

WYROK

z dnia 8 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Marta Sioma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 marca 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego Transkol Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach oraz Infra Silesia S.A.**

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

przy udziale wykonawcy **Trakcja PRKiL S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego Transkol Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach oraz Infra Silesia S.A. z siedzibą w Rybniku i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego Transkol Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach oraz Infra Silesia S.A. z siedzibą w Rybniku, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego Transkol Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach oraz Infra Silesia S.A. z siedzibą w Rybniku na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 149 zł 00 gr (słownie: sto czterdzieści dziewięć złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z kosztami dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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:.....

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Wykonanie przebudowy sieci trakcyjnej wraz z robotami towarzyszącymi na odcinku Racibórz - Chałupki oraz przepustu w km 49,872 linii kolejowej 151 w ramach projektu inwestycyjnego pn.: Prace na linii kolejowej E-59 na odcinku Kędzierzyn Koźle - Chałupki (granica państwa)*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 grudnia 2018 r. pod numerem 2018/S 237 – 542266.

W dniu 18 lutego 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego Transkol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach oraz Infra Silesia Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu

naruszenie:

1.art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp:

a.poprzez jego zastosowanie w oparciu o nieuzasadnione przyjęcie, iż treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ” pomimo iż pojęcie „*sieci trakcyjnej*” nie obejmuje fundamentów pod konstrukcje wsporcze, w niniejszym przypadku wykonywanych metodą palowania, względnie na wypadek nieuwzględnienia argumentacji w tym zakresie,

b.poprzez przyjęcie, iż wskazanie w treści oferty, iż wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy kluczową część zamówienia wyznaczoną zgodnie z art. 36a ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do uznania oferty za złożoną niezgodnie z SIWZ, w sytuacji gdy oświadczenie złożone w formularzu ofertowym nie stanowi elementu konstytutywnego złożonej oferty, a dopuszczenie podwykonawcy do realizacji robót następuje na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, a Zamawiający uprawniony jest na etapie realizacji do odmowy wyrażenia zgody na wprowadzenie podwykonawcy.

2.art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 36a ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp poprzez sporządzenie SIWZ w sposób nieprecyzyjny, prowadzący do ograniczenia konkurencji, w tym w szczególności poprzez zawarcie w Pkt 23 Tom I SIWZ - Instrukcji dla Wykonawców nieprecyzyjnych postanowień wyznaczających zakres kluczowych części zamówienia, które osobiście obowiązany wykonać jest wykonawca, wynikające z posłużenia się ogólnikowym pojęciem „*budowy sieci trakcyjnej*” bez zamieszczenia odrębnej definicji tego pojęcia, zaś definicja pojęcia „*sieci trakcyjnej*” zamieszczona w Instrukcji użytkowania sieci trakcyjnej wskazuje, iż sieć obejmuje konstrukcje wsporcze, a nie zawiera wskazania fundamentów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu powtórnej czynności oceny ofert, w tym oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wskazywał, że odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp było nieuprawnione. Zamawiający zastrzegając obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia ograniczył się jedynie do terminu „*budowy sieci trakcyjnej*”, a palowanie (czynność, którą zgodnie z formularzem ofertowym Odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcy) w skład tak zdefiniowanej budowy nie wchodzi.

Odwołujący podkreślał, iż wskazanie w treści oferty zamiaru powierzenia podwykonawcy części robót składających się na przedmiot zamówienia, a polegających na wykonaniu palowania było prawidłowe i dopuszczalne na gruncie postanowień SIWZ. Palowanie nie jest elementem budowy sieci trakcyjnej. Jak wynika z definicji „*sieci trakcyjnej*” zawartej w instrukcji let- 2 z dnia 28.01.2014, wydanej przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., a także według definicji zawartej w leksykonie terminów kolejowych KOW, Warszawa 2011 pod nadzorem Rady Programowej, fundamenty dla konstrukcji wsporczych sieci trakcyjnej nie są elementami sieci trakcyjnej w rozumieniu tych definicji. Fundamenty te, w szczególności dla przedmiotowego projektu w formie pali prefabrykowanych stanowią posadowienie dla konstrukcji wsporczych, natomiast nie są ich integralną częścią. W zależności od warunków gruntowych, lokalizacji, wskazań projektanta, posadowienie może mieć różną formę i może być przedmiotem odrębnego zadania od samej budowy sieci. Wykonanie posadowień konstrukcji wsporczych - pali, przynależy, z punktu widzenia inżyniera, bardziej do branży klasycznego budownictwa. Palowanie również z powodu odrębnego nadzoru może być realizowane we wcześniejszym cyklu produkcyjnym.

Odwołujący podnosił, że w przywołanej instrukcji let- 2, tj. w § 30 widoczne jest wyraźne rozgraniczenie wymogów w zakresie „Konstrukcji wsporczych, odciągów i fundamentów”. Ma to znaczenie w szczególności gdy zestawia się treść tytułu § 30 z definicją zawartą w pkt 24) w której wskazano, iż częścią sieci trakcyjnej są konstrukcje wsporcze, nie wskazano zaś fundamentów. W złożonej ofercie Odwołujący zaznaczył, że wyłącznie roboty związane z wykonaniem posadowień konstrukcji wsporczych, a więc palowanie chce podzlecić podmiotowi, który posiada niezbędny sprzęt i odpowiednie doświadczenie do realizacji zadania. Cały pozostały zakres robót, zdefiniowany jako budowa sieci trakcyjnej (poza palowaniem), poczynawszy od przytwierdzenia konstrukcji wsporczych do głowic pali, po rozwieszenie sieci jezdnej i regulację sieci, Odwołujący będzie realizować siłami własnymi, tzn. przy użyciu własnego pociągu sieciowego, przy pomocy monterów sieci i uprawnionego nadzoru technicznego zatrudnionego na umowach o prace, w miarę potrzeb ze wsparciem własnych lokomotyw i maszyn dwudrogowych.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia zasad wyznaczania kluczowych części zamówienia Odwołujący wskazywał, iż zakres ten został wyznaczony wadliwie, bowiem jest on zbyt szeroki i prowadzi do ograniczenia

konkurencji, ponadto jest niejasny i nieprecyzyjny. Wyłączenie możliwości podwykonawstwa w zakresie palowania jest naruszeniem zasad wyznaczania zakresu kluczowych części zamówienia, gdyż nie sposób uznać, by powierzenie tych prac podwykonawcy mogło stanowić zagrożenie dla realizacji zamówienia, tak co do terminowości, jak i jakości. Zamawiający korzystając z uprawnienia do żądania osobistego spełnienia części świadczenia jest obowiązany do określenia dokładnie, jaka część objęta jest tym zastrzeżeniem. W ocenie Odwołującego nie można uznać, by wskazanie „budowa sieci trakcyjnej” stanowiło precyzyjne i wyczerpujące opisanie czynności w myśl art. 36a ustawy Pzp. Na ową „budowę” składa się cały szereg robót, by zaś mówić o prawidłowym sformułowaniu opisu części kluczowych zamówienia, poszczególne roboty winne zostać wyspecyfikowane, a takich postanowień SIWZ nie zawiera.

Odwołujący podkreślał także, że zawarte w treści formularza ofertowego oświadczenie o zamiarze powierzenia części zamówienia podwykonawcy nie stanowi elementu konstytutywnego oferty. Niewskazanie tego podmiotu nie rodzi dla wykonawcy jakichkolwiek negatywnych konsekwencji. Dopuszczenie podwykonawcy do realizacji części zamówienia oceniane jest zawsze w odniesieniu do danego zakresu i konkretnego podwykonawcy. Tym samym nawet wskazanie w ofercie zamiaru powierzenia kluczowej części zamówienia podwykonawcy nie może być oceniane w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jest to bowiem zamiar, a nie zobowiązanie rodzące się wskutek złożenia oferty przez wykonawcę i jej wyboru przez zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Trakcja PRKiL Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 4 marca 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 5 marca 2019 r.

Izba nie wzięła pod uwagę ani dokumentu przysłanego przez Przystępującego do sekretariatu Izby drogą mailową w dniu 7 marca 2019 r. o godz. 9:05 ani dokumentu przysłanego przez Zamawiającego do sekretariatu Izby drogą mailową w dniu 7 marca 2019 r. o godz. 11:33, tj. dokumentów przesłanych po zamknięciu rozprawy. Izba wskazuje, że uznaje przedkładanie Izbie pism procesowych przez strony po zamknięciu rozprawy za nieuprawnione. Zgodnie z art. 191 ustawy Pzp po zamknięciu rozprawy nie mogą być już składane żadne dalsze oświadczenia czy dowody.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego, Izba ustaliła, co następuje. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie przebudowy sieci trakcyjnej wraz z robotami towarzyszącymi na odcinku Racibórz - Chałupki oraz przepustu w km 49,872 linii kolejowej 151 w ramach projektu inwestycyjnego pn.: Prace na linii

kolejowej E-59 na odcinku Kędzierzyn Koźle - Chałupki (granica państwa) w formule zaprojektuj i wybuduj. Zgodnie z punktem 3.4.1. programu funkcjonalno-użytkowego, dalej „PFU”, pn. „Elektroenergetyka trakcyjna”, roboty w branży energetyki obejmują: 1) *Kompleksową przebudowę sieci trakcyjnej na odcinku Racibórz — Krzyżanowice w torze nr 1, w stacji Krzyżanowice nad torami w torze nr 1,2,4,6 oraz nad przejściami rozjazdowymi 1/2, 3/4, 12/13, 15/16 oraz na odcinku Krzyżanowice — Chałupki nad torem nr 1, 2* Zgodnie z punktem 3.4.1.1. PFU 3.4.1.1 pn. „Opis prac dotyczących sieci trakcyjnej”: Zakres robót związanych z przebudową sieci trakcyjnej obejmuje 1. *Kompleksową przebudowę sieci trakcyjnej na odcinkach: Racibórz — Krzyżanowice nad torem nr 1 od km 35,372 do km 44,282 sekcje nr: L517, L515, L513 L511, L509, L507, L505, L503. Krzyżanowice — Chałupki nad torem nr 1 od km 45, 137 do km 51, 900 sekcje nr: L537, L535, L533, L531, L529, L527. (LPN zabudowana na wspólnych) konstrukcjach wsporczych z siecią trakcyjną - przebudowa na zasadach usunięcia kolizji). Krzyżanowice — Chałupki nad torem nr 2 od km 45,303 do km 51, 808 sekcje nr: L536, L534, L532, L530, L528, L526. W stacji Krzyżanowice nad torami nr 1, 2, 4, 6 oraz nad przejściami rozjazdowymi nr: 1/2, 3/4, 12/13, 15/16 i rozjazdami nr 5, 11, 14 sekcje nr: L525a, L525, L524, L523, L522, L521, L520, L519, L518. W ramach tej części zadania należy między innymi: - przeprowadzić demontaż istniejącej sieci trakcyjnej nad torami i przejściami rozjazdowymi w/w (m.in. konstrukcji wsporczych wraz z osprzętem, fundamentów konstrukcji wsporczych wraz z głowicami, lin nośnych, drutów jezdnych profilowanych, wieszaków, połączeń elektrycznych, zasilaczy, odłączników, elementów sieci powrotnej itd.), zabudować nowe konstrukcje wsporcze sieci trakcyjnej na fundamentach prefabrykowanych palowych. Przy przebudowie sieci trakcyjnej należy na stycznych sekcjach wychodzących poza zakres kompleksowej przebudowy sieci trakcyjnej (w prześle naprężenia sekcje szlakowe/stacyjne) wymienić konstrukcje wsporcze wraz z osprzętem (słupy kotwowe: krzyżowy, przelotowy sekcji stycznej) a istniejącą linię nośną i drut jezdny profilowany (nieprzebudowywanych sekcji stacyjnych/szlakowych) zakotwić i przewiesić na nowe konstrukcje wsporcze.*

PFU w załączniku nr 3 w pkt 68 odsyła do Dokumentu Normatywnego 01-2-1/ET/2008 Fundamenty konstrukcji wsporczych sieci trakcyjnej let-112 (Załącznik do zarządzenia Nr 24/2009 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 5 października 2009 r. z późniejszymi zmianami), gdzie zgodnie z zawartą tam definicją „sieć trakcyjna” — jest napowietrznym odcinkiem elektrycznego obwodu zasilania pojazdów trakcyjnych w energię. Jest konstrukcją przestrzenną wywieszoną nad torami kolejowymi. Sieć jest zamocowana do konstrukcji wsporczych słupów stalowych lub żelbetonowych. Każda konstrukcja wsporcza posiada betonowy fundament, osadzony w gruncie. Fundamenty — ich wykonanie i montaż, udoskonalono w miarę rozwoju techniki budowlanej. W niniejszym dokumencie zawarte zostały wymagania techniczne i zakres badań dla fundamentów prefabrykowanych ustawianych w wykopach i fundamentów palowych wbijanych w grunt przy użyciu kufarów. Technologia mocowania konstrukcji wsporczych w fundamentach prefabrykowanych polega na wkładaniu słupa w otwór fundamentu i zasklepieniu mieszanką betonową, mocowanie zaś słupów do fundamentów palowych polega na połączeniu śrubowym stopy słupa z głowicą fundamentową. Do roku 2003 fundamenty prefabrykowane unormowane były szczegółowymi postanowieniami normy branżowej. Obecnie fundamenty produkowane są zgodnie z aprobatami technicznymi. Fundamenty ujęte są w opracowanym przez CBPBBKWarszawa Katalogu Sieci Trakcyjnej, w którym jednak nie uwzględniono wszystkich wymagań technicznych — niezbędnych do oceny wyrobu.

Pkt 69 załącznika nr 3 PFU odsyła zaś do Instrukcji let-107 — Wytyczne projektowania i warunki odbioru sieci trakcyjnej z uwzględnieniem standardów i wymogów dla linii interoperacyjnych (Załącznik do zarządzenia Nr 7/2007 Zarządu PKP PLK S.A. z dnia 19 lutego 2007 r.), zgodnie z którą przedmiotem wytycznych są uwarunkowania, wymagania i ustalenia techniczne jakim powinna odpowiadać sieć trakcyjna o napięciu znamionowym 3 kV prądu stałego na liniach kolejowych zarządzanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe SA. Wytyczne przeznaczone są do zastosowania przy projektowaniu, budowie i odbiorach nowej lub zmodernizowanej sieci trakcyjnej o napięciu znamionowym 3 kV prądu stałego i związanej z nią ochrony przeciwporażeniowej, przeciwprzepięciowej, ochrony od prądów błędnych oraz zagadnień ochrony środowiska. Stosownie do punktu 3.7 pn. „Materiały do budowy sieci trakcyjnej” wymienia się m.in. następujące elementy:

3.7.1. Przewody jezdne

3.7.2. Liny nośne

3.7.3. Liny nośne i ustalające zawieszzeń poprzecznych

3.7.4. Przewody wzmacniające, uszyniające, łączniki sieci jezdnej i powrotnej oraz uszynienia

3.7.5. Odciągi sieciowe, uelastycznienia, wieszaki

3.7.6. Osprzęt

3.7.7. Fundamenty, głowice fundamentowe i konstrukcje wsporcze.

Dalej Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 23.1 SIWZ - Instrukcji Dla Wykonawców Zamawiający wymagał, aby wykonawca osobiście wykonał następujące części zamówienia:

- budowa sieci trakcyjnej nad torem nr 1 na odcinku Krzyżanowice — Chałupki od km 45,137 do km 51 ,900;
- budowa sieci trakcyjnej nad torem nr 2 na odcinku Krzyżanowice — Chałupki od km 45,303 do km 51 ,808;
- budowa sieci trakcyjnej nad torem nr 1 na odcinku Racibórz - Krzyżanowice od km 35,372 do km 44,282;
- budowa sieci trakcyjnej nad torem nr 1, 2, 4, 6 oraz nad wszystkimi przejściami rozjazdowymi w stacji Krzyżanowice.

Odwolujący w pkt 12 lit. a Formularza ofertowego wskazał, że powierzy podwykonawcy zakres prac polegający na palowaniu (tożsama informacja znalazła się w części II sekcja D JEDZ złożonego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego Transkol Sp. z o.o.). Zamawiający pismem z dnia 8 lutego 2019 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując że palowanie wchodzi w zakres robót polegających na „budowie sieci trakcyjnej”.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga fakt, że postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek przedstawiania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Reguła ta, znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 190 ust. 1 ustawy Pzp zdanie pierwsze, który implementuje zasady kodeksowe na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, i stanowi, że *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne* (por. m.in. wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 141/17; wyrok KIO z dnia 9 lipca 2016 r., sygn. akt KIO 1591/16). Ponadto jak wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z 19 marca 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 92/08) w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony, na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. Podobne stanowisko przedstawił Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy, w wyroku z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt V Ca 571/08), stwierdzając, że kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej.

W toku postępowania odwoławczego to Odwołujący jako propagator zaskarżenia przedstawia argumenty, przemawiające za uznaniem czynności Zamawiającego jako niezgodnej z prawem i obowiązany jest niezgodność tę udowodnić. Zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to na Odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności, którymi jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Powyższa argumentacja znajduje również zastosowanie wobec zarzutu, że pojęcie „sieci trakcyjnej” nie obejmuje fundamentów pod konstrukcje wsporcze.

W odwołaniu Odwołujący wskazywał, że palowanie wykracza poza zakres prac składających się na budowę sieci trakcyjnych, posługując się definicją sieci trakcyjnej z Instrukcji utrzymania sieci trakcyjnej let 2, a także definicją zawartą w Leksykonie terminów kolejowych, nie przytaczając jednak pełnych definicji. Zgodnie z §2 ust. 1 pkt 24 Instrukcji let 2 (załącznik do Zarządzenia nr 3/2004 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 28 stycznia 2014 r.) sieć trakcyjna to zespół przewodów i szyn kolejowych, służących do zasilania energią elektryczną pojazdów trakcyjnych z napędem elektrycznym (konstrukcje wsporcze są częścią składową sieci trakcyjnej, natomiast przewodów, zasilaczy oraz kabli powrotnych nie zalicza się do sieci trakcyjnej). W skład sieci trakcyjnej zalicza się sieć jezdnią i sieć powrotną. Zgodnie zaś ze str. 326 Leksykonu terminów kolejowych sieć trakcyjna (ang. catenary) to system elektryczny służący do zasilania elektrycznych pojazdów trakcyjnych, składający się z zespołów przewodów wraz z konstrukcjami wsporczymi, sieci jezdnej i sieci powrotnej. Wyróżnia się sieć t. górną — zawieszoną nad torem i dolną, wykonaną zwykle w postaci trzeciej szyny (zob. szyna prądowa (trzecia szyna)) umieszczonej na izolatorach równolegle do torów (zwykle w systemach metra — kolei podziemnej). Niekiedy jako sieć powrotna stosowana jest czwarta szyna.

Z powyższych definicji wynika, że konstrukcje wsporcze są częścią składową sieci trakcyjnej, natomiast przewody, zasilacze, kable powrotne nie są częścią sieci trakcyjnej. Izba podziela argumentację prezentowaną przez Przystępującego, że skoro Zamawiający, określając zakres prac, które nie mogą być zlecone podwykonawcom, użył określenia „budowa sieci trakcyjnej”, tzn. że jego intencją nie było odseparowanie z tego procesu jakichś prac (np. związanych z wbudowaniem fundamentów), a próba oddzielenia palowania od całokształtu prac związanych z wykonaniem sieci trakcyjnej jest nieuzasadniona w świetle wiedzy i praktyki budowlanej. Na dowód czego Przystępujący przedłożył wyciąg z wytycznych odbioru i eksploatacji fundamentów palowych dla ustawiania konstrukcji wsporczych sieci trakcyjnej, gdzie wskazano, że posadowienie fundamentów w gruncie odbywa się w fazie budowy (lub remontu) napowietrznych sieci trakcyjnych.

Zgodnie zaś z pkt 23.1 SIWZ Zamawiający wymagał, aby osobiście przez wykonawcę zrealizowana została budowa sieci trakcyjnych. Stosownie do art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2018 r. poz. 1202 ze zm.) przez budowę należy rozumieć wykonanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego, zatem w zakres budowy wchodzi wszystkie czynności niezbędne do wykonania obiektu. Niezasadne byłoby więc rozdzielanie konstrukcji wsporczej od fundamentu, skoro zgodnie z § 55 ust. 1 rozporządzenia z dnia 10 września 1998 r. 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. z 1998 r. Nr 151, poz. 987 ze zm.) sieć trakcyjna obejmuje sieć jezdnią i sieć powrotną. W skład sieci jezdnej wchodzi natomiast konstrukcje wsporcze, które nie powinny naruszać skrajni budowli nadziemnych i podziemnych.

Odwołujący akcentuje również znaczenie §30 Instrukcji let-2, podnosząc że wymienienie konstrukcji wsporczych obok fundamentów dowodzi, że fundamenty nie stanowią części sieci trakcyjnej. Niemniej zgodnie z § 30 ust. 1 pkt 7 Instrukcji let-2 konstrukcje wsporcze nie mogą mieć następujących wad: popękanych głowic czy fundamentów. Oznacza to, że wady głowic czy fundamentów winny być traktowane jako elementy konstrukcji wsporczych. Nadto, §30 ust. 18 Instrukcji let-2 odsyła, w zakresie eksploatacji i czynności utrzymaniowych fundamentów palowych, do „Wytycznych odbioru i eksploatacji fundamentów palowych dla ustawiania konstrukcji wsporczych sieci trakcyjnej”, które już we wstępie (str. 5) wskazują, że każda konstrukcja wsporcza posiada betonowy fundament.

Dodatkowo, jak słusznie zauważył Przystępujący, „konstrukcja wsporcza” została zdefiniowana w regulacji stanowiącej Normę Branżową dla transportu szynowego, w zakresie Sieć trakcyjna kolejowa, Stalowe konstrukcje wsporcze, obliczenia statyczne i projektowanie (nr BN-71 9317-89) jako *każda konstrukcja nośna sztywna (tzn. niezawierająca elementów giętkich w postaci lin) służąca do podwieszenia sieci jezdnej bądź też stanowiąca część układu do podwieszenia sieci*. Standardową konstrukcją wsporczą w przypadku sieci trakcyjnych są słupy, które zgodnie z ww. normą stanowią *pojedynczą konstrukcją wsporczą pionową osadzoną w gruncie za pomocą fundamentu lub w inny sposób*. W związku z powyższym fundament stanowi niewątpliwie element konstrukcji wsporczej. Skoro tak, to pojęcie „budowy sieci trakcyjnej” obejmuje również prace związane z położeniem fundamentów. Również w świetle dokumentów stanowiących załączniki do PFU, w ocenie Izby fundamenty konstrukcji wsporczych stanowią element budowy sieci trakcyjnej.

Izba uznała za spóźniony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 36 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący podnosił, że SIWZ została sporządzona w sposób prowadzący do ograniczenia konkurencji, w szczególności poprzez zawarcie nieprecyzyjnych zapisów wyznaczających zakres kluczowych części zamówienia, które osobiście obowiązany wykonać jest wykonawca. Argumentował, że posłużono się ogólnikowym pojęciem „budowy sieci trakcyjnej”, bez zamieszczenia odrębnej definicji.

Zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 10 ustawy Pzp w przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera również informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 36a ust. 2. Izba ustaliła, że zastrzeżenie na podstawie art. 36a ust. 2 ustawy Pzp zostało zawarte w pkt 23 Tom I SIWZ, która została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 10 grudnia 2018 r. Stosownie do art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

W związku z tym nie budzi wątpliwości Izby, że 10-dniowy termin na wniesienie odwołania w zakresie zaskarżenia treści SIWZ rozpoczął bieg w dniu zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej, tj. w dniu 10 grudnia 2018 r. Tym samym oczywistym jest, że termin na wniesienie odwołania w zakresie

omawianej czynności upływał w dniu 20 grudnia 2018 r. W tej dacie Odwołujący nie wniósł odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na treść postanowień SIWZ w ramach prowadzonego postępowania.

Izba podkreśla, że postanowienia SIWZ dotyczące zakresu kluczowych części zamówienia, które są przedmiotem odwołania, wnoszonego przez Odwołującego, nie zostały przez Odwołującego zakwestionowane jako wadliwe w terminie 10 dni od ich publikacji na stronie internetowej. Izba zwraca również uwagę, że ww. postanowienia nie zostały też przez Zamawiającego w żaden sposób zmodyfikowane do terminu składania ofert. W konsekwencji powyższego w tym zakresie Izba uznała, że ww. zarzuty są spóźnione.

Zarzut dotyczący skutków prawnych wskazania w treści oferty informacji o podwykonawstwie nie potwierdził się. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego Zamawiający postawił wymóg osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, zaś Odwołujący wskazał w ofercie, że powierzy podwykonawcy zakres prac polegający na palowaniu. Istota sporu sprowadza się do rozstrzygnięcia, czy oświadczenie o zamiarze powierzenia części zamówienia podwykonawcom, w sytuacji zastrzeżenia osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, stanowi element konstytutywny oferty.

W ocenie Izby oświadczenie o zamiarze wykonania części zamówienia za pomocą podwykonawców stanowi merytoryczną treść zobowiązania wykonawcy oferowanego w odpowiedzi na opisany przez zamawiającego w SIWZ przedmiot zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jedynie w przypadku, gdy zamawiający zastrzeże konkretne zakresy przedmiotu zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę. Wówczas zamawiający w sposób jednoznaczny i precyzyjny wskazuje, że jego wolą jest, aby określone świadczenie było wykonane osobiście przez wykonawcę. Powierzenie określonego zakresu prac do wykonania przez podwykonawcę, gdy zakres ten został zastrzeżony do osobistego wykonania przez Wykonawcę stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polegającą na nieprawidłowym określeniu sposobu wykonania zamówienia. Zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt. 10) ustawy Pzp w przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera również informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 36a ust. 2. Jeżeli więc wykonawca wskazuje w formularzu ofertowym na zamiar powierzenia wykonania zakresu zastrzeżonego do osobistego wykonania podwykonawcy, treść oferty staje się niezgodna z treścią SIWZ.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający określił części zamówienia, dla których wymaga osobistego świadczenia wykonawcy, a tym samym wykonanie jakiegokolwiek części tego zamówienia przy udziale podwykonawcy stanowi naruszenia postanowień SIWZ. Oznacza to, że Zamawiającemu sposób wykonania świadczenia przez wykonawcę nie był obojętny. Tym samym należy uznać, że w sytuacji gdy wykonawca powierzy podwykonawstwo części zamówienia, którą miał wykonać osobiście należy mówić o sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ. Zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest niezasadny, bowiem Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku

na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy

§ 3 i § 5 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 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: