

Sygn. akt: KIO 57/23

Sygn. akt: KIO 60/23

Sygn. akt: KIO 85/23

WYROK
z dnia 23 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala
Danuta Dziubińska
Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2023 r. przez odwołujących:

- A. wykonawcę TORPOL S.A., ul. Św. Michała 43, 61-119 Poznań (KIO 57/23),**
- B. wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie (KIO 60/23),**
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa oraz Trakcja System sp. z o.o., Al. Lipowa 3, 53-124 Wrocław (KIO 85/23),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**, w imieniu którego działa **Centrum Realizacji Inwestycji, Region Śląski, ul. 3 Maja 16, 41-200 Sosnowiec**,

przy udziale:

- 1) wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 57/23 po stronie odwołującego,
- 2) wykonawcy TORPOL S.A., ul. Św. Michała 43, 61-119 Poznań, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 60/23 po stronie odwołującego,

- 3) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa oraz Trakcja System sp. z o.o., Al. Lipowa 3, 53-124 Wrocław, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 57/23 i KIO 60/23 po stronie zamawiającego,
- 4) wykonawcy ZUE S.A., ul. Kazimierza Czapińskiego 3, 30-048 Kraków, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 57/23, KIO 60/23 i KIO 85/23 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 85/23 w zakresie zarzutu dotyczącego Kierownika robót sterowania ruchem kolejowym,
2. **oddala odwołania o sygn. akt KIO 57/23, KIO 60/23 i KIO 85/23** w pozostałym zakresie,
3. w sprawie **KIO 57/23** kosztami postępowania obciąża odwołującego: TORPOL S.A., ul. Św. Michała 43, 61-119 Poznań, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
4. w sprawie KIO **60/23** kosztami postępowania obciąża odwołującego Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie, i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
5. w sprawie **KIO 85/23** kosztami postępowania obciąża odwołującego: konsorcjum PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa oraz Trakcja System sp. z o.o., Al. Lipowa 3, 53-124 Wrocław, i:
 - 5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 57/23

Sygn. akt: KIO 60/23

Sygn. akt: KIO 85/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, w imieniu którego Centrum Realizacji Inwestycji, Region Śląski, ul. 3 Maja 16, 41-200 Sosnowiec, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Realizacja robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych, systemu dynamicznej informacji podróży na odcinku Będzin - Katowice Szopienice Południowe w ramach projektu Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, Etap I: linia E 65 na odcinku Będzin - Katowice Szopienice Płd. – Katowice – Katowice Piotrowice”, numer referencyjny 9090/IREZA4/23327/00081/22/P. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17.01.2022 r., nr 2022/S 011-025030.

W dniu 09.01.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania następujących wykonawców:

- A.** wykonawca TORPOL S.A., ul. Św. Michała 43, 61-119 Poznań (dalej: „odwołujący TORPOL”) - KIO 57/23,
- B.** wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie (dalej: „odwołujący INTERCOR”) - KIO 60/23,
- C.** wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa oraz Trakcja System sp. z o.o., Al. Lipowa 3, 53-124 Wrocław (dalej: odwołujący PORR”) - KIO 85/23.

Ad. A. Odwołujący TORPOL zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, ponieważ zawiera błędy w obliczeniu ceny, podczas gdy oferta takiego błędu nie zawiera, a odwołujący skalkulował ofertę w sposób zgodny z treścią SWZ (w szczególności Rozdziałem 12 IDW, punkt 12.8 IDW), co również prowadzi do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i przejrzystości,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 232 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 k.c. w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie wykładni punktu 12.8 IDW w sposób sprzeczny z jego

literalną treścią oraz w sposób oderwany od kontekstu pozostałych zapisów IDW oraz PFU, co doprowadziło do niezaprośzenia odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, przeprowadzenia jej bez udziału odwołującego oraz odrzucenia jego oferty, co również prowadzi do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i przejrzystości,

- 3) art. 225 pkt 6 w zw. z art. 16 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez określenie przez zamawiającego zapisów SWZ (punktu 12.8 IDW) w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i przejrzystości (względnie dokonania wyjaśnienia punktu 12.8 IDW po otwarciu ofert, więc naruszenie również art. 137 ust. 1 Pzp), w zakresie który ma istotne znaczenie dla sposobu obliczenia ceny oferty w ramach Opcji nr 1, bowiem w informacji otrzymanej od zamawiającego w dniu 30 grudnia 2022 roku o odrzuceniu oferty, odwołujący został poinformowany, że cena Opcji nr 1 powinna być obliczona od sumy części A i części B, które zamawiający definiuje jako zamówienie podstawowe, podczas gdy w literalnej treści SWZ sposób obliczenia ceny ofertowej nie został sprecyzowany przez zamawiającego wystarczająco szczegółowo, co doprowadziło do przyjęcia przez wykonawców odmiennych metod kalkulacji ceny i doprowadziło do braku porównywalności złożonych przez nich ofert.

W szczególności odwołujący TORPOL podniósł, co następuje.

„(...) przedmiotowe zamówienie składa się z:

Część A – realizacja robót budowlanych w oparciu o dokumentację Zamawiającego;

Część B – zaprojektowanie i realizacja robót budowlanych dla branży SRK;

Część C – elementy składające się na prawo opcji, tj. usługi pogwarancyjne dla branży SRK (Opcja 1) oraz dodatkowe roboty (Opcja 2).

4. Co ważne, to że Część B była przedmiotowo tożsama z Częścią C, Opcją nr 1 albowiem prawo Opcji nr 1 dotyczy realizacji dodatkowych usług gwarancyjnych dla robót wykonanych w ramach Części B. (...)

5. Ponadto dla każdej z części przyjęto różną formułę realizacji zamówienia. Część B i C obejmuje obowiązek zaprojektowania i wybudowania, natomiast część A realizowana będzie w oparciu o dokumentację przygotowaną przez Zamawiającego. (...)

6. W Rozdziale 12 IDW pod nazwą SPOSÓB OBLICZENIA CENY Zamawiający wyraźnie zróżnicował również sposób wynagradzania wykonawców. Zgodnie z punktami 12.4 – 12.5 IDW strona 32-33, Część A miała opierać się na modelu kosztorysowym i wyceniona miała być w oparciu o Przedmiary Robót (co jest konsekwencją przyjętej formuły realizacji „buduj”). Natomiast zgodnie z punktami 12.6 - 12.11 IDW strona 34, Część B i C miała opierać się na modelu ryczałtowym i wyceniona miała być w oparciu o Rozbicie Ceny Ofertowej (co również jest konsekwencją przyjętej formuły realizacji „projektuj i buduj”). Tak wyodrębnione części zamówienia nie zostały w żadnym innym zapisie IDW „połączone” tzn. Zamawiający wprost nie wyartykułował, że należy je odczytywać razem. Taka interpretacja stanowiłaby de facto

zmianę SWZ.

7. W punkcie 12.8 IDW strona 34, który określał zakres obliczenia części ryczałtowej wynagrodzenia, Zamawiający wprowadził postanowienie o treści: „Sumaryczna wartość opcji nr 1 nie może być niższa niż 1% i nie może być wyższa niż 9% wartości netto zakresu podstawowego”. (...)

8. W ramach dokumentów zamówienia, Zamawiający przygotował plik o nazwie Podsumowanie przedmiarów i RCO.xlsx w którym wykonawcy mieli podać podsumowanie cen poszczególnych części zamówienia. Plik ten stanowił część oferty wykonawców. (...)

10. Wykonawca TORPOL S.A. przyjął cenę Opcji nr 1 na poziomie 6,63 % zakresu podstawowego obejmującego Część B.

11. Wartością stanowiącą punkt odniesienia w przypadku oferty Odwołującego była kwota 187 644 091,95 5 zł (suma kwot lp. 2+3 dla Części B). W tym kontekście należy zaznaczyć, że oferta Odwołującego w zakresie Opcji nr 1 mieści się w limicie narzuconym przez Zamawiającego zgodnie z pkt. 12.8 IDW (pomiędzy 1% a 9% wartości netto zakresu podstawowego).

12. W dniu 30 grudnia 2022 roku Odwołujący dowiedział się, że podstawą odrzucenia jego oferty jest art. 226 ust. 1 pkt. 10) Pzp tj. jego oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny. Podkreślam, że Odwołujący, wcześniej nie został powiadomiony przez Zamawiającego o braku zaproszenia do udziału w aukcji czy przyczynach odrzucenia oferty.

13. Uzasadniając faktyczne podstawy czynności odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający podał cyt. „w Ofercie TORPOL S.A. 1% wartości zakresu podstawowego jest równy 12.646.642,32 zł, wartość Opcji 1 wynosi 12.444.300,00 zł, zatem wartość Opcji nr 1 jest niższa od wartości 1% zakresu podstawowego.” (...)

3. Interpretacja postanowień SWZ prezentowana przez Zamawiającego prowadzi do wniosku, iż zakres podstawowy należałoby definiować jako sumę części A i części B. (...)

5. Jak wskazałem wyżej, Odwołujący prawidłowo przyjął cenę Opcji nr 1 na poziomie 6,63 % zakresu podstawowego obejmującego Część B, zatem prawidłowo zinterpretował SWZ w taki sposób, że określenie „zakres podstawowy” odnosi się do Części B. Wynika to z literalnego brzmienia treści SWZ (Rozdziału 2 i 12 IDW) oraz ma logiczne i praktyczne uzasadnienie, co wyjaśniam poniżej.

6. Odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p. może mieć miejsce, jeśli mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca wskazuje w swojej ofercie cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, kalkulując w niej czynności, które nie są objęte przedmiotem zamówienia, lub też nie uwzględnia we wskazanej kwocie elementów, które ująć powinien - to wówczas wskazana przez wykonawcę cena jest nieprawidłowa, gdyż dotyczy innego stanu faktycznego niż przedmiot postępowania (...).

8. Podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty

Odwołującego z dnia 30 grudnia 2022 roku nie wskazał (czego wymaga dyspozycja art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p.), elementów dla Opcji nr 1 których Odwołujący nie ujął w ofercie lub jakie czynności nieobjęte przedmiotem zamówienia skalkulował w Opcji nr 1 – co mogło powodować jej nieprawidłową kalkulację.

9. Analiza treści uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty wskazuje natomiast, że miało ono charakter czysto formalny, tzn. w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie dostosował się do jego interpretacji punktu 12.8 IDW (...)

10. Odwołujący podkreśla, że jego oferta w zakresie Opcji nr 1 była skalkulowana prawidłowo, na co składają się następujące fakty, dowodzone treścią SWZ oraz praktyką Zamawiającego:

1) Po pierwsze to, prawidłowość kalkulacji potwierdza definicja zakresu podstawowego, znajdująca się w Rozdziale 2, punkt 4 strona 15 TOM III SWZ, Część B - PFU. Zgonie z PFU zakres podstawowy obejmuje roboty budowlane branży SRK: „1) wykonanie dokumentacji projektowej (...), 2) wykonanie wszystkich (...), 3) świadczenie usług gwarancyjnych” dla Części B. W tym miejscu zaznaczam, że Część A opisana jest osobną dokumentacją budowlaną, stanowiącą TOM III SWZ Część A – PB, PW, STWIORB oraz Ekrany. Część A obejmuje roboty branży: torowej i podtorza, obiekty inżynieryjne, układy drogowe, tramwajowe, sieć trakcyjna, elektroenergetyka, perony, obiekty kubaturowe, sieci sanitarne i ciepłownicze (...) z wyłączeniem robót SRK jako zastrzeżonych dla Części B. Stąd sformułowanie użyte w punkcie 12.8 IDW odnoszące się do „wartości netto zakresu podstawowego” może dotyczyć jedynie wprost zdefiniowanego w PFU zakresu podstawowego dla Części B. Dowód: Tom III Część B PFU strona 15-16 (wyciąg).

2) Po drugie to, prawidłowość kalkulacji potwierdza konstrukcja Rozdziału 12 [Sposób obliczenia ceny] TOM I SWZ IDW, który określa sposób obliczenia ceny, zgodnie z którym Zamawiający dokonał podziału na część kosztorysową oraz ryczałtową tj.:

- zakres obliczenia części kosztorysowej wynagrodzenia, gdzie znajduje się zakres podstawowy dla Części A (strona 32 -34 IDW) oraz

- zakres obliczenia części ryczałtowej wynagrodzenia, gdzie znajduje się zakres podstawowy dla Części B jak i Opcji nr 1 (strona 34 IDW).

Skoro ryczałtowym zakresem podstawowym jest Część B, to punkt 12.8 IDW umiejscowiony w rozdziale 12 IDW pod zakresem obliczenia części ryczałtowej wynagrodzenia, w ocenie Odwołującego odnosił się jedynie do ryczałtowej Części B (ergo z wyłączeniem kosztorysowej Części A, która znajduje się w części kosztorysowej rozdziału 12 IDW). Skoro zapisami SWZ doszło do narzucenia na wykonawców odmiennych sposobów kalkulacji ceny ofertowej, to po skalkulowaniu ceny dla części A (części kosztorysowej), Odwołujący odrębnie powinien skalkulować cenę dla części B i C

(części ryczałtowej) i taka zasada wprost wynikająca z literalnego brzmienia rozdziału 12 IDW, nie może być pominięta przez Zamawiającego. Innymi słowy, skoro istnieje tożsamość sposobu wynagradzania dla Części B oraz Opcji nr 1 (rozliczanej ryczałtowo), to granica % wartości ryczałtowej Opcji nr 1 może odnosić się jedynie do zakresu podstawowego Części B (rozliczanej ryczałtowo). Odwrotne przyjęcie byłoby nielogiczne i sprzeczne z poprzednią praktyką Zamawiającego. Dowód: IDW dla postępowania nr 9090/IREZA4/23327/00081/22/P (wyciąg).

- 3) Po trzecie to, prawidłowość kalkulacji potwierdza tożsamość podziału sposobu wykonania robót. Roboty określone Opcją nr 1 są pochodną robót z Części B tj. Opcja nr 1 dotyczy tylko i wyłącznie usług pogwarancyjnych dla robót SRK, które to roboty SRK w warstwie projektowej, jak i wykonawczej opisane są w Części B. Logicznym i zrozumiałym wydaje się zatem, chęć Zamawiającego do ograniczenia procentowych limitów wartości robót Opcji nr 1 w zakresie usług gwarancyjnych, dla którego punktem odniesienia będzie wycena robót podstawowych – tożsamy co do branż SRK. Należy podkreślić, że Część A dotyczy zupełnie innego zakresu robót (co wskazałem wyżej), stąd Odwołujący nie powinien obliczyć wartości oferty dla Opcji nr 1 w odniesieniu do zakresu podstawowego Części A (brak tożsamości robót). Dowód: IDW dla postępowania nr 9090/IREZA4/23327/00081/22/P (wyciąg), Tom III Część B PFU strona 15-16 (wyciąg).
- 4) Finalnie, Odwołujący prawidłowości w kalkulacji oferty upatruje również w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego. Na szczególną uwagę zasługuje postępowanie wszczęte po incydencie opisanym niniejszym odwołaniem (Ogłoszenie o zamówieniu numer 2022/S 252-734499 z dnia 30 grudnia 2022 r.), gdzie Zamawiający zdając sobie sprawę z niejednoznaczności zapisów Rozdziału 12 IDW, wyciągnął wnioski i jednoznacznie uregulował obowiązek kalkulacji Opcji nr 1 w punkcie 12.11 strona 36 IDW cyt. „nie może być niższa niż 1% i nie może być wyższa niż 9% sumarycznej wartości pozycji RCO netto Zakresu Podstawowego Części B (Podsumowanie RCO – Lp 3 „Zakres podstawowy - Łącznie poz. 1 i poz. 2”)”¹ (podkreślenie własne). Taka praktyka dowodzi, że zasadą obliczania ceny dla opcji są prace z zakresu podstawowego, którego dana opcja dotyczy. Dowód: IDW dla postępowania nr 9090/IRZR3/24521/06699/22/P (wyciąg).

12. (...) Tym samym jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SWZ (a szerzej: zapisu punktu 12.8 IDW, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty w ramach Opcji nr 1), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawców, a więc na korzyść Odwołującego. W konsekwencji, jeżeli dokumentacja sporządzona przez Zamawiającego zawiera nieścisłości, nie jest jednoznaczna, nie można negatywnymi skutkami obciążać wykonawców, ale Zamawiającego - jako autora tej dokumentacji. Przenosząc to na grunt przedmiotowej sprawy, to skoro zapis punktu 12.8 IDW mógł być różnie interpretowany przez

wykonawców, Zamawiający podczas oceny ofert winien uwzględnić również interpretację Odwołującego i zaniechać odrzucenia jego oferty. (...)

1. Analiza ofert złożonych przez 7 wykonawców dowodzi, że aż trzy zostały odrzucone z uwagi na rzekomą niezgodność z limitami procentowymi narzuconymi przez Zamawiającego. Wykonawcy ZUE S.A., PORR S.A., BUDIMEX S.A. i konsorcjum Track Tec Construction sp. z o.o. prawdopodobnie w odmienny sposób zrozumieli zapisy punktu 12.8 IDW albo przyjmując założenia poczynione jak Odwołujący, ich cena Opcji nr 1 znalazła się „przypadkowo” w limicie, który dziś wskazuje Zamawiający. Analiza ofert złożonych przez Odwołującego i wykonawców PUT Intercor sp. z o.o. oraz Strabag sp. z o.o. dowodzi, że nie mamy do czynienia z jednostkowym przypadkiem, w którym jeden z wykonawców niewłaściwie przygotował ofertę. Ta druga grupa wykonawców przypisała sumaryczną wartość Opcji nr 1 do zakresu podstawowego Część B. Takie stan rzeczy dowodzi, że istniały dwie możliwości wyceny Opcji nr 1, a Zamawiający usilnie forsuje dziś jedną z nich, kając przy tym tych trzech wykonawców. (...)

3. W ocenie Odwołującego oba sposoby wypełnienia tabeli cenowej były uprawnione. Analiza zapisów Rozdziału 12 IDW stanowiąca wskazówki wyliczenia ceny były bowiem niejednoznaczne, każdy z wykonawców zrozumiał je inaczej, co potwierdza matematyczna analiza ofert wykonawców dla wyceny Opcji nr 1.

4. W obecnej sytuacji nie można doprowadzić ofert do porównywalności, gdyż nie można ponownie złożyć ofert w postępowaniu oraz nie można ustalić, który sposób wypełnienia RCO dla Opcji nr 1 tj. zastosowany przez Odwołującego czy innych nieodrzuconych wykonawców jest właściwy. Konsekwencją naruszenia art. 16 Pzp jest bezsprzeczne naruszenie ustawy Pzp, zatem w przypadku dalszego procedowania przez Zamawiającego w celu zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego nie może zniknąć z pola widzenia, że ewentualna umowa obciążona będzie wadą w postaci obligatoryjnej przesłanki do unieważnienia umowy wynikającej z art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp. (...).”

W związku z tym odwołujący TORPOL wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) unieważnienia aukcji elektronicznej,
- 3) unieważnienia badania ofert złożonych w postępowaniu,
- 4) ponownego przeprowadzenia czynności badania ofert i zaproszenie odwołującego do udziału w aukcji,
- 5) ewentualnie unieważnienia postępowania z uwagi na to, że jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i przejrzystości, co skutkowało złożeniem przez wykonawców ofert nieporównywalnych.

Ad. B. Odwołujący INTERCOR zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że w stosunku do odwołującego ziściły się przesłanki odrzucenia oferty z uwagi na błąd w obliczeniu ceny, gdy tymczasem oferta odwołującego takiego błędu nie zawiera (zamawiający tego nie wykazał) oraz spełnia wszystkie wymogi SWZ (w tym, w szczególności, pozostaje zgodna z wymaganiami z rozdziału 12 Instrukcji dla Wykonawców w zakresie wartości Opcji nr 1),
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 232 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 § 1 kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wykładni pkt. 12.8 Instrukcji dla Wykonawców w sposób sprzeczny nie tylko z jego literalną treścią, ale również oderwany od okoliczności (wynikających z dokumentów postępowania), które powinny być wzięte pod uwagę na etapie interpretacji tego postanowienia, skutkujący zaniechaniem zaproszenia odwołującego do aukcji elektronicznej, przeprowadzeniem jej bez udziału odwołującego oraz odrzuceniem jego oferty,
- 3) ewentualnie, tj. na wypadek, w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznałaby, że sposób sporządzenia oferty przez odwołującego nie jest jedynym prawidłowym, a nie można zaakceptować sytuacji, w której różne oferty zbudowane są w oparciu o odmienne założenia kalkulacyjne - art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo że jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co zamawiający pominął, akceptując sytuację, w której oferty złożone w postępowaniu są nieporównywalne oraz, odrzucając ofertę odwołującego zamawiający, dopuścił się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji,
- 4) w konsekwencji art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W szczególności odwołujący INTERCOR podniósł, co następuje.

„6. Na zakres zamówienia składają się:

- i) część A: realizacja robót budowlanych w odpowiednich zakresach, opracowanie dokumentacji powykonawczej, przeprowadzenie procesu oceny zgodności podsystemów strukturalnych, w tym pozyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji;
- ii) część B: realizacja robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego dla branży SRK;
- iii) część C: Opcja 1 (usługi pogwarancyjne dla branży SRK) oraz Opcja 2 (dodatkowe roboty i pozostawanie w gotowości).

7. Co szczególnie istotne, Zamawiający zdecydował się na zastosowanie w ramach zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania dwóch odrębnych (i całkowicie różnych)

modeli wynagrodzenia. Najpełniej przedstawione to zostało w rozdziale 12 IDW (sposób obliczenia ceny). Mamy zatem do czynienia z częścią kosztorysową oraz częścią ryczałtową, co zostało opisane na str. 33 – 34 IDW, w punktach 12.4 - 12.5: (...)

Powyższe jest konsekwencją posiadanej przez Zamawiającego dokumentacji. Otóż w przypadku prac wchodzących w zakres części A Zamawiający dysponuje dokumentacją projektową, w przypadku natomiast prac mieszczących się w części B dokumentacja ta zostanie dopiero opracowana przez wybranego wykonawcę.

9. Zamawiający postawił również w pkt. 12.8 IDW wymagania dotyczące sposobu kalkulacji ceny ofertowej. Wśród nich znalazły się te odnoszące się do wyceny zakresu objętego Opcją 1 (usługi pogwarancyjne dla branży SRK): (...) „Sumaryczna wartość opcji nr 1 nie może być niższa niż 1% i nie może być wyższa niż 9% wartości netto zakresu podstawowego”.

10. Tym samym wartością stanowiącą punkt odniesienia w przypadku oferty Odwołującego była kwota 179 233 027,55 zł (suma obu pozycji z części B). Zestawienie tej wartości z wyceną Opcji 1 pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że wycena ta mieści się w limicie narzuconym przez Zamawiającego (stanowi 4,6% tak określonego zakresu podstawowego).

11. Analiza uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, jakkolwiek uzasadnienie to jest wyjątkowo lakoniczne, pozwala stwierdzić, że przez „wartość netto zakresu podstawowego” Zamawiający rozumie zakresy podstawowe ujęte w obu wyodrębnionych przez Zamawiającego modelach wynagrodzenia (tj. łącznie w przypadku prac mieszczących się w części kosztorysowej, jak i w części ryczałtowej)¹. Z taką koncepcją nie sposób się zgodzić z wymienionych poniżej powodów.

12. Po pierwsze, przemawia za tym już sama konstrukcja rozdziału 12 IDW, w którym Zamawiający szczegółowo opisuje sposób obliczenia ceny ofertowej. Sposób, w jaki Zamawiający opisał swoje wymagania w tym zakresie nie pozostawia wątpliwości, że mamy do czynienia z dwoma odrębnymi częściami tego rozdziału: kosztorysową oraz ryczałtową. Zresztą sam Zamawiający posługuje się również tymi słowami: „część kosztorysowa wynagrodzenia”, „część ryczałtowa wynagrodzenia”. (...)

14. Postanowienie, z którego Zamawiający wywodzi błąd w obliczeniu ceny (pkt 12.8 IDW) ujęte zostało we fragmencie dotyczącym wynagrodzenia ryczałtowego (okoliczność bezsporna). Jednakże, wbrew temu, co wyprowadza z tej okoliczności Zamawiający, pkt 12.8 IDW nie tylko ustanawia limity procentowe dla dokumentacji projektowej oraz Opcji 1, ale i pozwala (a wręcz nakazuje) założyć, że umiejscowienie tego postanowienia w części dotyczącej wynagrodzenia ryczałtowego generuje konieczność referowania (w przypadku ustalania poziomu wartości Opcji 1) do zakresu podstawowego dla tego właśnie wynagrodzenia (z pominięciem wynagrodzenia kosztorysowego, któremu Zamawiający poświęcił osobny fragment rozdziału 12 IDW).

15. Innymi słowy, fragmenty rozdziału 12 IDW poświęcone odpowiednio wynagrodzeniu

kosztorysowemu oraz wynagrodzeniu ryczałtowemu stanowią wyodrębnione i kompleksowe całości. Dlatego też tak długo, jak Zamawiający wprost tego nie wyartykułuje, doszukiwanie się „łączności” pomiędzy postanowieniem jednej grupy a postanowieniem drugiej grupy należy uznać za nadinterpretację (a z całą pewnością nie może być to traktowane jako oczywistość). (...)

17. W analizowanym pkt. 12.8 IDW Zamawiający zawiera ograniczenia procentowe dla dwóch niezależnych pozycji RCO: dokumentacji projektowej oraz Opcji nr 1. Warto podkreślenia są jednak różnice, jakie w opisie obu tych obostrzeń zastosował Zamawiający. Otóż w pierwszym przypadku (wykonanie dokumentacji projektowej) Zamawiający referuje precyzyjnie do konkretnych pozycji RCO (mówiąc, że wykonanie dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 3% wartości sumy pozycji od A.1.1 do A.4.7 RCO). Mamy tu więc do czynienia z precyzyjnym nakreśleniem punktu odniesienia dla wyliczenia poziomu 3%.

18. W przypadku Opcji nr 1 sytuacja jest jednak diametralnie inna. Zamawiający nie odsyła bowiem do konkretnych postanowień RCO (czy chociażby dokumentu pn. Podsumowanie przedmiarów i RCO), ale odwołuje się do bliżej niesprecyzowanego pojęcia „zakres podstawowy”. W przypadku zatem Opcji nr 1 Zamawiający nie wykazał się wystarczającą precyzją, co więcej, opisana powyżej konstrukcja rozdziału 12 IDW pozwala przyjąć, że prawidłową metodą ustalenia wartości dla Opcji nr 1 jest ta przyjęta przez Odwołującego.(...)

20. Nie sposób zgodzić się, aby za odmienną wykładnią wynikającą z konstrukcji rozdziału 12 IDW przemawiał fakt, iż w rozdziale 2 IDW znalazło się sformułowanie „zakres podstawowy” na początku opisu przedmiotu zamówienia. Z tej okoliczności wyprowadzić można jedynie ten wniosek, że elementy zamówienia definiowane jako „zakres podstawowy” mieszczą się zarówno w części A, jak i w części B zamówienia. Odrębną jest jednak kwestia sposobu obliczenia ceny ofertowej opisana w rozdziale 12 IDW, gdzie, jak wspomniano powyżej, Zamawiający podstawiał wymagania sugerujące przyjęcie za punkt odniesienia zakresu podstawowego ujętego jedynie w części B.

21. Po drugie, za rozumieniem wymagań IDW w sposób przyjęty przez Odwołującego przemawia również definicja „zakresu podstawowego” ujęta w PFU (pkt 2 ust. 4): (...)

24. Otóż, jak wskazane zostało powyżej, w części A zamówienia ujęte zostały zasadnicze roboty budowlane (bez branży SRK), część B obejmuje prace związane z SRK, przedmiotem Opcji nr 1 (wchodzącej w zakres części C) jest natomiast świadczenie usług pogwarancyjnych dla branży SRK. Patrząc zatem na wymagania stawiane przez Zamawiającego z perspektywy logicznych powiązań pomiędzy Opcją nr 1 a pozostałymi zakresami mieszczącymi się w przedmiocie niniejszego zamówienia, to nie sposób nie dostrzec, że powiązanie takie występuje jedynie z częścią B. Rozsądne i zgodne z doświadczeniem życiowym jest, że ograniczenie procentowe dla usług związanych z SRK zależne będzie od wartości prac związanych właśnie z SRK. (...)

26. Biorąc zatem pod uwagę, że:

- a) zakres podstawowy ujęty w części A cechuje odmienna formuła wynagrodzenia (kosztorys),
- b) Zamawiający narzucił konstrukcję rozdziału 12 IDW, z której wynika odrębność części kosztorysowej i ryczałtowej,
- c) zakres przedmiotowy wchodzący w skład Opcji nr 1 jest merytorycznie powiązany jedynie z częścią B zamówienia,

za w pełni zasadne i prawidłowe uznać należy rozumienie rozdziału 12 IDW przyjęte przez Odwołującego. (...)

32. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że spośród siedmiu ofert złożonych w Postępowaniu aż trzy zostały odrzucone z uwagi na rzekomą niezgodność z limitami procentowymi narzuconymi przez Zamawiającego (...). Okoliczność ta dobitnie świadczy o tym, że nie mamy do czynienia z jednostkowym przypadkiem, w którym jeden z wykonawców niewłaściwie przygotował ofertę, ale z wygenerowaną przez Zamawiającego sytuacją, za którą próbuje On (niezasadnie) ukarać wykonawców. (...)

36. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wszelkie wątpliwości interpretacyjne odnoszące się do treści dokumentów zamówienia powinny być rozstrzygane na podstawie wykładni postanowień specyfikacji i ogłoszenia przy zastosowaniu interpretacji korzystnych dla wykonawcy. (...)

48. W analizowanym stanie faktycznym nie doszło do skonstruowania oferty w oparciu o wadliwie ustalony stan faktyczny, oferta Odwołującego nie zawiera również zakresu odmiennego od wynikającego z OPZ. (...)

49. Odwołujący podkreśla, że w przypadku, w którym Izba doszłaby do wniosku, że nie jest możliwe zaakceptowanie sytuacji, w której w Postępowaniu zostały złożone oferty zbudowane w oparciu o odmiennie rozumiane postanowienie pkt. 12.8 IDW nie można wykluczyć konieczności unieważnienia Postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 Pzp (...)"

W związku z tym odwołujący INTERCOR wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) unieważnienia przeprowadzonej aukcji elektronicznej,
- 3) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 4) zaproszenia odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej i przeprowadzenia ponownej aukcji elektronicznej z udziałem odwołującego,
- 5) dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 6) ewentualnie, tj. na wypadek, w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznałaby, że sposób sporządzenia oferty przez odwołującego nie jest jedynym prawidłowym, a nie można zaakceptować sytuacji, w której różne oferty zbudowane są w oparciu o odmienne założenia kalkulacyjne - unieważnienia postępowania.

AD. C. Odwołujący PORR zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 112 ust. 2 pkt w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZUE S.A., a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 8.6.1 lit. b) IDW, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, dotyczące spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 8.6.1 lit. b) IDW, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- 2) ewentualnie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.6.1 lit. b) IDW,
- 3) art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub 10 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia, w konsekwencji odrzucenia oferty ww. wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.6.2 IDW w zakresie dysponowania Kierownikiem robót sterowania ruchem kolejowym (poz. 5), co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, dotyczące spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego pkt 8.6.2 IDW w zakresie dysponowania Kierownikiem robót sterowania ruchem kolejowym (poz. 5), co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- 4) ewentualnie art. 128 ust. 1 i 4 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.6.2 IDW tj. dysponowania Kierownikiem robót sterowania ruchem kolejowym (poz. 5), podczas gdy wykonawca nie wykazał spełnienia wymogu dotyczącego wpisania takiej osoby na listę członków właściwych izb samorządu zawodowego zgodnie z art. 12 ust. 7 ustawy Prawo budowlane oraz art. 20a ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa,
- 5) art. 239 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 b) w zw. z art. 16 pkt 1

ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy ZUE S.A. i zaniechanie odrzucenia jego oferty w sytuacji, gdy wykonawca ten dopuścił się przekazania informacji wprowadzających zamawiającego w błąd lub co najmniej nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 8.6.1 lit. b) IDW oraz w pkt 8.6.2 IDW (dysponowanie Kierownikiem robót sterowania ruchem kolejowym – poz. 5).

W szczególności odwołujący PORR podniósł, co następuje.

„3.3 Zamawiający w pkt 8.6.1 lit. b) IDW (ze uwzględnieniem zmian SWZ nr 7 i nr 11) jako jeden z warunków udziału w Postępowaniu wymagał wykazania przez wykonawców, że w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), zrealizowali Roboty budowlane wykonane w ramach nie więcej niż 5 umów polegające na wzmocnieniu podtorza kolejowego na stacji i na szlakach geosyntetykami o łącznej powierzchni co najmniej 20 000 m², kolumnami przemieszczeniowymi z głowicą kruszywową lub kolumnami DSM lub jet grouting lub kolumnami żwirowo-betonowymi lub żwirowymi o łącznej długości co najmniej 5000mb. Dowodem spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu miało być złożenie przez wykonawców podmiotowego środka dowodowego – wykazu robót - na podstawie wzoru z Załącznika nr 11 do IDW (pkt 9.6.1 IDW). (...)

3.6 W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wykonawca ZUE S.A. złożył w dniu 14 listopada 2022 r. podmiotowe środki dowodowe, w tym wypełniony Załącznik nr 8 i 11 do IDW (...)

3.8 Wykonawca ZUE S.A. odpowiadając na wezwanie Zamawiającego potwierdził, że w ramach ww. zadania wykonano wzmocnienie podtorza kolejowego z zastosowaniem betonowych kolumn przemieszczeniowych z głowicą kruszywową. (...)

4.2 W branży kolejowej za kolumny przemieszczeniowe z głowicą kruszywową uznaje się pale wiercone lub wibrowane z betonowym, albo żelbetowym trzonem pala, formowane w gruncie w technologii przemieszczeniowej, tj. narzędziem zapewniającym rozepchnięcie gruntu na boki do wymaganej obliczeniowo średnicy trzonu pala. Rozepchnięcie gruntu na boki powoduje poprawę parametrów wytrzymałościowych i odkształceniowych gruntu otaczającego trzon pala zwiększając nośność pala i otaczającego go gruntu. Po zakończeniu formowania trzonu pala, jeszcze przed związaniem betonu, formowana jest podatna głowica pala z kruszywa. Głowicę można formować tą samą maszyną, jeżeli jest wyposażona w wibrator słuzowy z możliwością podawania kruszywa wewnątrz rury, lub za pomocą odrębnej maszyny zapewniającej uzyskanie poszerzonej głowicy żwirowej o wymaganym zagęszczeniu. Podczas formowania głowicy pala podaje się kruszywo, które ruchem posuwisto-zwrotnym pod wpływem wibracji i docisku maszyny formuje poszerzoną głowicę kruszywową pala do wymaganego stopnia zagęszczenia. Wibracyjne formowanie głowicy z kruszywa również powoduje dogęszczenie otaczającego gruntu, dlatego oddziaływanie i

współpraca pała z warstwą transmisyjną i warstwami podbudowy powyżej jest bardzo korzystne z punktu widzenia statyki budowli.

4.3 Co do zasady, żeby głowica podatna z kruszywa spełniła swoje zadanie powinna być poszerzona ok. 1,5 krotnie (lub więcej) względem średnicy sztywnego trzonu pała, a jej miąższość nie powinna być mniejsza niż 0,5 m. Bardzo często podatne głowice z kruszywa osiągają miąższości nawet 2-3 m (można się spotkać nawet z 4-6 m miąższościami, ale są tu sytuacje szczególne). Zazwyczaj głowicę podatną z kruszywa formuje się w nośnych warstwach podłoża gruntowego, najczęściej w gruntach niespoistych, ponieważ formowanie głowic zapewnia również poprawę zagęszczenia gruntu otaczającego, który w całej swojej miąższości i właściwie na całej swojej powierzchni stanowi pogrubienie warstwy transmisyjnej. Jeśli chodzi o parametry to naturalne jest, że największe zagęszczenie uzyskuje się w rejonie głowicy pała i wpływ zagęszczenia maleje wraz z odległością od pała.

4.4 Z powyższego wynika, że kolumny przemieszczeniowe z głowicą kruszywową stanowią szczególnego rodzaju konstrukcję, inną niż zwykłe betonowe kolumny przemieszczeniowe. W szczególności te drugie nie posiadają głowic kruszywowych, tylko jednolitą strukturę na całej swojej długości. Oznacza to, że nie można w sposób tożsamy traktować dwóch tych konstrukcji jako ze sobą tożsamy, czy też wskazywać, że budując betonową kolumnę przemieszczeniową, zainstalowano od razu głowicę kruszywową. Te dwa rodzaje konstrukcji nawzajem się wykluczają, ponieważ spełniając wprawdzie ten sam cel, dążą do niego w odmienny sposób.

4.5 Zgodnie z Załącznikiem nr 11 – Wykaz robót Wykonawca, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu z pkt 8.6.1 lit. b) IDW powołał się na inwestycję pn. „Wykonanie robót budowlanych w obszarze LCS Kutno – odcinek Żychlin – Barłogi w ramach projektu pn.: „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa – Poznań-pozostałe roboty, odcinek Sochaczew – Swarzędz” („LK 20”) oraz oświadczył, że obejmowała ona: roboty budowlane polegające na wzmocnieniu podtorza kolejowego na stacji i na szlakach: - za pomocą kolumn przemieszczeniowych z głowicą kruszywową o łącznej długości co najmniej 5 000mb (stacja i szlak).

Powyższe oświadczenie nie stoi jednak w sprzeczności z faktycznie wykonanymi robotami.

4.6 Zgodnie z opracowaną na potrzeby tej inwestycji dokumentacją, Wykonawca wybudował bowiem jedynie betonowe kolumny przemieszczeniowe, które zdecydowanie różnią się pod względem technicznym od kolumn przemieszczeniowych z głowicą kruszywową. W dokumentacji tej wprost wskazano, że zamówienie to obejmuje „konstrukcję nasypu zbrojonego betonowymi kolumnami przemieszczeniowymi”, ale nie obejmowało wykonania głowic kruszywowych. Gdyby projektant przewidział w zakresie tej inwestycji głowicę kruszywową, z pewnością uwzględniłby ją w dokumentacji projektowej. (...)

4.7 Brak uwzględnienia w wykonanych przez Wykonawcę betonowych kolumnach

przemieszczeniowych głowic kruszywowych widoczny jest również na Przekrojach poprzecznych, na których nie widnieje żadne wskazanie na uwzględnienie w konstrukcji kolumn jakichkolwiek głowic, w tym kruszywowych.

4.8 Z powyższego wynika, że w ramach inwestycji pn. „Wykonanie robót budowlanych w obszarze LCS Kutno – odcinek Żychlin – Barłogi w ramach projektu pn.: „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa – Poznań- pozostałe roboty, odcinek Sochaczew – Swarzędz” nie przewidziano ani nie wykonano robót budowlanych dotyczących wzmocnienia podtorza kolejowego na stacjach i szlakach z zastosowaniem kolumn przemieszczeniowych z głowicami z kruszywa (przewidywała głowice betonowe o średnicy 42 cm). (...)

4.16 Tym samym należy stwierdzić, że Wykonawca składając oświadczenie sprzeczne ze stanem rzeczywistym dopuścił się przekazania Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd (...)

4.20 W przypadku braku stwierdzenia przesłanek świadczących o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego, należy stwierdzić, że Wykonawca co najmniej nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu opisanego w pkt. 8.6.1 lit b) IDW - doświadczenie zdobyte w ramach inwestycji pn. „Wykonanie robót budowlanych w obszarze LCS Kutno – odcinek Żychlin – Barłogi w ramach projektu pn.: „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa – Poznań- pozostałe roboty, odcinek Sochaczew – Swarzędz”, nie obejmowało bowiem wykonania wzmocnienia podtorza na stacjach i szlakach z użyciem wymaganej przez Zamawiającego technologii tj. kolumn przemieszczeniowych z głowicami kruszywowymi. Doświadczenia tego nie można zatem uwzględnić przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.6.1 lit. b) IDW.

4.21 Niewystarczające jest natomiast powołanie się przez Wykonawcę w celu spełnienia warunku udziału w Postępowaniu z pkt 8.6.1 lit. b) IDW na drugie z wykazanych doświadczeń tj. doświadczenie w ramach projektu pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlano - montażowych w ramach zadania inwestycyjnego pod nazwą „Prace na linii kolejowej nr 95 Kraków Mydlniki – Podłęże na odcinku Kościelniki - Podłęże” realizowanego w ramach projektu Prace na linii E 30 na odcinku Kraków Główny Towarowy – Rudzice wraz z dobudową torów linii aglomeracyjnej”, ponieważ jak wynika z oświadczenia złożonego przez Wykonawcę obejmowało ono wyłącznie wykonanie wzmocnienia podtorza na szlaku, podczas gdy Zamawiający w pkt 8.6.1 pkt b) IDW wymagał, aby takie kolumny zostały zlokalizowane na stacji i na szlakach.

4.22 Wobec tego, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu dot. naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 PZP, Wykonawca powinien zostać na podstawie art. 128 ust. 1 PZP wezwany do uzupełnienia Załącznika nr 11 do IDW w celu wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w sposób zgodny z pkt 8.6.1 lit. b) IDW poprzez powołanie się na doświadczenie w ramach innych referencyjnych inwestycji. (...)

5.1 Zamawiający w pkt 8.6.2 IDW jako warunek udziału w postępowaniu wymagał dysponowanie przez wykonawców Kierownikiem robót sterowania ruchem kolejowym (poz. 5), który miał zgodnie z wymogiem Zamawiającego posiadać uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi których zakres obejmuje urządzenia sterowania ruchem kolejowym. (...)

5.3 Wykonawca w celu wykazania spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu powołał się na doświadczenie Pana J. (...) Jak wynika z wykazu, p. (...) posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń, w zakresie "urządzenia technologiczne budów" wydane przez czeską Izbę Autoryzowanych inżynierów i Techników o nr (...), wydane 29.04.2014 r. odpowiadające swoim zakresem urządzenia sterowania ruchem kolejowym.

5.4 Należy domniemywać, że p. (...) (jako obywatel UE) mógłby wykonywać samodzielną funkcję techniczną w budownictwie w ramach transgranicznego świadczenia usług. Przy czym, aby taką funkcję pełnić p. (...) musiałby uzyskać stosowny wpis na właściwą okręgową listę inżynierów budownictwa prowadzoną przez właściwą Okręgową Izbę Inżynierów Budownictwa. Zgodnie z procedurą określoną w art. 20a ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa taka „właściwa izba” to Izba właściwa z uwagi na położenie inwestycji – zgodnie z art. 20a ust. 4 ww. ustawy: (...)

5.5 Zważywszy, że inwestycja objęta zamówieniem będzie realizowana na terenie województwa śląskiego, to p. J. (...) winien posiadać stosowny wpis na listę inżynierów prowadzoną przez Śląską Okręgową Izbę Inżynierów Budownictwa. (...)

5.6 Z informacji przekazanych przez Śląską Okręgową Izbę Inżynierów Budownictwa wynika jednak, że Pan J. (...) nigdy nie był i nie jest zarejestrowany jako członek tej izby. (...)

5.8 Wykonawca powołując się na doświadczenie Pana J. (...) wprowadził zatem Zamawiającego w błąd, wskazując, że osoba ta spełnia warunek udziału w Postępowaniu z pkt 8.6.2 poz. 5 IDW. (...).

5.9 (...) Wykonawca nie spełnił warunku udziału w Postępowaniu (...) Zamawiający powinien zatem wezwać Wykonawcę na podstawie art. 128 ust. 1 lub 4 PZP do złożenia stosownych wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów (...)

W związku z tym odwołujący PORR wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ZUE S.A.,
- 2) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert,
- 3) wykluczenia ww. wykonawcy i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit a) ustawy Pzp,
- 4) albo - wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt. 8.6.1 lit. b) oraz pkt 8.6.2 poz. 5 IDW lub złożenia wyjaśnień w zakresie pkt. 8.6.2 poz. 5 IDW.

Pismami z dnia 11 i 13.01.2023 r. następujący wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego:

- 1) wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 57/23 po stronie odwołującego,
- 2) wykonawca TORPOL S.A., ul. Św. Michała 43, 61-119 Poznań, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 60/23 po stronie odwołującego,
- 3) wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa oraz Trakcja System sp. z o.o., Al. Lipowa 3, 53-124 Wrocław, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 57/23 i KIO 60/23 po stronie zamawiającego,
- 4) wykonawca ZUE S.A., ul. Kazimierza Czapińskiego 3, 30-048 Kraków, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 57/23, KIO 60/23 i KIO 85/23 po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła, że wszystkie przystąpienia zostały dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 19.01.2023 r. zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, w których wniósł o ich oddalenie.

Pismem z dnia 19.01.2023 r. również przystępujący ZUE ustosunkował się do treści wszystkich trzech odwołań, wnosząc o ich oddalenie.

W trakcie rozprawy odwołujący PORR oświadczył, że cofa zarzut dotyczący spełnienia warunku w zakresie uprawnień Kierownika robót sterowania ruchem kolejowym. Postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 85/23 podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

W pozostałym zakresie strony i przystępujący w trakcie rozprawy podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Zgodnie z pkt 2.1. IDW w specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”), zakresem podstawowym zamówienia jest realizacja robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych, systemu dynamicznej informacji podróżnych oraz systemu monitoringu wizualnego na odcinku Będzin - Katowice Szopienice Południowe. Przy czym:

- Część A obejmowała realizację robót budowlanych w zakresie: układu torowego wraz z odwodnieniem, obiektów inżynierskich, budynków, małej architektury i peronów, ekranów akustycznych, układu drogowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą, sieci trakcyjnej, sieci elektroenergetycznych, SDIP, SMW, kolizji i przyłączy elektroenergetycznych, wod-kan i gaz, przebudowy odcinków linii tramwajowych w bezpośrednim sąsiedztwie wiaduktów kolejowych, modernizacji zaplecza Specjalnego pociągu Ratunkowego w st. Sosnowiec Główny i realizacji robót polegających na budowie obiektów służących ochronie środowiska, a także sporządzenie dokumentacji powykonawczej.

- Część B obejmowała wykonanie projektu wykonawczego i realizację robót budowlanych dla branży SRK.

Zgodnie z pkt 2.2. IDW Część C obejmowała:

- Opcję 1 - świadczenie usług pogwarancyjnych dla branży SRK po upływie okresu gwarancji,
- Opcję 2 - wykonanie dodatkowego zakresu robót polegających na gotowości i realizacji współpracy z innymi wykonawcami realizującymi w przyszłości roboty budowlane, dostawy lub usługi na rzecz zamawiającego, które wymagają powiązania z urządzeniami zabudowanymi w ramach niniejszego postępowania przetargowego.

W pkt 1.3. ppkt 23 IDW wskazano, że użyte w SWZ terminy mają następujące znaczenie: „Zakres podstawowy” – Realizacja robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych, systemu dynamicznej informacji podróżnych na odcinku Będzin - Katowice Szopienice Południowe.

W Tomie III SWZ, w Części B – PFU, w rozdziale 2 pn. „Ogólny opis przedmiotu zamówienia”, w pkt 4 wskazano, że zamówienie składa się z następujących zakresów stanowiących Zakres podstawowy zamówienia:

- 1) Wykonanie dokumentacji projektowej niezbędnej do prawidłowego wykonania wszystkich robót budowlanych i uzyskania dla niej wszystkich wymaganych opinii, uzgodnień, dopuszczeń, warunków, decyzji i pozwoleń niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia;
- 2) Wykonanie wszystkich robót budowlanych zgodnie z zakresem zamówienia na podstawie opracowanej przez Wykonawcę i zaakceptowanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej, o której mowa w ppkt 1, oraz wszystkich robót przygotowawczych niezbędnych do wykonania powierzonego zamówienia oraz wykonania wszelkich czynności wymaganych Prawem;

3) Świadczenie Usług gwarancyjnych dla wszystkich dostarczonych w ramach niniejszego zamówienia Systemów oraz realizację Warunków Gwarancji dla pozostałych zrealizowanych Robót.

oraz obejmuje Prawo Opcji 1 i Prawo Opcji 2, w zakresie:

a. Prawo Opcji nr 1 - Świadczenie Usług pogwarancyjnych dla dostarczonych w ramach niniejszego zamówienia Systemów, wskazanych w pkt 3.

b. Prawo Opcji nr 2 - w zakresie robót określonym PFU w Rozdziale nr 7 „Przewidywany zakres zmian w zakresie interfejsów”, które będzie realizowane niezależnie od podziału Kontraktu na Etapy, w terminach wskazanych przez Zamawiającego jednak nie krótszych niż 6m-cy od daty złożenia żądania przez Zamawiającego oraz nie dłuższych niż zakończenia niniejszego Kontraktu.

Wykonawcy musieli wypełnić następującą tabelę Podsumowania przedmiarów i RCO:

I.p.	Część	Czynniki składowe sumy	Kwota
1	A	Kwota sumaryczna przedmiarów dla części "buduj"	
2	B	Kwota sumaryczna dla RCO branży SRK, CSDIP i SMW	
3		Kwota sumaryczna dla RCO branży Telekomunikacji	
4	C	Kwota sumaryczna dla RCO dla opcji nr 1	
5		Kwota sumaryczna dla RCO dla opcji nr 2	
6		Kwota warunkowa	131 116 421,67
7		Kwota za zastępczą komunikację autobusową	10 000 000,00
SUMA			

W pkt 12.8. IDW zamawiający wskazał:

12.8 Sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej pkt. A.O.2 Opracowanie projektów wykonawczych i powykonawczych oraz dokumentacji eksploatacyjnej nie może przekroczyć 3% wartości sumy pozycji od A.1.1 do A.4.7.RCO. Sumaryczna wartość opcji nr 1 nie może być niższa niż 1% i nie może być wyższa niż 9% wartości netto zakresu podstawowego.

W pkt 8.1. IDW zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy m.in. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

W pkt 8.6.1. ppkt b) IDW zamawiający wymagał wykazania przez wykonawców, że w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), zrealizowali roboty budowlane wykonane w ramach nie więcej niż 5 umów polegające na wzmocnieniu podtorza kolejowego na stacji i na szlakach geosyntetykami o łącznej powierzchni co najmniej 20 000 m², kolumnami przemieszczeniowymi z głowicą kruszywową lub kolumnami DSM lub jet grouting lub kolumnami żwirowo-betonowymi lub żwirowymi o łącznej długości co najmniej 5000mb.

Odwołujący TORPOL złożył następujące Podsumowanie przedmiarów i RCO:

I.p.	Część	Czynniki składowe sumy	kwota
1	A	Kwota sumaryczna przedmiarów dla części "buduj"	1 076 084 909,65
2	B	Kwota sumaryczna dla RCO branży SRK, CSDIP i SMW	163 743 228,75
3		Kwota sumaryczna dla RCO branży Telekomunikacji	23 900 863,20
4	C	Kwota sumaryczna dla RCO dla opcji nr 1	12 444 300,00
5		Kwota sumaryczna dla RCO dla opcji nr 2	1 879 500,00
6		Kwota warunkowa	131 116 421,67
7		Kwota za zastępczą komunikację autobusową	10 000 000,00
SUMA			1 419 169 223,27

Odwołujący INTERCOR złożył następujące Podsumowanie przedmiarów i RCO:

I.p.	Część	Czynniki składowe sumy	kwota
1	A	Kwota sumaryczna przedmiarów dla części "buduj"	933 603 003,66
2	B	Kwota sumaryczna dla RCO branży SRK, CSDIP i SMW	154 387 422,42
3		Kwota sumaryczna dla RCO branży Telekomunikacji	24 845 605,13
4	C	Kwota sumaryczna dla RCO dla opcji nr 1	8 271 184,32
5		Kwota sumaryczna dla RCO dla opcji nr 2	4 569 753,46
6		Kwota warunkowa	131 116 421,67
7		Kwota za zastępczą komunikację autobusową	10 000 000,00
SUMA			1 266 793 390,66

Pismami z dnia 12.08.2022 r. zamawiający zaprosił do aukcji elektronicznej czterech wykonawców, z pominięciem m.in. odwołującego TORPOL i odwołującego INTERCOR.

Pismami z dnia 22.08.2022 r. odwołujący TORPOL i INTERCOR w związku z powyższą informacją o niezaproszeniu ich do aukcji elektronicznej oraz nieformalnie uzyskaną informacją co do przyczyn odrzucenia ich ofert, przedstawili zamawiającemu swoje stanowiska w tej sprawie, dotyczące także interpretacji pkt 12.8. IDW o treści: „sumaryczna wartość opcji nr 1 nie może być niższa niż 1% i nie może być wyższa niż 9% wartości netto zakresu podstawowego”.

Aukcja elektroniczna została przeprowadzona w dniu 29.09.2022 r.

Pismem z dnia 31.10.2022 r. zamawiający, na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego ZUE do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Przystępujący ZUE złożył m.in. wykaz robót, w którym na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie wzmocnienia podtorza kolejowego na stacji i na szlakach za pomocą kolumn przemieszczeniowych z głowicą kruszywową o łącznej długości co najmniej 5 000mb (stacja i szlak), wskazał inwestycję pn. „Wykonanie robót budowlanych w obszarze LCS Kutno – odcinek Żychlin – Barłogi w ramach projektu pn.: Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa – Poznań- pozostałe roboty, odcinek Sochaczew – Swarzędz”.

Pismem z dnia 09.12.2022 r. zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień wskazując, że: *„Wykonawca w przedłożonym wykazie robót w zakresie potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu (pkt 8.6.1.b) IDW na zadaniu pn.: Wykonanie robót budowlanych w obszarze LCS Kutno – odcinek Żychlin – Barłogi w ramach projektu pn.: „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Warszawa – Poznań- pozostałe roboty, odcinek Sochaczew – Swarzędz” wskazał, że wykonał roboty budowlane polegające na wzmocnieniu podtorza kolejowego na stacji i szlakach – za pomocą kolumn przemieszczeniowych z głowicą kruszywową o łącznej długości co najmniej 5 000 mb (stacja i szlak). Natomiast z załączonego Protokołu odbioru eksploatacyjnego wynika, że wykonano wzmocnienie podtorza w technologii przemieszczeniowych kolumn betonowych. (...) Z posiadanych informacji przez Zamawiającego wynika, że na wskazanym przez Wykonawcę zadaniu, zastosowano kolumny przemieszczeniowe z głowicą betonową a nie kruszywową. Proszę o wyjaśnienie rozbieżności oraz wskazanie, które zadanie potwierdza w/w warunek i w jakim zakresie wzmocnienia”.*

Pismem z dnia 13.12.2022 r. przystępujący ZUE potwierdził, że w ramach ww. zamówienia wykonano wzmocnienie podtorza kolejowego z zastosowaniem betonowych kolumn przemieszczeniowych z głowicą kruszywową i złożył w tym zakresie wyjaśnienia.

Pismem z dnia 30.12.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego ZUE S.A., a także o odrzuceniu ofert m.in. odwołującego TORPOL oraz odwołującego INTERCOR. Obie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a w uzasadnieniu zamawiający powołał się na treść pkt 12.8. SWZ oraz na to, że wartość Opcji nr 1 w obu ofertach jest niższa od wartości 1% zakresu podstawowego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez nich szkody z uwagi na kwestionowane czynności i zaniechania zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

W szczególności Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego PORR, zgodnie z którym odwołania wniesione przez odwołujących TORPOL i INTERCOR podlegają odrzuceniu jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Faktycznie ww. odwołujący w dniu 22.08.2022 r. skierowali do zamawiającego pisma, w których w związku z nieformalnie powziętą informacją o niezaprośzeniu ich do aukcji elektronicznej i o przyczynach odrzucenia ich ofert, przedstawili zamawiającemu swoje stanowiska w tej sprawie. Nie oznacza to jednak, że w związku z tak nieformalnie uzyskaną informacją, wykonawcy ci mogli złożyć odwołania w celu zakwestionowania podstaw odrzucenia ich ofert.

Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 232 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, natomiast zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Z ww. przepisów wynika zatem, że z jednej strony zamawiający podejmuje decyzję o odrzuceniu ofert przed zaproszeniem do aukcji elektronicznej, ale z drugiej informuje wykonawców o odrzuceniu ich ofert i o powodach odrzucenia dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty. Tym samym wykonawca, który nie

został zaproszony do aukcji elektronicznej, nawet jeśli samodzielnie poweźmie informację o przeprowadzeniu tej aukcji i na tej podstawie zorientuje się, że jego oferta musiała zostać odrzucona, nadal – do czasu wyboru najkorzystniejszej oferty – nie zna powodów jej odrzucenia. Jednocześnie pamiętać należy, że zgodnie z art. 516 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie zawiera m.in.:

7) wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy;

8) zwięzłe przedstawienie zarzutów;

9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania;

10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

Bez znajomości powodów odrzucenia swojej oferty, wykonawca nie ma możliwości skutecznego zakwestionowania tego odrzucenia poprzez wskazanie choćby zarzutów i niezgodności czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, a nie może też zarzucić zamawiającemu zaniechania poinformowania go o powodach odrzucenia, gdyż – jak wskazano już wyżej – obowiązek ten materializuje się po stronie zamawiającego dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty.

W przedmiotowej sprawie obaj odwołujący dowiedzieli się, inną drogą niż poprzez formalne zawiadomienie przez zamawiającego, o aukcji elektronicznej i prawdopodobnych przyczynach niezaproszenia ich do tej aukcji (które później potwierdziły się w piśmie z dnia 30.12.2022 r. informującym o wyborze najkorzystniejszej oferty), niemniej jednak nie zmienia to faktu, że w sierpniu i wrześniu 2022 r. nie dysponowali jednoznacznymi informacjami co do podstaw odrzucenia ich ofert. W tamtym okresie obaj odwołujący opierali się jedynie na domysłach, które z racji swojego charakteru, nie mogły stanowić podstawy wniesienia odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że termin na wniesienie ww. odwołań nie może być liczony od dnia, w którym odwołujący dowiedzieli się o niezaproszeniu ich do aukcji elektronicznej, i co za tym idzie – o prawdopodobnym odrzuceniu ich ofert, skoro jednocześnie nie znali powodów odrzucenia tych ofert, a zatem nie mogli skutecznie zakwestionować w tym zakresie czynności zamawiającego. Podstawy prawne i faktyczne odrzucenia ich ofert odwołujący poznali dopiero w dniu 30.12.2022 r., tj. wraz z otrzymaniem pisma informującego o wyborze najkorzystniejszej oferty i ofertach odrzuconych i dopiero od tego dnia biegł termin na wniesienie przez nich odwołań. Termin ten został dotrzymany, dlatego też Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołań w sprawach KIO 57/23 i KIO 60/23 w oparciu o art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do wskazanego przez przystępującego PORR wyroku w sprawie KIO 1906/22 z dnia 09.08.2022 r., należy podkreślić, że stan faktyczny będący przedmiotem oceny Izby w tamtym postępowaniu odwoławczym nie był tożsamy z sytuacją zaistniałą w przedmiotowej sprawie. Wyrok KIO 1906/22 dotyczył bowiem sytuacji, w której odwołujący wniósł odwołanie w terminie liczonym od wyboru najkorzystniejszej oferty na zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty innego wybranego wykonawcy. Należy zwrócić uwagę, że wybrany wykonawca został uprzednio zaproszony do aukcji elektronicznej, co oznaczało, że zamawiający nie odrzucił jego oferty. Zatem odwołujący ze sprawy KIO 1906/22 mógł powziąć informacje o zaproszeniu wybranego wykonawcy do aukcji elektronicznej, a co za tym idzie – o braku odrzucenia jego oferty i ewentualnych, znanych sobie, powodach odrzucenia tej oferty. Tym samym, w przypadku zaistniałym w sprawie KIO 1906/22 (odmiennym od przedmiotowej sprawy) odwołujący w terminie biegnącym od dnia zaproszenia do aukcji elektronicznej (art. 515 ust. 3 ustawy Pzp) mógł wnieść odwołanie, gdyż powinien już w tym terminie dysponować wiedzą o zaniechaniu odrzucenia oferty wybranego wykonawcy oraz o zaistniałych podstawach do odrzucenia tej oferty. Te właśnie czynniki, tj. kwestionowanie w odwołaniu odrzucenia własnej, a nie zaniechania odrzucenia innej oferty i związany z tym stan wiedzy odwołujących w okresie prowadzenia aukcji elektronicznej i przed wyborem najkorzystniejszej oferty, stanowi różnicę między sytuacją zaistniałą w przedmiotowej sprawie, a przypadkiem zaistniałym w sprawie KIO 1906/22 (por. KIO 3032/22 z dnia 28.11.2022 r.). Dlatego też Izba uznała, że w przedmiotowej sprawie odwołania odwołujących TORPOL i INTERCOR nie są spóźnione, gdyż - w odróżnieniu od stanu faktycznego w sprawie KIO 1906/22 - przed wyborem najkorzystniejszej oferty nie znali oni powodów odrzucenia swoich własnych ofert (jedynie się ich domyślali). W konsekwencji, odwołujący w sprawach KIO 57/23 i KIO 60/23 nie mieli możliwości skutecznego wniesienia odwołań w terminie biegnącym od powzięcia wiadomości o aukcji elektronicznej, zatem nie zachodzi podstawa do odrzucenia ww. odwołań w oparciu o art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołania KIO 57/23 i KIO 60/23.

Istotą sporu w sprawie dotyczącej odrzucenia ofert odwołujących TORPOL i INTERCOR jest sposób rozumienia zawartego w pkt 12.8. IDW sformułowania „zakres podstawowy”. Odwołujący rozumieli ww. sformułowanie jako odnoszące się tylko do Części B przedmiotu zamówienia, wskutek czego wskazali w RCO wartość Opcji nr 1 liczoną od wartości Części B, natomiast zamawiający twierdzi, że „zakres podstawowy” obejmuje Część A i Część B przedmiotu zamówienia, co oznacza, że oferty odwołujących podlegają odrzuceniu jako zawierające błąd w obliczeniu ceny.

W pierwszej kolejności należy zatem wskazać, że przedmiot zamówienia obejmował: Część A polegającą na realizacji robót budowlanych w oparciu o dokumentację dostarczoną przez zamawiającego, Część B polegającą na sporządzeniu dokumentacji projektowej i realizacji robót budowlanych dla branży SRK, Opcję nr 1 dotyczącą usług pogwarancyjnych dla SRK oraz Opcję nr 2 dotyczącą robót dodatkowych.

W związku z powyższym należy zauważyć, że sformułowanie „zakres podstawowy”, poza pkt 12.8., pojawia się też m.in. w następujących postanowieniach SWZ:

1) pkt 1.3. ppkt 23 IDW, gdzie wskazano definicję: „Zakres podstawowy” – Realizacja robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych, systemu dynamicznej informacji podróżnych na odcinku Będzin - Katowice Szopienice Południowe,

2) pkt 2.1. IDW: Zakres podstawowy:

Realizacja robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych, systemu dynamicznej informacji podróżnych oraz systemu monitoringu wizualnego na odcinku Będzin - Katowice Szopienice Południowe.

Część A

2.1.1. Realizacji robót budowlanych w zakresach: (...)

2.1.2. Dokumentacji powykonawczej, w tym: (...)

2.1.3. Przeprowadzenie procesu oceny zgodności podsystemów strukturalnych w zakresie objętym zamówieniem na każdym etapie (projektowania, budowy i końcowych prób podsystemu) i przekazanie odpowiednich deklaracji weryfikacji WE i certyfikatów weryfikacji WE dla podsystemów.

2.1.4. Przeprowadzenie procesu i pozyskanie w imieniu Zamawiającego zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemów strukturalnych Infrastruktura, Energia i Sterowanie – urządzenia przytorowe 2.1. Zakres podstawowy:

Część B

2.1.5. Wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych dla branży SRK w tym CSDIP i SMW; (...)

2.1.6. Dokumentacji powykonawczej, w tym: (...)

2.1.7. Przeprowadzenie procesu oceny zgodności podsystemów strukturalnych w zakresie objętym zamówieniem na każdym etapie (projektowania, budowy i końcowych prób podsystemu) i przekazanie odpowiednich deklaracji weryfikacji WE i certyfikatów weryfikacji WE dla podsystemów.

2.1.8. Przeprowadzenie procesu i pozyskanie w imieniu Zmawiającego zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemów strukturalnych Infrastruktura, Energia i Sterowanie – urządzenia przytorowe 2.1..Zakres podstawowy:

3) pkt 21.8. IDW: W celu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający przyjmuje następujące kryteria: (...) Całkowita cena brutto za całość przedmiotu zamówienia tj. zakres podstawowy, opcję nr 1 i opcję nr 2.

4) pkt 22.11. IDW: W toku aukcji elektronicznej kryterium licytowanym będzie Całkowita cena brutto, z zastrzeżeniem, że podczas aukcji Wykonawca składa postąpienia w rozbiu na cenę za Zakres podstawowy, Opcję nr 1 oraz Opcję nr 2 i te wartości Zamawiający uważa za wiążące. W trakcie aukcji elektronicznej na Konsoli obserwatora widoczne będą trzy pozycje, tj. cena brutto za Zakres podstawowy, cena brutto za Opcję nr 1 oraz cena brutto za Opcję nr 2. Wykonawca może dokonywać postąpień w jednej, dwóch lub wszystkich trzech pozycjach. Zamawiający ustala wysokość minimalnego postąpienia na:

- Zakres podstawowy – 4.000.000,00 (cztery miliony 00/100) PLN brutto;

- Opcja nr 1 – 60.000,00 (sześćdziesiąt tysięcy 00/100) PLN brutto;

- Opcja nr 2 – 15.000,00 (piętnaście tysięcy 00/100) PLN brutto.

5) § 3 Warunków Umowy: Zamawiający niniejszym uzgadnia z Wykonawcą, że zapłaci mu za wykonanie przedmiotu zamówienia Zaakceptowaną Kwotę Kontraktową PLN (słownie:PLN), na którą składają się:

1. Zakres podstawowy zamówienia, o wartości Robót netto PLN (słownie: PLN),

w tym:

w zakresie części A, wartość robót nettoPLN

(słownie: PLN)

w zakresie części B, wartość robót netto:PLN

(słownie: PLN)

Treść przytoczonych postanowień SWZ prowadzi do wniosku, że używając sformułowania „zakres podstawowy” zamawiający każdorazowo odnosił je do części A i części B przedmiotu zamówienia. Powyższe wynika choćby z definicji zawartej w pkt 1.3. ppkt 23 IDW oraz z pkt 2.1. IDW, gdzie jako zakres podstawowy wskazano realizację robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizację robót budowlanych, czyli zakresy Części A i B, jak też z § 3 Warunków Umowy, gdzie jednoznacznie wskazano obie te części jako składające się na zakres podstawowy. W świetle tego, co składa się na całość

przedmiotu zamówienia, również postanowienia dotyczące ceny jako jednego z kryteriów oceny ofert, czy aukcji elektronicznej, poprzez podział na zakres podstawowy, Opcję nr 1 i Opcję nr 2, wskazują, że po wyłączeniu obu opcji, pod pojęciem „zakres podstawowy” nie może się kryć nic innego, jak tylko Część A i Część B przedmiotu zamówienia.

Nie można się jednocześnie zgodzić się z argumentacją odwołujących powołujących się na treść pkt 4 w rozdziale 2 Tomu III SWZ Część B – PFU, ponieważ PFU z istoty rzeczy może odnosić się w niniejszym postępowaniu tylko do Części B przedmiotu zamówienia, gdyż tylko Część B obejmuje wykonanie dokumentacji projektowej. Pojęcie „zakresu podstawowego” zawarte w PFU znajduje zatem zastosowanie wyłącznie do Części B, natomiast nie może być stosowane w odniesieniu do innych dokumentów dotyczących całości zamówienia, w tym do RCO.

Izba nie podzieliła także stanowiska, zgodnie z którym treść SWZ nie jest jasna, bo w pkt 1.3 ppkt 23 IDW zamawiający napisał „Zakres podstawowy” z wielkiej litery, a w niektórych postanowieniach SWZ używa małej litery. Rzeczywiście zamawiający nie jest konsekwentny w używaniu wielkich i małych liter w stosunku do ww. sformułowania, niemniej jednak właśnie użycie małej litery w takich postanowieniach SWZ, z których jasno wynika, że „zakres podstawowy” odnosi się do Części A i B (np. kryterium oceny ofert – pkt 21.8. IDW), przesądza o tym, że w niniejszym postępowaniu nie ma podstaw do różnicowania sposobu rozumienia ww. pojęcia w zależności od wielkości użytej litery.

Ponadto stanowiska odwołujących nie potwierdza sposób skonstruowania rozdziału 12 SWZ, ani fakt, że Opcja nr 1 dotycząca usług pogwarancyjnych dla SRK jest związana z Częścią B obejmującą roboty z branży SRK. Jakkolwiek można zrozumieć, że dla odwołujących logiczne byłoby powiązanie ograniczenia procentowego wartości Opcji nr 1 z wartością Części B z uwagi na ich związek przedmiotowy, to jednak nie można zakładać, że zamawiający kierował się w tym zakresie takimi samymi założeniami. W świetle innych, choćby wyżej wskazanych, postanowień SWZ nie zachodziła zatem podstawa do przyjęcia, że „zakres podstawowy”, o którym mowa w pkt 12.8., obejmuje tylko Część B. Ponadto, rzeczywiście nad pkt 12.6. SWZ znajduje się tytuł: „W zakresie obliczenia części ryczałtowej wynagrodzenia”, ale treść wszystkich znajdujących się pod nim punktów, tj. 12.6. – 12.11., wyklucza możliwość, aby mogły być w nich uregulowane zasady dotyczące wyłącznie Części B. Przykładowo treść pkt 12.7., czy pkt 12.10.:

„12.7 Wykonawca musi dołączyć do oferty wypełnione Rozbicie Ceny Ofertowej („RCO”). Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje Rozbicia Ceny Ofertowej, gdzie zarówno ceny jednostkowe, jak i cena za daną pozycję jest podana z matematycznym zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku i jest różna od zera.”

„12.10 Ceną oferty jest suma wartości wszystkich pozycji podanych w wypełnionym Przedmiarze Robót i wypełnionym Rozbiciu Ceny Ofertowej, powiększona o ustaloną przez Zamawiającego Kwotę Warunkową, oraz kwotę Kosztów Komunikacji Zastępczej oraz podatek VAT.”

w świetle ww. tytułu, świadczy raczej o braku staranności zamawiającego w przygotowaniu SWZ, nie zaś o tym, że wymóg z pkt 12.8. odnosił się tylko do części ryczałtowej, czyli do Części B przedmiotu zamówienia.

Dla wykładni pojęcia „zakres podstawowy” nie mają też znaczenia postanowienia SWZ stosowane w innych postępowaniach prowadzonych przez tego samego zamawiającego. Wykonawcy (jak i zamawiający) są bowiem związani treścią dokumentów zamówienia obowiązujących w konkretnym postępowaniu i przy zachowaniu należytej staranności powinni dostrzegać różnice między dokumentami przewidzianymi w różnych, nawet podobnych postępowaniach.

Wobec powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że mimo braku dochowania przez zamawiającego należytej staranności w sporządzeniu dokumentów zamówienia, treść tych dokumentów była wystarczająco jasna do tego, by ustalić, że pojęcie „zakres podstawowy” dotyczy dwóch części przedmiotu zamówienia, tj. Części A i Części B. Pięciu spośród siedmiu wykonawców uczestniczących w postępowaniu (oferta spółki Strabag została odrzucona z innego powodu niż oferty odwołujących) przypisało zresztą „zakres podstawowy” właśnie do Części A i B przedmiotu zamówienia. Izba nie stwierdziła zatem, aby postanowienia SWZ w ww. zakresie były niejednoznaczne i wymagały dokonywania ich interpretacji na korzyść odwołujących.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że odwołujący niezasadnie przyjęli, że „zakres podstawowy”, o którym mowa w pkt 12.8. SWZ odnosił się tylko do Części B przedmiotu zamówienia, a w efekcie - niezasadnie obliczyli w RCO wartość Opcji nr 1 od wartości Części B, co spowodowało, że wartość ta była niższa niż wskazana w pkt 12.8. IDW. W tym stanie rzeczy zamawiający był zobligowany do odrzucenia ich ofert.

Odrębną kwestią jest podana przez zamawiającego podstawa prawna odrzucenia ofert, tj. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp dotyczący błędu w obliczeniu ceny. W ocenie Izby właściwą podstawą prawną byłby art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczący niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Niemniej jednak wobec prawidłowo wskazanej przez zamawiającego podstawy faktycznej odrzucenia, wadliwe podanie podstawy prawnej nie ma znaczenia dla oceny zasadności czynności zamawiającego, jak też nie narusza art. 16 ustawy Pzp, gdyż nie uniemożliwiło odwołującym skorzystania ze środków ochrony prawnej,

w tym skutecznego sformułowania zarzutów i żądań w odwołaniu. Uwzględnienie odwołań i nakazywanie zamawiającemu powtórzenia czynności odrzucenia obu ofert z podaniem jedynie innej podstawy prawnej, byłoby niecelowe z punktu widzenia wyniku postępowania o udzielenie zamówienia.

W świetle wszystkich powyższych ustaleń, Izba oddaliła odwołania o sygn. akt KIO 57/23 i KIO 60/23.

Odwołanie KIO 85/23.

Odwołujący PORR zarzucił zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego ZUE, który zdaniem odwołującego, nie wykazał warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, tj. nie wykazał, że wykonywał roboty wzmocnienia podtorza z wykorzystaniem kolumn betonowych z głowicą kruszywową.

Przystępujący ZUE wyjaśnił na rozprawie, że w dokumentach zamówienia (pkt 6.7. i 8 projektu wykonawczego) została dopuszczona metoda wzmocnienia podtorza przewidująca m.in. ścięcie głowicy kolumny i mieszanie materiału głowic żwirowych (kruszywowych) z materiałem platformy roboczej i taka właśnie metoda została wykorzystana przez przystępującego w zadaniu referencyjnym wskazanym w wykazie robót na potwierdzenie spełnienia warunku. Dalej przystępujący ZUE wyjaśnił, że przy zastosowaniu tego rozwiązania w platformie roboczej robi się dziurę, aby postawić kolumnę betonową, następnie wprowadza się tę kolumnę i w powstałej wyrwie usypuje się głowicę kruszywową. Istotne przy tym jest to, że wprawdzie po ścięciu głowicy trzeba ją wyrównać betonem, ale na tym miejscu posadowiona zostaje głowica kruszywowa. Jednocześnie przystępujący ZUE wyjaśnił, że przy zastosowaniu ww. metody głowica kruszywowa znajduje się w tym samym miejscu, co platforma robocza i jest wykonana z tego samego materiału, dlatego na rysunku przedstawionym przez odwołującego nie widać wyodrębnienia tych dwóch elementów.

Izba ustaliła, że analogiczną argumentację przystępujący przedstawił w wyjaśnieniach z dnia 13.12.2022 r.: „(...) Głowice kruszywowe znajdowały się w obrębie projektowej platformy roboczej o grubości minimum 10 cm. Chociaż nie były one wyszczególnione w projekcie jako element z nazwy, głowice realizowane były poprzez ścinanie kolumny znacznie niżej poziomu góry platformy (o większej miąższości niż wymagane minimum), i wypełniane kruszywem oraz zagęszczane, dokładnie w ten sam sposób, jaki jest dopuszczony w bieżącym postępowaniu (...)”.

Argumentację przystępującego potwierdzają także dowody dołączone przez niego do pisma procesowego z dnia 19.12.2022 r.:

- oświadczenie kierownika robót torowych: „wzmocnienie podłoża zostało zrealizowane w ten sposób, że w zakresie ww. prac wykonane zostały kolumny przemieszczeniowe, które zostały zgodnie z przyjętą technologią ścięte, a następnie przestrzeń pomiędzy warstwą transmisyjną, a kolumną przemieszczeniową została uzupełniona kruszywem tworząc w ten sposób głowicę kruszywową”,
- oświadczenie kierownika budowy: „wzmocnienie podłoża zostało zrealizowane w ten sposób, że w zakresie ww. prac wykonane zostały kolumny przemieszczeniowe, które zostały zgodnie z przyjętą technologią ścięte za pomocą koparki z łyżką o gładkiej krawędzi (bezzębna), na głębokość nie mniejszą niż 10 cm poniżej góry platformy roboczej a następnie przestrzeń po urobku została uzupełniona kruszywem o uziarnieniu od 0 - 31,5 mm tworząc w ten sposób głowicę kruszywową.”
- oświadczenie projektanta: „wzmocnienie podłoża zostało zaprojektowane w ten sposób, że po wykonaniu kolumn przemieszczeniowych, następuje ich ścięcie przy pomocy koparki, a następnie przestrzeń pomiędzy warstwą transmisyjną, a kolumną przemieszczeniową ma zostać uzupełniona kruszywem, tworząc w ten sposób głowicę kruszywową; w dokumentacji projektowej, o której mowa powyżej, nie było konieczności wyszczególnienia/wyodrębnienia w sposób graficzny głowic kruszowych przy poszczególnych kolumnach z racji tego, iż głowica została wykonana z tego samego materiału co platforma robocza tj. z kruszywa 0-31,5 mm i wymaganym wtórnym module odkształcenia $E_2 \geq 40$ MPa.”
- wyciąg z projektu zamiennego zadania referencyjnego, gdzie przewidziano wykorzystanie metody ze ścięciem betonowych kolumn przemieszczeniowych.

Ww. dowody, w ocenie Izby, potwierdzają, że przystępujący wykonał zadanie referencyjne z wykorzystaniem betonowych kolumn przemieszczeniowych z głowicą kruszywową. Zarzuty odwołującego są zatem niezasadne i wynikają prawdopodobnie z tego, że odwołujący nie przewidział możliwości zastosowania przez przystępującego wyżej wskazanej metody wzmocnienia podtorza kolejowego.

Jednocześnie Izba uznała za niewiarygodne dowody złożone przez odwołującego, tj.:

- wyciągi z dokumentacji projektowej dla zadania referencyjnego, ponieważ z wyjaśnień i dowodów złożonych przez przystępującego wynika, dlaczego na rysunkach nie jest widoczna wyodrębniona głowica kruszywowa, zatem wyciągi z ww. dokumentacji nie mogą potwierdzać zarzutów odwołania, a jednocześnie ww. dowody przystępującego potwierdzają użycie takiej głowicy,

- opinię inżynierów z Politechniki Gdańskiej, ponieważ jest to opinia prywatna sporządzona na rzecz odwołującego, a ponadto z jej treści wynika, że autorzy tejże opinii oparli swoje stanowisko przede wszystkim na braku widocznych głowic kruszywowych na rysunkach i w części opisowej wyciągów z dokumentacji zadania referencyjnego, podczas gdy, jak już wyżej wskazano, z wyjaśnień i ww. dowodów złożonych przez przystępującego wynika, dlaczego na tych rysunkach nie jest widoczna wyodrębniona głowica kruszywowa, a jednocześnie dowody te (przystępującego) potwierdzają użycie takiej głowicy.

Ponadto Izba nie uwzględniła w swojej analizie treści opinii technicznej złożonej przez przystępującego, ponieważ jest to opinia prywatna sporządzona na jego rzecz, a pozostałe dowody złożone przez przystępującego pozwoliły Izbie na ocenę zasadności zarzutów odwołania bez sięgania do tej opinii.

Izba oddaliła także wniosek odwołującego o powołanie biegłego, ponieważ w świetle dowodów przedstawionych przez przystępującego, uznała fakt wykonania wzmocnienia podtorza w zadaniu referencyjnym z użyciem betonowych kolumn przemieszczeniowych z głowicą kruszywową za potwierdzony, a tym samym dowód z biegłego skutkowałby jedynie zwłoką w prowadzeniu postępowania odwoławczego.

W świetle powyższego Izba stwierdziła, że przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w wykonaniu wzmocnienia podtorza z wykorzystaniem betonowych kolumn przemieszczeniowych z głowicą kruszywową. Tym samym nie potwierdziły się zarzuty dotyczące wprowadzenia zamawiającego w błąd w ww. zakresie, jak też ewentualnie zaniechania wezwania przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Dlatego odwołanie o sygn. akt KIO 85/23 zostało oddalone.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

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

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący

.....

.....