślnej (zamiaru bezpośredniego i ewentualnego). Nie ma zatem podstaw, aby wyłączać spod zakresu zastosowania tej podstawy wykluczenia przypadków poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwymi informacjami złożonymi w wyniku niedbalstwa wykonawcy.

Zdaniem Izby należy wziąć pod uwagę stanowisko, jakie zajął Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej. Ta ostatnia w prowadzonym przez siebie na podstawie rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1; z późn. zm) wykluczyła tych wykonawców na podstawie 94 lit. b tego rozporządzenia. Przepis ten stanowi, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji. Sąd stwierdził, że w przypadku gdy, tak jak w rozstrzyganej sprawie, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż *pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. (...) Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego...* {por. pkt 75 i 119 wyroku}.

Zdaniem składu orzekającego Izby co prawda powyższy wyrok dotyczył stosowania przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak treść przepisu art. 94 lit. b rozporządzenia finansowego, tak jak art. 45

ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18/WE, odwołuje się do winy wykonawcy (kandydata) składającego nierzetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy. Wydaje się więc uzasadnione, aby winę, o której mowa w obu tych przepisach dotyczących analogicznej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, interpretować w taki sam sposób.

W przedstawionej 24 listopada 2016 r. opinii do sprawy C- 387/14 Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu Rzecznik generalny {dalej również: „RG”} zajął zbliżone do powyżej zaprezentowanego stanowisko, zarówno co do przesłanki poważnego wprowadzenia w błąd, jak i kwestii winy wykonawcy w tym zakresie. W szczególności dochodząc do wniosku, że jeżeli wprowadzenie w błąd (poprzez przekazanie lub nieprzekazanie informacji) nie może mieć wpływu na rozstrzygnięcie postępowania, wówczas nie może w sposób uprawniony uzasadniać wykluczenia wykonawcy (co zostało nazwane „przesłanką skutku”). Z drugiej strony uznając z następujących powodów, że spełnienie tej przesłanki jest konieczne, ale i wystarczające do wykluczenia. Po pierwsze – w art. 45 ust. 2 lit. g) nie ma mowy o intencjach w ogólności ani o zamiarze, lekkomyślności lub niedbalstwie w szczególności, a co dopiero o skonkretyzowaniu tych pojęć. Ponadto art. 45 ust. 2 jedynie określa podstawowe przesłanki, zgodnie z którymi prawo Unii stwarza możliwość wykluczenia oferentów, odsyłając wprost do prawa krajowego w celu określenia warunków wykonania, co mogłoby się wiązać na przykład z pojęciami niedbalstwa lub zamiaru w przepisach prawa krajowego. Po drugie – nie można uznać za dające się praktycznie zastosować rozwiązanie, aby organ administracji w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, często działający pod ogromną presją czasu, zmuszony zająć się dużą liczbą obszernych złożonych dokumentów, wnikał w zamiar spółki i ustalał go. Po trzecie – nawet gdyby był w stanie to uczynić, nie byłoby to w rzeczywistości użyteczne, gdyż na ogół oczekuje się od wykonawców uczestniczących w przetargach dochowania należytej staranności, przyjmując domniemanie, że podmiot trudniący się zawodowo daną działalnością potrafi działać z należytą ostrożnością. Co sugeruje, że oprócz zamiaru prawdopodobnie uwzględniono by również różne postacie niedbalstwa. Gdyby było tak istotnie, to intencja faktycznie nie stanowiłaby żadnego autentycznego wyróżniającego kryterium. Resumując, doszedł do konkluzji, że przesłanka skutku jest warunkiem sine qua non, jak również jest sama w sobie wystarczająca do zastosowania art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy.

Dodać należy, że powyższe rozważania odnośnie interpretacji przesłanek wprowadzenia w błąd i winy wykonawcy pozostają aktualne w kontekście art. 57 ust. 4 lit. h) obowiązującej od 18 kwietnia 2016 r. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 94, str. 65), który również operuje kategorią wykonawcy winnego poważnego wprowadzenia w błąd, jak sprecyzowano dalej, przy

dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów potwierdzających.

Odnotować można, że w ramach implementacji powyższego przepisu dyrektywy 2014/24/UE do porządku krajowego w ustawie pzp wprowadzono nowy przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Reasumując, w stanie prawnym obowiązującym dla przedmiotowego postępowania dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp konieczne jest stwierdzenie, że: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, po drugie – stanowiło to poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, gdyż informacje te miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, po trzecie – wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa.

W praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż wymaga dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Uzyskanie takich dowodów, czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Natomiast wykonawca z łatwością może uwolnić się od odpowiedzialności oświadczając, że nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd, a podanie nieprawdziwej informacji było wynikiem omyłki lub też niesprawdzenia informacji uzyskanej od podmiotu trzeciego.

Zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 Pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności {uzasadnienie wyroku SN z 10.03.2004 r., sygn. akt IV CK 151/03}. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego

doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności {uzasadnienie wyroku SN z 23.10.2003 r., sygn. akt V CK 311/02}. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Reasumując, Izba podtrzymała w pełni stanowisko uprzednio wyrażone w uzasadnieniu wyroku z 11.02.2015 r., sygn. akt KIO 177/15, które zostało również podzielone w uzasadnieniach wyroków wydanych: 27.03.2015 r., sygn. akt KIO 491/15, 13.01.2016 r., sygn. akt: KIO 2809/15, 26.01.2016 r., sygn. akt KIO 1/16, 17.05.2016 r., sygn. akt: KIO 673/15, czy 24.06.2016 r., sygn. akt: KIO 1010/16.

Odnośnie stosowania art. 26 ust. 3 Pzp w kontekście podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp skład orzekający Izby w pełni podziela stanowisko, wyrażone uprzednio wielokrotnie w orzecznictwie Izby, że nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania nie można w trybie art. 26 ust. 3 Pzp zastępować inną informacją, choćby była prawdziwa i również wskazywała na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Jeżeli wykonawca przedstawia nieprawdziwe informacje, które są podstawą pozytywnej weryfikacji, nie można jednocześnie twierdzić, że wymagają one uzupełnienia. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna czy błędna. Tymczasem przesłanką zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp jest sytuacja, w której oświadczenia lub dokumenty zawierają tego rodzaju błędy, że z ich treści nie wynika potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Należy ponadto zauważyć, że Pzp w art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 statuuje odrębne i niezależne od siebie podstawy wykluczenia z postępowania, a zatem wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie zawsze musi się wiązać z wykluczeniem za niewykazanie spełniania tych warunków, co również wskazuje na to, że wyłącznie w tym drugim przypadku konieczne jest uprzednie wezwanie do uzupełnienia dokumentów, jeżeli z treści pierwotnie złożonych nie wynika takie potwierdzenie.

Stanowisko przeciwne oznaczałoby, że w ramach przesłanki wpływu na wynik postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, mieści się badanie, czy wykonawca składający nieprawdziwą informację był już wzywany do uzupełnienia dokumentów. W konsekwencji prowadziłyby to do takiej wykładni normy art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, zgodnie

z którą nie podlega wykluczeniu wyłącznie wykonawca, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli uczynił to po raz pierwszy tzn. nie był wzywany do zastąpienia nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnianie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnianie tego warunku.

Zdaniem Izby taka interpretacja wpływu na wynik postępowania (poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego) jest nie do zaakceptowania z punktu widzenia naczelnych zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający ma przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Prowadziłaby to również do odmiennego traktowania wykonawców, którzy są winni poważnego wprowadzenia w błąd Zamawiającego, w zależności od tego, czy dotyczyło to treści oferty, czy też warunków udziału w postępowaniu, względnie potwierdzenia zgodności dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego. Wyłącznie w tym drugim przypadku mogłoby dojść do zastąpienia nieprawdziwej informacji zupełnie inną ale prawdziwą informacją, gdyż co do zasady zmiana treści oferty nie jest dopuszczalna w ogóle.

Powyższe stanowisko za wyrokiem KIO z 04.01.2017 r., sygn. akt: KIO 2384/16.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu piątego, Izba jako konsekwencje oddalenia pozostałych zarzutów, oddała również przedmiotowy zarzut.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu szóstego, Izba oddaliła w/w zarzut. W tym zakresie, należy uznać, że w kontekście zaniechania wezwania w trybie art. 26 ust.3 Pzp. Zamawiający nie naruszył równego traktowania, gdyż względem Odwołującego potwierdziło się złożenie nieprawdziwych informacji. Izba uznała, że na rozprawie de facto Odwołujący sformułował nowy zarzut nie wyartykułowany w odwołaniu, jeśli bowiem chodziło o zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Strabag, z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji, to dla czego brak takiego zarzutu, a nawet kontekstu w odwołaniu (str. 32 odwołania – pkt 4.4).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 206/17 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu



postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t. j. Dz. U. z 2014 poz. 964), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 205/17, sygn. akt: KIO 206/17 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 w związku z § 5 ust. 3 i 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238 oraz Dz. U. z 2016 r., poz. 47).

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....