

WYROK

z dnia 26 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Członkowie: Bartosz Stankiewicz
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Porr S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

oddala odwołanie,

kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** i:

alicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

zasądza od wykonawcy **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** rzecz zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia, prowadzonego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa (dalej „zamawiający”) na „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizację robót budowlanych w formule „Projektuj i Buduj” dla zadania pn. *LOTA - Prace na linii kolejowej 131 na odcinku Chorzów Batory (km 5,900) - Nakło Śląskie (km 29,000) w ramach projektu POIŚ 5.1-14 pn. „Prace na linii kolejowej C-E 65 na odc. Chorzów Batory - Tarnowskie Góry - Karsznice - Inowrocław - Bydgoszcz - Maksymilianów*”, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S 126-309325 wykonawcą Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

1. wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez PORR S.A. (dalej „PORR”),

2. zaniechania wykluczenia PORR z udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i jednocześnie wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1b pkt 3,

2. art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez przyjęcie, iż wobec PORR nie wystąpiły podstawy do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, gdy tymczasem wbrew oświadczeniom PORR zawartym w Wykazie robót budowlanych złożonym na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z 21.09.2020 r. w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, PORR nie spełnia określonego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu co do wymaganego doświadczenia z pkt 8.6.1. lit. d) Instrukcji dla Wykonawców (dalej „IDW”), przy czym przedstawienie przez PORR informacji w tym przedmiocie nastąpiło w sposób zamierzony, a co najmniej w warunkach rażącego niedbalstwa i wprowadziło zamawiającego w błąd, a w konsekwencji powinno stanowić podstawę wykluczenia PORR z postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2. wykluczenie PORR z postępowania.

Wniósł także, na podstawie art. 190 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 7 ustawy Pzp i art. 248 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego o zobowiązanie zamawiającego do złożenia znajdującej się w jego posiadaniu i stanowiącej dowód faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy (a to zakresu robót PORR w torze nr 4 na Stacji Rogoźno Wielkopolskie w ramach modernizacji linii kolejowej nr 354 i w związku z tym kwalifikacji toru nr 4), tj. projektu powykonawczego dla Stacji Rogoźno Wielkopolskie wykonanego wykonaniu umowy zawartej z PORR na „Modernizację linii kolejowej nr 354 Poznań Główny POD - Chodzież - Piła Główna” wraz z opisem technicznym i planem sytuacyjnym.

Odwołujący podał, że termin składania ofert upłynął 23 września 2019 r. oraz, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), w pkt 8.6.1. Instrukcji dla Wykonawców (dalej „IDW”) zamawiający ustalił warunki udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej (wiedza i doświadczenie) – wykonawcy mieli wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonali „Budowę lub Przebudowę co najmniej 1 (jednej) stacji kolejowej, przy czym Budowa lub Przebudowa obejmowała co najmniej 2 (dwa) tory główne zasadnicze i co najmniej 1 (jeden) tor główny dodatkowy wraz z nawierzchnią, podtorzem i odwodnieniem oraz co najmniej 2 (dwa) perony

obejmujące co najmniej 3 (trzy) krawędzie peronowe."

Uzupełnił, że w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku PORR wskazał inwestycję pod nazwą: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 132 na odcinku Błotnica Strzelecka – Opole Groszowice”. Wskazał, że 9 czerwca 2020 r. zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez PORR S.A., którą to czynność zaskarżył odwołujący.

Dowód: pismo zamawiającego z 09.06.2020r. „Zawiadomienie o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej” – w aktach sprawy.

Dowód: odwołanie z dnia 19 czerwca 2020 r. – w aktach sprawy.

Podał, że na skutek wniesionego odwołania KIO, wyrokiem z 14 września 2020 r. sygn. akt KIO 1351/20, uwzględniła odwołanie w części i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp PORR do uzupełnienia doświadczenia zawodowego opisanego w pkt.8.6.1 lit. d) IDW. Uzupełnił, że Izba uznała, że PORR nie spełnił warunków udziału w postępowaniu z pkt 8.6.1. lit. d) IDW, gdyż nie dokonał przebudowy całego toru głównego dodatkowego na stacji Strzelce Opolskie.

Wskazał nadto, że na wezwanie zamawiającego PORR 21.09.2020 r. przedłożył nowy Wykaz robót budowlanych, w którym na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu z pkt 8.6.1. lit. d) IDW przedstawił projekt „przebudowa stacji kolejowej Rogoźno Wielkopolskie”, wykonany w ramach „Modernizacji linii kolejowej nr 354 Poznań Główny POD - Chodzież - Piła Główna” w ramach Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2014 - 2020.

Odwołujący podał dalej, że w Wykazie PORR oświadczył, że przebudowa Stacji Rogoźno Wielkopolskie obejmowała co najmniej dwa tory główne zasadnicze (nr 1 – linia kolejowa nr 354 Poznań Główny POD – Piła Główna i nr 4 – linia kolejowa nr 236 Wągrowiec – Bzowo Goraj) i co najmniej jeden tor główny dodatkowy (nr 2) wraz z nawierzchnią, podtorzem i odwodnieniem oraz co najmniej dwa perony (nr 1 i nr 2) obejmujące co najmniej 3 krawędzie peronowe – roboty zostały wykonane w kwietniu 2019 r.

Dowód: Wykaz robót budowlanych z dnia 21 września 2020 r. – w aktach sprawy.

Dodał, że wraz z Wykazem robót budowlanych PORR złożył poświadczenie zamawiającego z 18.09.2020 r., z którego wynika m.in., że w ramach Umowy w stacji Rogoźno Wielkopolskie zrealizowano przebudowę stacji kolejowej w torach nr 1 (tor główny zasadniczy), 2 (tor główny dodatkowy), 4 (tor główny zasadniczy), że roboty w zakresie odwodnienia zostały wykonane w kwietniu 2019 r., przy czym całość robót została wykonana w grudniu 2019 r., natomiast odbiór końcowy odbył się w 10.07.2020 r.

Podkreślił, że w przedmiotowym poświadczeniu nie ma w ogóle mowy o odbiorze robót w zakresie odwodnienia.

Dowód: Poświadczenie z dnia 18 września 2020 r. – w aktach sprawy.

W ocenie odwołującego PORR nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu z pkt 8.1.6 lit. d) IDW; w ramach Stacji Rogoźno Wielkopolskie PORR, wbrew swoim oświadczeniom:

1. nie wykonał przebudowy dwóch torów głównych zasadniczych, ponieważ tor nr 4 jest torem głównym dodatkowym,
2. do dnia składania ofert nie wykonał prawidłowo i zgodnie z przepisami prawa budowlanego odwodnienia, ponieważ do dnia składania ofert roboty te nie zostały w ogóle odebrane,
3. nie wykonał nawierzchni, ponieważ do dnia składania ofert nie wykonano szlifowania szyn całych torów w Stacji Rogoźno Wielkopolskie.

W odniesieniu do swojego stanowiska, że tor nr 4 jest torem głównym dodatkowym, a nie zasadniczym odwołujący przypomniał, że na potwierdzenie spełnienia warunku PORR przedstawił projekt „Modernizacji linii kolejowej nr 354”, stwierdzając, że tym samym PORR wykazywał się konkretnymi robotami wykonanymi w ramach modernizacji linii kolejowej nr 354, nie zaś linii kolejowej nr 236, co – według odwołującego – ma zasadnicze znaczenie dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, konieczne jest bowiem wykazanie robót w zakresie przebudowy 2 torów głównych zasadniczych.

Zdaniem odwołującego nie ma przy tym znaczenia sama klasyfikacja torów, tj. w tym przypadku, że tor nr 4 jest torem głównym zasadniczym dla linii kolejowej nr 236, ponieważ przesądzające jest to, jakie faktycznie roboty PORR wykonał w ramach toru nr 4, tj. czy były to roboty charakteryzujące tor główny zasadniczy.

Innymi słowy, wedle odwołującego, to zakres wykonanych przez PORR robót w ramach linii kolejowej nr 354 przesądza, czy PORR przebudował w ramach Stacji Rogoźno Wielkopolskie dwa tory główne zasadnicze czy może tylko jeden tor główny zasadniczy (nr 1) – inny jest bowiem zakres i rodzaj prac w zależności od tego, czy mamy przebudowę torów głównych zasadniczych czy torów głównych dodatkowych.

Odwołujący podniósł, że gdyby w świetle warunku z pkt 8.6.1. lit. d) IDW obojętny był zakres prac związany z klasyfikacją torów, to zamawiający ograniczyłby się do określenia w SIWZ liczby torów stacyjnych, bez wskazywania, jak w niniejszej sprawie, ile zamawiający wymaga – na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu – wykonanych torów głównych zasadniczych, a ile torów głównych dodatkowych.

Zauważył, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożone 10.08.2020 r. w sprawie odwoławczej KIO 1351/20 podkreślał (w pkt 26), że o klasyfikacji robót decyduje zakres i charakter prac, nie zaś sformułowania użyte w dokumentacji postępowania klasyfikujące dane roboty. Uzupełnił, że identycznie wypowiadał się PORR w pismach procesowych składanych w ww. postępowaniu odwoławczym.

Podkreślił, że w wyroku zapadłym w sprawie KIO 1351/20, odnoszącym się do doświadczenia PORR, Izba wskazała, że klasyfikacja robót ma wynikać z samego opisu czynności, które wchodzą w zakres robót – wadliwie „dla odwołującego dokument, w którym używa się określenia tytułowego „remont”, a nie faktyczny zakres wykonanych robót, nawet wynikający z tego dokumentu, stanowi o przedmiocie robót, który niesłusznie sprawdza do remontu, a nie budowy czy przebudowy.” (vide str. 95 uzasadnienia wyroku). Stwierdził, że Izba dokonywała w związku z tym ustalenia, jakiego rodzaju roboty zostały faktycznie wykonane przez PORR, aby dokonać klasyfikacji robót, tj. przesądzić, czy mamy do czynienia z remontem czy przebudową torów.

Odwołujący stanął na stanowisku, że analogiczna sytuacja dotyczy toru 4 w stacji Rogoźno Wielkopolskie, gdzie PORR wykazuje dla potrzeb spełnienia warunku, że wykonał przebudowę toru głównego zasadniczego o nr 4, bo tor ten formalnie został oznaczony jako tor główny zasadniczy dla linii kolejowej nr 236. Podniósł, że zakres robót wykonanych przez PORR w torze nr 4, w ramach modernizacji linii kolejowej nr 354, wyraźnie przesądza, że PORR, wykonując roboty w torze nr 4, faktycznie wykonał przebudowę toru głównego dodatkowego.

Uzupełnił, że powyższe ustalenia są spójne z klasyfikacją toru nr 4 w ramach linii kolejowej nr 354 modernizowanej przez PORR, tor nr 4 jest bowiem dla linii kolejowej nr 354 w Stacji Rogoźno Wielkopolskie torem głównym dodatkowym.

Stwierdził, że niezależnie od klasyfikacji toru nr 4 w ramach linii kolejowej nr 354 czy linii kolejowej nr 236, dla oceny, czy PORR przebudował tor główny zasadniczy w ramach Stacji Rogoźno Wielkopolskie, należy ustalić zakres robót wykonanych przez PORR w ramach toru nr 4.

Odwolujący odwołał się do dokumentacji dla projektu „Modernizacja linii kolejowej nr 354 w ramach Stacji Rogoźno Wielkopolskie, tj. SIWZ – PFU str. 81: pkt 6.2 Nawierzchnia torowa. 6.2.1 LOT ASIWZ – PFU, Załącznik nr 1 - Szczegółowe rozwiązania techniczne LOT Astr. str. 8, 16, 17, 22, wyjaśnień SIWZ – pytanie i odpowiedź 135, 137, 141, 246, 810, 857 i 951, a także SIWZ – Warunki umowy, Załącznik nr 7 do Umowy „Regulacje Zamawiającego, do których stosowania zobowiązany jest Wykonawca”: pkt 8 - Id-1 (D-I) - Warunki techniczne utrzymania nawierzchni na liniach kolejowych (Zarządzenie nr 14/2005 Zarządu PKP PLK S.A. z 18.05.2005r. z późniejszymi zmianami).

Wskazał także, że w Załączniku nr 2 do Zarządzenia (str. 110) określono w formie tabelarycznej standardy konstrukcyjne nawierzchni dla torów o różnej klasie, z których wynika rodzaj szyn, typ podkładów, rozstaw podkładów, typ przytwierdzenia szyn, grubość warstwy podsypki.

Oceniał, że z powyższych postanowień SIWZ wynikało, że w ramach modernizacji linii kolejowej nr 354 nawierzchnia na torach głównych zasadniczych miała zostać wykonana z nowych materiałów w standardzie kl. 1.1., co oznacza następujące parametry:

- tor bezszynowy o prześwicie 1435 mm,
- szyny nowe 60 E1 w klasie dokładności wykonania XA,
- podkłady strunobetonowe PS 94 lub PS 93,
- rozstaw podkładów 0,60 m,
- przytwierdzenie typu SB 4 lub SB 7,
- podsypka tłuczniowa 31,5/50, klasy 1, gatunku 1, o grubości 35 cm pod podkładem.

Podniósł, że zgodnie z SIWZ dla modernizacji linii kolejowej nr 354 nawierzchnia na torach głównych dodatkowych miała zostać wykonana z nowych lub reprofiliowanych materiałów w standardzie kl. 2.1., co oznacza następujące parametry:

- tor bezszynowy o prześwicie 1435 mm,
- szyny nowe/reprofilowane 60 E1/UIC60 w klasie dokładności wykonania XB,
- podkłady strunobetonowe PS 83,
- rozstaw podkładów 0,70 m,
- przytwierdzenie typu SB 4 lub SB 7,
- podsypka tłuczniowa 31,5/50, klasy 1, gatunek 1 lub 2 o grubości 30 cm pod podkładem.

Skonstatował, że dokumentacja przetargowa dla projektu „Modernizacja linii kolejowej nr 354” wyraźnie odróżniała cechy właściwe dla torów głównych dodatkowych i torów głównych zasadniczych; zamawiający wyraźnie wskazał, że tor główny zasadniczy linii kolejowej nr 354 ma osiągnąć standardy konstrukcyjne nawierzchni klasy 1 wariant 1, natomiast tor główny dodatkowy – standard konstrukcyjny nawierzchni klasy 2 wariant 1.

Podkreślił, że to właśnie standard konstrukcyjny nawierzchni będzie określał w odniesieniu do toru stacyjnego nr 4 w Stacji Rogoźno Wielkopolskie, czy jest to tor główny zasadniczy czy tor główny dodatkowy; jeżeli bowiem PORR wykonał tor nr 4 w standardzie klasy 2.1. to będzie to tor główny dodatkowy.

Zauważył, że projekt „Modernizacja linii kolejowej nr 354” realizowany był w formule „zaprojektuj i wybuduj” i istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej kwestii jest ustalenie, jakie założenia projektowe do wykonania przyjął PORR.

Odwolujący podał, że wg Projektu wykonawczego (opis techniczny str. 78, 79) wynika, co następuje: „Kolejną stacją na linii Nr 354 jest stacja Rogoźno Wielkopolskie km 42+514. W Stacji zaprojektowano jeden tor główny zasadniczy (tor Nr 1) oraz trzy tory główne dodatkowe (tor Nr 2, tor Nr 4 i tor Nr 6). Po prawej stronie toru Nr 1 zaprojektowano peron Nr 1 o długości L-300m. Na międzytorzu torów Nr 2 i Nr 4 zaprojektowano peron dwukrawędziowy Nr 2 o długości L-300m. Ponadto stacja Rogoźno posiada tory boczne i odstawcze zakończone żeberkami ochronnymi.”

Odwolujący oświadczył, że dokonana przez niego wizja lokalna na stacji Rogoźno Wielkopolskie wykazała, że tor nr 4 został wykonany zgodnie z założeniami PFU i Projektu wykonawczego jako tor główny dodatkowy dla wymaganego standardu 2.1.

Wyjaśnił, że w torze nr 4 zostały zastosowane szyny staroużyteczne, reprofilowane 60 E1/UIC6, podkłady strunobetonowe PS 83, zaś rozstaw podkładów wynosi 0,70 m (na filmie widać dokonany pomiar rozstawu podkładów), co nie mogło być miejscem w przypadku, gdyby tor nr 4 był torem głównym zasadniczym; z PFU dla „Modernizacji linii kolejowej nr 354 Poznań Główny POD - Chodzież - Piła Główna” wynikało, że zamawiający w zakresie robót na stacji Rogoźno Wielkopolskie wymagał zastosowania nawierzchni klasy 1 z nowych materiałów.

Zapowiedział złożenia na rozprawie filmu i zdjęć z oględzin.

Podsumował, że nawierzchnia w torze nr 4 w Stacji Rogoźno Wielkopolskie została wykonana w standardzie dla klasy 2 w wariantie 2.1, tj. w standardzie dla torów głównych dodatkowych, co koresponduje z klasyfikacją toru nr 4 dla linii kolejowej nr 354 w Projekcie wykonawczym – tor główny dodatkowy. Uznał, że PORR, biorąc pod uwagę zakres wykonanych robót w torze nr 4 w ramach wykonanego projektu referencyjnego dotyczącego linii kolejowej nr 354, wykonał przebudowę tylko 1 toru głównego zasadniczego w Stacji Rogoźno Wielkopolskie, tj. toru nr 1, że względu na zakres prac wykonanych przez PORR w ramach referencyjnego projektu (modernizacja linii kolejowej nr 354) tor nr 4 nie może być zaklasyfikowany jako tor główny zasadniczy w ujęciu warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.6.1. lit. d) IDW (mimo że tor ten jest formalnie klasyfikowany jako tor główny zasadniczy dla linii kolejowej nr 236).

W ocenie odwołującego stanowisko powyższe znajduje potwierdzenie w przepisach prawa, tj. rozporządzeniu z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie (Dz.U. z 1988 r. Nr 151, poz. 987 ze zm.) [dalej „rozporządzenie”].

Wskazał, że z § 42 ust. 1 rozporządzenia wynika, że wszystkie tory główne zasadnicze w stacji muszą posiadać nawierzchnie w standardzie linii kolejowej o najwyższej kategorii, co oznacza, że skoro w Stacji Rogoźno Wielkopolskie spotykają się dwie linie kolejowe nr 354 i nr 236, tory obu tych linii muszą posiadać nawierzchnie w standardzie linii kolejowej o najwyższej kategorii; linia kolejowa nr 354 - tor nr 1 ma standard 1.1 (linia pierwszorzędna), co oznacza, że taki sam standard nawierzchni winien mieć także tor główny zasadniczy linii nr 236 – tor nr 4.

Zdaniem odwołującego w celu obejścia tego wymogu, w dokumentacji przetargowej i wykonawczej dla Stacji Rogoźno Wielkopolskie założono, że tor nr 4 będzie torem głównym dodatkowym dla linii nr 354, ponieważ w takim przypadku wymaganie co do standardu nawierzchni, jak wyżej opisane, nie obowiązuje, stosuje się wówczas standard konstrukcyjny nawierzchni niższy, jak dla toru głównego dodatkowego.

Stwierdził, że jeżeli PORR zastosował różne klasy standardów konstrukcyjnych nawierzchni dla torów nr 1 i 4, którymi wykazuje się w tzw. „referencjach” dla przetargu dla LK 131, to oznacza, że oba tory nie mogą być torami

głównymi zasadniczymi; gdyby w Stacji Rogoźno Wielkopolskie miały być dwa tory główne zasadnicze, musiałyby mieć taką samą nawierzchnię, co oznacza, że stacja musiałaby zostać inaczej zaprojektowana, co się jednak nie stało, a co wynika nie tylko z PFU, ale także z wykonanej przez PORR dokumentacji wykonawczej i robót „w terenie”.

Odwołujący wskazał także, że § 40 ust. 3 rozporządzenie nakłada na wykonawcę obowiązek takiego zaprojektowania układów torowych i dróg zwrotnicowych na stacji, aby były chronione przejazdy po torach głównych zasadniczych za pomocą żeberek ochronnych. Oceniał, że taki wymóg niesie ze sobą konieczność zmiany układu torowego stacji, co nie zostało wykonane przez PORR.

Wskazał, że zgodnie z wymogami zamawiającego, PORR na stacji Rogoźno Wielkopolskie miał wykonać roboty budowlane zgodnie z obowiązującymi przepisami, a dla przetargu LK 131 miał wykazać się referencjami w zakresie przebudowy, których definicje są opisane m.in. w prawie budowlanym.

Oświadczył, że z dokonanej przez niego analizy dokumentacji projektowej wynika, że PORR na stacji Rogoźno Wielkopolskie nie wykonał przebudowy toru głównego zasadniczego zgodnie z obowiązującymi na tamten czas rozporządzeniami i nie uzyskał żadnych odstępstw od tych wymogów wobec czego nie można przyjąć, że tor nr 4 na stacji Rogoźno Wielkopolskie został przebudowany, a co najwyżej wyremontowany.

Stwierdził na powyższej podstawie, że PORR, będący nie tylko wykonawcą robót, ale także projektantem stacji Rogoźno Wielkopolskie, w projekcie wykonawczym pisze, że tor nr 4 jest torem głównym dodatkowym (zastosowano klasę nawierzchni 2.1), a nie torem głównym zasadniczym, gdzie stosowano – jak w torze nr 1 – klasę nawierzchni 1.1.

Wskazał, że wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie niesie obowiązek zastosowania się do wszystkich wymogów nałożonych przez zamawiającego i ustawodawcę, czyli w przypadku stacji Rogoźno Wielkopolskie przebudowie uległaby znaczna część stacji.

Odwołujący podniósł, że wobec faktu, że PORR był już raz wzywany do uzupełnienia doświadczenia w zakresie pkt 8.6.1. lit. d) IDW w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w wykonaniu wyroku KIO z dnia 14 września 2020 r. (KIO 1351/20), kolejne niepotwierdzenie przez PORR spełnienia warunku udziału w tym zakresie winno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z udziału w postępowaniu. Uznał, że PORR nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu z pkt 8.6.1. lit. d) IDW.

W odniesieniu do kwestii odwodnienia stwierdził, że PORR nie potwierdził także należytego wykonania robót objętych warunkiem z pkt 8.6.1. lit. d) IDW – poświadczenie zamawiającego z dnia 18 września 2020 r. nie może stanowić dowodu na należyte wykonanie robót objętych warunkiem udziału w postępowaniu z pkt 8.6.1 lit. d) IDW.

Wskazał, że zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, § 2 ust. 4 pkt 1 w zw. z § 3 ust. 2, wykonawca musi wykazać, że roboty objęte warunkiem udziału w postępowaniu zostały wykonane przed upływem terminu składania ofert zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

Podniósł, że PORR na potwierdzenie tych okoliczności złożył poświadczenie, z którego nie wynika jednak, że przebudowa stacji obejmowała tory na całej długości stacji, co miało decydujące znaczenie w sprawie KIO 1351/20, w którym Izba uznała, że PORR nie wykonał przebudowy torów, bowiem wykonał prace tylko w odniesieniu do kilku metrów torów w Stacji Strzelce Opolskie i na tej zasadzie Izba nakazała wezwać PORR do uzupełnienia doświadczenia z pkt 8.6.1. lit. d) IDW).

Podniósł, że w przedmiotowym poświadczeniu mowa jest tylko o przebudowie stacji kolejowej w torach. „, co – wedle odwołującego – nabiera szczególnego znaczenia w świetle szlifowania torów, które jako element przebudowy nawierzchni nie zostały wykonane na całej długości torów.

Wskazał, że ze złożonego przez przystępującego poświadczenia nie wynika, że roboty w zakresie odwodnienia zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone przed terminem składania ofert, tj. przed 23.09.2019 r. – zamawiający podał, że roboty w zakresie odwodnienia zostały zakończone w kwietniu 2019 r., jednakże odbiór końcowy całości robót miał miejsce dopiero w 10.07.2020 r.

Podniósł, że brak w poświadczeniu jakichkolwiek informacji o należyтым wykonaniu robót w odniesieniu do odwodnienia przed terminem składania ofert.

Zdaniem odwołującego samo zakończenie określonych robót (nawet gdyby przypadało przed terminem składania ofert) nie jest wystarczające do wykazania się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, skoro ustawodawca wymaga dodatkowo, aby roboty ukończone przed terminem składania ofert były ukończone prawidłowo, zgodnie z przepisami prawa budowlanego.

Oceniał, że skoro odwodnienie zostało objęte warunkiem z pkt 8.6.1. lit. d) IDW to kwestia należytego wykonania tych robót przed terminem składania ofert ma znaczenie dla oceny spełnienia przez PORR warunku.

Określił jako znamienne to, że dla potwierdzenia należytego wykonania odwodnienia PORR nie składa referencji czy nawet protokołu odbioru końcowego, także protokołu odbioru końcowego dla branży odwodnienia, ale celowo eksponuje wyłącznie informację o zakończeniu robót w zakresie odwodnienia w kwietniu 2019 r., przy braku wzmianki o „prawidłowym ukończeniu” tych robót, „wykonaniu zgodnie z przepisami prawa budowlanego”.

Oświadczył, że z informacji odwołującego wynika, że roboty w zakresie odwodnienia zostały prawidłowo ukończone po terminie składania ofert.

Zwrócił uwagę na Warunki i zasady odbiorów robót budowlanych na liniach kolejowych. (Załączniki do odwołania), gdzie wyróżnia się odbiory częściowe, techniczne, eksploatacyjne, końcowe, gwarancyjne i pogwarancyjne, przy czym stwierdzenie jakości robót następuje najwcześniej przy odbiorze eksploatacyjnym.

Podał, że takie stanowisko zajął zamawiający w sprawie odwoławczej KIO 298/20, KIO 356/20 – fakt prawidłowego wykonania robót potwierdza dokonanie odbioru eksploatacyjnego, co wynika z Instrukcji zatytułowanej „Warunki i zasady odbiorów robót budowlanych na liniach kolejowych”. Wskazał, że zamawiający podkreślał także, że uznanie za wystarczające doświadczenia w wykonaniu robót objętych odbiorem eksploatacyjnym jest praktyką utartą na kanwie postępowań prowadzonych przez zamawiającego.

Dowód: odpowiedź zamawiającego na odwołanie z 04.03.2020 r. do sprawy KIO 298/20, KIO 356/20 (Załącznik nr 9 do odwołania).

Podkreślił, że w przedmiotowej sprawie sam zamawiający wskazuje tylko na termin zakończenia robót w zakresie odwodnienia, który przypada przed terminem składania ofert, abstrahując od tego, czy roboty były wykonane należyście.

W ocenie odwołującego takie podejście bazuje w sposób wybiórczy na przepisach Prawa zamówień publicznych oraz opiera się na wyrywkowym opisie stanu faktycznego, co może prowadzić do mylnych wniosków, że PORR spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Uzupełnił, że także Izba w wyroku w sprawach KIO 298/20, KIO 356/20 podkreśliła, że na gruncie dokumentów zamawiającego potwierdzenie wykonania robót mogą stanowić także odbiory eksploatacyjne, bowiem do zadań komisji

odbioru eksploatacyjnego należy stwierdzenie jakości robót.

Ocecił, że przepisy ustawy Pzp prawidłowo czytane i wykładane, w szczególności w ujęciu celów stawiania warunków udziału w postępowaniu (zgodnie z art. 22 ust.1 i 1a ustawy Pzp), nie pozwalają uznać za spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykonania robót budowlanych (tu: przebudowy torów w zakresie odwodnienia), jeżeli nie wykazano, że roboty zostały wykonane należycie przed terminem składania ofert (tj. zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone).

Przypomniał, że ta okoliczność w odniesieniu do odwodnienia w ramach stacji Rogoźno Wielkopolskie nie wynika z poświadczenia.

Oświadczył, że z informacji odwołującego wynika, że odbiory techniczne odwodnienia (nawet nie odbiory eksploatacyjne) miały miejsce dopiero 15 listopada 2019 r. (Załącznik do odwołania) czyli po terminie składania ofert), odbiór końcowy w branży odwodnienia miał natomiast miejsce dopiero w czerwcu 2020 r. (Załącznik do odwołania).

Uzupełnił, że nawet gdyby przyjąć za zamawiającym i KIO w sprawach KIO 298/20, KIO 356/20, że należyte wykonanie robót potwierdzają co najmniej protokoły eksploatacyjne, to w odniesieniu do odwodnienia takich protokołów nie ma; odwodnienie w ramach Stacji Rogoźno Wielkopolskie zostało odebrane przez zamawiającego protokołem odbioru końcowego dla branży podtorza z odwodnieniem dopiero w czerwcu 2020 r. z licznymi wadami z protokołów odbiorów technicznych pozostałych do usunięcia.

W odniesieniu do kwestii nawierzchni odwołujący stanął na stanowisku, że PORR nie może także legitymować się wykonaniem robót w zakresie przebudowy nawierzchni torów.

w Stacji Rogoźno Wielkopolskie, ponieważ nie wykonał do dnia składania ofert szlifowania szyn na całej długości torów stacyjnych nr 1 (tor główny zasadniczy) i nr 2 (tor główny dodatkowy) – okoliczność ta wynika z protokołu odbioru podkomisji ds. podtorza, nawierzchni, rozjazdów z 10.06.2020 r. (Załącznik do odwołania).

Wskazał, że zgodnie z rozporządzeniem z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie (Dz.U. z 1988 r. Nr 151, poz. 987 ze zm.), § 3 pkt 6, nawierzchnia to konstrukcja przystosowana do przenoszenia na grunt obciążeń stałych i ruchomych związanych z ruchem pojazdów kolejowych, składająca się z toru, po którym poruszają się pojazdy kolejowe, elementów podporowych, elementów przytwierdzających i łączących oraz podsypki. Podał, że w świetle rozporządzenia, elementem konstrukcyjnym, po którym porusza się pojazd kolejowy, są dwie stalowe szyny ułożone na podbudowie równolegle. Stwierdził, że dla przebudowy nawierzchni konieczne są roboty w zakresie szlifowania szyn, co podkreślił zamawiający w SIWZ na modernizację linii kolejowej nr 354.

Wskazał, że zgodnie z Załącznikiem nr 7 do Umowy, pkt 8, PORR zobowiązany był do wykonania umowy zgodnie z Instrukcją Zamawiającego Id-1 (D-I) - Warunki techniczne utrzymania nawierzchni na liniach kolejowych, zgodnie z Załącznikiem nr 17 do tej Instrukcji pkt. 2.2, PORR był zobligowany w ostatniej fazie technologicznej prowadzonych robót budowlanych wykonać szlifowanie szyn torów i rozjazdów przy pomocy zmechanizowanego sprzętu szlifierskiego.

Podał, że zarządca infrastruktury określił, że takie prace są niezbędne w celu podniesienia trwałości szyn układanych w ramach prac modernizacyjnych oraz, że (w Instrukcji Id-1) takie prace muszą być wykonane w ostatniej fazie robót, po okresie stabilizacji.

Podkreślił, że taka charakterystyka robót w zakresie szlifowania szyn przesądza o tym, że roboty te są nieodłącznym elementem robót budowlanych w zakresie przebudowy nawierzchni oraz świadczą o ich zakończeniu.

Wskazał, że zgodnie z Instrukcją Id-1 podbicie stabilizacyjne toru wykonuje się po obciążeniu torów 0.6 Tg/rok, obciążenie może być wykonane przez fizyczny przejazd pojazdów szynowych lub mechanicznie przez maszyny budowlane.

Podniósł, że skoro sam zamawiający potwierdza w stosownym protokole dotyczącym nawierzchni, że przed złożeniem ofert w tym postępowaniu PORR nie wykonał prac związanych ze szlifowaniem szyn, to okoliczność ta świadczy o braku kompletnego wykonania robót w zakresie nawierzchni; brak ostatecznego protokołu odbioru końcowego obejmujące także szlifowanie szyn, które nie zostało wykonane przed dniem złożenia ofert w tym postępowaniu, świadczy o niewykonaniu robót budowlanych, a w konsekwencji braku możliwości otrzymania referencji.

Podsumował, że skoro PORR nie wykonał przed dniem składania ofert pełnego zakresu robót w zakresie nawierzchni w ramach Stacji Rogoźno Wielkopolskie, to nie może wykazać się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.6.1. lit. d), prezentując w Wykazie robót budowlanych przedmiotową stację kolejową.

W odniesieniu do kwestii nieprawdziwych informacji odwołujący stwierdził, że podane przez PORR informacje w Wykazie robót z dnia 21 września 2020 r. nie polegają na prawdzie, ponieważ PORR nie przebudował w ramach Stacji Rogoźno Wielkopolskie dwóch torów głównych zasadniczych, nie wykonał prawidłowo przed dniem składania ofert odwodnienia, nie wykonał wszystkich prac w zakresie przebudowy nawierzchni, tj. szlifowania szyn w torach stacyjnych.

Zdaniem odwołującego PORR manipuluje informacjami dotyczącymi swojego doświadczenia, ponieważ celowo w Wykazie robót podaje klasyfikację toru nr 4 jako tor główny zasadniczy dla innej linii niż objęta referencyjnym projektem (tj. modernizacja linii kolejowej nr 354), wiedząc, iż ów tor dla przebudowywanej przez PORR linii nr 354 jest torem głównym dodatkowym, celowo także eksponuje termin zakończenia robót dla odwodnienia, gdy przed dniem składania ofert roboty te nie zostały prawidłowo ukończone, celowo pomija nadto, iż nie wykonał do dnia złożenia ofert całego zakresu prac dotyczącego nawierzchni.

Podniósł, że przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością stanowi kluczową przesłankę wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego zamawiający powinien zważyć, iż oświadczenie PORR w Wykazie Robót Budowlanych z 21.09.2020 r. stanowiło odpowiedź na sformułowane przez zamawiającego żądanie uzupełnienia tzw. „referencji” zgodnie z wyrokiem KIO 1351/20 – oświadczenie PORR złożone zostało na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 8.6.1. lit. d) IDW, a zatem bez wątplenia odnosi się do kwestii natury faktycznej, dotyczy bowiem konieczności wykazania wykonania robót określonego rodzaju i w określonym zakresie (składając ofertę PORR oświadczył między innymi, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i że wykonał zadanie polegające na przebudowie co najmniej jednej stacji kolejowej, a przebudowa ta obejmowała co najmniej dwa tory główne zasadnicze i co najmniej jeden tor główny dodatkowy wraz z nawierzchnią, podtorzem i odwodnieniem oraz co najmniej dwa perony obejmujące co najmniej trzy krawędzie peronowe).

Stwierdził, że w następstwie poczynionych ustaleń faktycznych zamawiający winien uznać, że PORR, wbrew składanym przez niego deklaracjom i oświadczeniom, w rzeczywistości nie przebudował 2 torów głównych zasadniczych (a tylko jeden tor główny zasadniczy nr 1), nie wykonał prawidłowo odwodnienia przed dniem składania

ofert i nie wykonał przed dniem składania ofert wszystkich prac związanych z nawierzchnią.

Podkreślił, że PORR składa oświadczenia w określonym celu, dla potwierdzenia, iż spełnia warunki określone w pkt 8.6.1. lit. d) IDW – zdając sobie zapewne sprawę z tego, iż wspomniany zakres robót nie odpowiada warunkom określonym przez zamawiającego. PORR stanowczo twierdził, iż warunki te jednak spełnia, właśnie w związku z rzeczonym zakresem robót w ramach stacji Rogoźno Wielkopolskie.

Wskazał, że dla wykluczenia PORR z udziału w postępowaniu wystarczy zarzut działania w warunkach niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności, skoro na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp relewantna jest każda postać winy nieumyślnej, a w konsekwencji niewątpliwie nawet w razie niepotwierdzenia umyślności po stronie PORR winno dojść do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Wskazał, że w przypadku wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp należy brać pod uwagę obydwie postaci winy nieumyślnej, czyli niedbalstwo i lekkomyślność; z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć, natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie. Uzupełnił, że przy wykazaniu wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji, należy mieć na uwadze art. 355 § 1 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przyjmuje się, iż każde niecelowe, a więc nieumyślne wprowadzenie w błąd w zakresie przedstawiania informacji odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu nie może wprawdzie stanowić podstawy do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, ale może tworzyć taką podstawę z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp (tak m.in. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyrok z dnia 19 października 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 1392/18).

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z 12 listopada 2020 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia w tym „Wykazu robót budowlanych” złożonych przez przystępującego 21 września 2020 r., Poświadczenia zamawiającego z 18 września 2020 r., odwołania wraz z załącznikami (z wyjątkiem dokumentów wskazanych w końcowej części uzasadnienia), „Pisma procesowego odwołującego” wraz z załącznikami – pismo z 22 listopada 2020 r. (z wyjątkiem dokumentu wskazanego w końcowej części uzasadnienia), „Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie” wraz z załącznikami – pismo z 20 listopada 2020 r., „Pisma procesowego przystępującego po stronie zamawiającego” – pismo z 23 listopada 2020 r., dokumentów złożonych na rozprawie przez odwołującego (mapa opracowana przez przystępującego dla projektu „Modernizacja linii kolejowej nr 354 Poznań Główny POD – Chodzież – Piła Główna”, Opinia Politechniki im. Tadeusza Kościuszki z 20 listopada 2020 r., „Opinia dotycząca kwalifikacji robót wykonanych przez firmę PORR S.A. na stacji Rogoźno Wielkopolskie w związku z postępowaniem odwoławczym w KIO”) oraz dokumentów złożonych na rozprawie przez przystępującego (Oświadczenie G. G. – inspektora nadzoru dla projektu „Modernizacja linii kolejowej nr 354 Poznań Główny POD – Chodzież – Piła Główna” z 18 listopada 2020 r., Oświadczenia Piotra Sawickiego – kierownika budowy w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej nr 354 Poznań Główny POD – Chodzież – Piła Główna” Opinii Kolejnictwa Zakładu Dróg Kolejowych i Przewozów z 20 listopada 2020 r., „Opinia dotycząca szlifowania szyn”, pliku zdjęć stacji Rogoźno Wielkopolskie), a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Na posiedzeniu zamawiający, popierany przez przystępującego wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp, tj. z tego powodu, że odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp – zamawiający podniósł, iż odwołujący dopiero następnego dnia po upływie terminu na wniesienie odwołania (3 listopada 2020 r.) przesłał mu wskazane w odwołaniu załączniki – dowody z dokumentów.

Skład orzekający Izby oddalił na posiedzeniu powyższy wniosek, uznając, że załączniki, które zostały wymienione w treści odwołania stanowią dowody w sprawie, które mogą być przez strony, w tym odwołującego, zgłaszane do zamknięcia rozprawy.

Zamawiający nie kwestionował przy tym faktu, że dowody otrzymał przed otwarciem posiedzenia, a więc niewątpliwie w dopuszczalnym terminie zgłaszania dowodów.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, czego zamawiający i przystępujący nie kwestionowali.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut przyjęcia przez zamawiającego, iż wobec przystępującego nie wystąpiły podstawy do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, gdy tymczasem wbrew oświadczeniom przystępującego zawartym w Wykazie robót budowlanych, złożonym na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp 21.09.2020 r. w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przystępujący nie spełnia określonego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu co do wymaganego doświadczenia z pkt 8.6.1. lit. d) IDW, przy czym przedstawienie przez przystępującego informacji w tym przedmiocie nastąpiło w sposób zamierzony, a co najmniej w warunkach rażącego niedbalstwa i wprowadziło zamawiającego w błąd, a w konsekwencji powinno stanowić podstawę wykluczenia przystępującego z postępowania, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1b pkt 3, a także art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizacja robót budowlanych w formule „Projektuj i Buduj” dla zadania pn. LOT A – Prace na linii kolejowej 131 na odcinku Chorzów Batory (km 5,900) – Nakło Śląskie (km 29,000) w ramach projektu POIiŚ 5.1-14 pn. „Prace na linii kolejowej C-E 65 na odc. Chorzów Batory – Tarnowskie Góry – Karsznice – Inowrocław – Bydgoszcz – Maksymilianowo”

Termin składania ofert upłynął w 23 września 2019 r.

Zamawiający – w SIWZ, w pkt 8.6.1. lit. d) IDW – w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wskazał obowiązek wykazania, że wykonawcy, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonali:

„Budowa lub Przebudowa co najmniej 1 (jednej) stacji kolejowej, przy czym Budowa lub Przebudowa obejmowała co najmniej 2 (dwa) tory główne zasadnicze i co najmniej 1 (jeden) tor główny dodatkowy wraz z nawierzchnią, podtorzem i odwodnieniem oraz co najmniej 2 (dwa) perony obejmujące co najmniej 3 (trzy) krawędzie peronowe”.

W celu wykazania spełnienia warunku z pkt. 8.6.1. lit. d) IDW, na wezwanie zamawiającego, wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przystępujący przedłożył w dniu 21 września 2020 r. Wykaz robót budowlanych (dalej „Wykaz”), w którym w pozycji nr 8 ujął „przebudowę stacji kolejowej Rogoźno Wielkopolskie”, wykonaną w ramach „Modernizacji linii kolejowej nr 354 Poznań Główny POD – Chodzież – Piła Główna” w ramach Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2014 – 2020, w którym oświadczył, że przebudowa tej stacji obejmowała co najmniej dwa tory główne zasadnicze (tor nr 1 – linia kolejowa nr 354 Poznań Główny POD – Piła Główna i tor nr 4 – linia kolejowa nr 236 Wągrowiec – Bzowo Goraj) i co najmniej jeden tor główny dodatkowy (tor nr 2) wraz z nawierzchnią, podtorzem i odwodnieniem oraz co najmniej dwa perony (nr 1 i nr 2) obejmujące co najmniej 3 krawędzie peronowe.

Przystępujący oświadczył także w Wykazie, że wskazana przebudowa została wykonana w kwietniu 2019 r.

Wraz z Wykazem przystępujący złożył Poświadczenie PKP PLK S.A. (tego zamawiającego) z dnia 18 września 2020 r. o treści: „PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Zachodni potwierdza, że firma PORR S.A. (dawniej PORR Polska Construction S.A.) z siedzibą w Warszawie, ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa, na podstawie Umowy nr 901107100091171ZII z dnia 24 kwietnia 2017 r. realizowała zamówienie pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych „Modernizacja linii kolejowej nr 354 Poznań Główny POD – Chodzież – Piła Główna” w ramach Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2014 – 2020.

Roboty budowlane realizowane były na podstawie pozwolenia na budowę Decyzja nr IZ/18 z dnia 08.01.2018r.

W ramach Umowy w stacji kolejowej Rogoźno Wielkopolskie zrealizowano m.in. następujące prace:

prace budowlane:

przebudowa stacji kolejowej w torach nr 1 (tor główny zasadniczy), 2 (tor główny dodatkowy), 2a (tor żeberkowy), 2b (tor żeberkowy), 4 (tor główny zasadniczy), 6 (tor główny dodatkowy), wraz z nawierzchnią, podtorzem oraz odwodnieniem, rozjazdami (17 szt.);

budowa 2 peronów wraz z pochylniami i dojazdami oraz oświetleniem: nr 1 jednokrawędziowy o długości 200 m oraz nr 2 dwukrawędziowy o długości 300 m;

budowa kontenerowej nastawni ze stanowiskiem do obsługi przez dyżurnego ruchu wraz z urządzeniami stacyjnymi i teletechnicznymi;

przebudowa sieci trakcyjnej;

budowa stacji transformatorowej.

Termin realizacji: wymienione wyżej prace budowlane zakończono do dnia 04.10.2018r., a w zakresie odwodnienia w kwietniu 2019r.

Całość robót budowlanych realizowanych w ramach umowy nr 90/107/0009/17/Z/IZ dnia 24 kwietnia 2017 została zakończona 25.12.2019r., natomiast odbiór końcowy odbył się w dniu 10.07.2020r.

Informacje dodatkowe:

W wyniku wykonania wyżej wymienionych prac w dniu 13.10.2018r. został przywrócony ruch pociągów na przebudowywanym odcinku linii w tym na stacji Rogoźno Wielkopolskie, co stanowi potwierdzenie przekazania do eksploatacji.

Przedmiot Umowy został zrealizowany terminowo, z należytą starannością, zgodnie z obowiązującymi uregulowaniami prawnymi.”

Zamawiający uznał, że przystępujący wykazał (skutecznie uzupełniając Wykaz w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), że posiada wymagane doświadczenie (w tym opisane w pkt. 8.6.1 lit. d) IDW) i 23 października 2020 r. dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W zakresie naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp.

Odwolujący utrzymywał, że przystępujący „nie potwierdził warunków udziału w Postępowaniu z pkt 8.6.1 lit. d) IDW w ramach Stacji Rogoźno Wielkopolskie PORR, wbrew swoim oświadczeniom:

(1)nie wykonał przebudowy dwóch torów głównych zasadniczych: tor nr 4 jest bowiem torem głównym dodatkowym;

(2)do dnia składania ofert nie wykonał prawidłowo i zgodnie z przepisami prawa budowlanego odwodnienia (do dnia składania ofert roboty te nie zostały w ogóle odebrane);

(3)nie wykonał nawierzchni, bowiem do dnia składania ofert nie wykonano szlifowania szyn całych torów w Stacji Rogoźno Wielkopolskie.” (str. 5 odwołania, trzeci akapit).

W pierwszej kolejności ustalenia wymagało, jak należy rozumieć ustanowiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu z pkt. 8.6.1. lit. d) IDW, ponieważ różne sposoby jego interpretacji przez odwołującego oraz zamawiającego (i przystępującego) doprowadziło strony do odmiennych wniosków co do wykazania przez przystępującego spełnienia tegoż warunku.

Odwolujący utrzymywał, że dla uznania, że wykonawca przebudował tor główny zasadniczy koniecznym było wykazanie przez wykonawcę wykonania przebudowy toru w standardzie toru głównego zasadniczego (wykonanie robót charakteryzujących tor główny zasadniczy), niezależnie od klasyfikacji samego toru („Nie ma przy tym znaczenia sama klasyfikacja torów” – str. 6 odwołania drugi akapit), w konsekwencji uznając, że wskazany przez przystępującego tor nr 4 stacji Rogoźno Wielkopolskie (dalej „stacja RW”), choć jest torem głównym zasadniczym linii 236 [(...) tor nr 4 jest torem głównym zasadniczym dla linii kolejowej nr 236” – str. 6 odwołania drugi akapit oraz „formalnie klasyfikowany jako tor główny zasadniczy dla linii kolejowej nr 236” – str. 11 odwołania czwarty akapit)] nie potwierdza przebudowy z pkt. 8.6.1 lit. d) IDW, ponieważ przebudowa nie została wykonana w standardzie toru głównego zasadniczego.

Zamawiający i przystępujący utrzymywali natomiast, że bez znaczenia pozostaje to, w jakim standardzie została wykonana przebudowa toru, o ile sam tor klasyfikowany jest jako tor główny zasadniczy.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że w świetle brzmienia ustanowionego przez zamawiającego warunku z pkt. 8.6.1 lit. d) IDW nieprawidłowe jest jego rozumienie w ten sposób, że wyłącznie przebudowa toru w standardzie toru głównego zasadniczego (wykonanie robót charakteryzujących tor główny zasadniczy) stanowi potwierdzenie spełnienia tegoż warunku.

Podnieść należy, że zamawiający, opisując, w ramach warunku, budowę/przebudowę stacji kolejowej poprzestał na wskazaniu liczby i „rodzaju” torów w stacji (2 tory główne zasadnicze, 1 tor główny dodatkowy), nie artykułując

żadnych oczekiwań co do klasy torów, standardu przebudowy wskazanych "rodzajów" torów, czy co do tego, że tory główne zasadnicze mają znajdować się na tej samej linii kolejowej.

Literalna wykładnia warunku z pkt. 8.6.1 lit. d) IDW nie pozostawia wobec powyższego wątpliwości, że to właśnie klasyfikacja torów jest przesądzająca dla oceny, czy w stacji wykonano przebudowę toru danego rodzaju.

Istotą warunku jest przebudowa stacji kolejowej, a nie danej linii, wobec czego to nie rola toru dla linii winna mieć znaczenie dla oceny spełniania warunku, ale to jak w danej stacji sklasyfikowane są tory.

Tym samym dla przebudowy stacji istotne jest to, że przystępujący wykonał przebudowę toru głównego zasadniczego linii 354 i przebudowę toru głównego zasadniczego dla linii 236, gdyż do tej stacji dochodzą właśnie te dwie linie. Dla obu torów wykonano przebudowę przez podniesienie ich standardów – toru linii 354 do standardu 1.1. właściwego dla linii 354 i toru linii 236 do standardu 2.1. również właściwego dla tej linii, zatem wykonanie przebudowy, rozumianej jako zmiana walorów użytkowych, zostało osiągnięte.

Skład orzekający Izby nie podzielił także stanowiska odwołującego co do tego, że przystępujący nie wykonał, będącej elementem warunku z pkt. 8.6.1. lit. d) IDW nawierzchni, ponieważ do dnia składania ofert nie wykonano szlifowania szyn całych torów w stacji RW.

Skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że w świetle brzmienia ustanowionego przez zamawiającego warunku z pkt. 8.6.1 lit. d) IDW nieprawidłowe jest jego rozumienie w ten sposób, że niezbędnym elementem uznania wykonania nawierzchni jest wykonanie szlifowania torów.

Zamawiający, opisując wymóg przebudowy stacji kolejowej poprzestał na ogólnym wskazaniu, że chodzi o przebudowę „wraz z nawierzchnią”, nie precyzując, że w ramach nawierzchni wykonać należało szlifowanie torów; w szczególności zamawiający nie opisał, że elementem niezbędnym przebudowy nawierzchni jest szlifowanie torów na ostatnim etapie prac.

Tym samym niezasadnym jest, w kontekście wykazania wykonania przebudowy wraz z nawierzchnią „stanowisko odwołującego, że „Brak ostatecznego protokołu odbioru końcowego obejmującego także szlifowanie szyn (...) świadczy o niewykonaniu robót budowlanych (...)” – str. 16 pierwszy akapit (abstrahując od oceny, jaki dokument potwierdza wykonanie szlifowania szyn).

Podkreślenia wymaga, że to zamawiający ocenia, czy wykonywane roboty są na tyle zaawansowane, aby możliwy był ich odbiór i ocena jakości ich wykonania.

Z treści poświadczenia zamawiającego z 18 września 2020 r. wprost wynika, że „W ramach Umowy w stacji kolejowej Rogoźno Wielkopolskie zrealizowano m.in. następujące prace: (...) przebudowa stacji kolejowej w torach nr 1 (tor główny zasadniczy), 2 (tor główny dodatkowy), 2a (tor żeberkowy), 2b (tor żeberkowy), 4 (tor główny zasadniczy), 6 (tor główny dodatkowy), wraz z nawierzchnią, podtorzem oraz odwodnieniem, rozjazdami (17 szt.); (...).

Termin realizacji: wymienione wyżej prace budowlane zakończono do dnia 04.10.2018r. (...) Przedmiot Umowy został realizowany terminowo, z należytą starannością, zgodnie z obowiązującymi uregulowaniami prawnymi.”

Trafna jest zatem ocena zamawiającego i przystępującego, że odwołujący w sposób rozszerzający interpretuje ustanowiony przez zamawiającego warunek z pkt. 8.6.1 lit. d) IDW, oczekując, wbrew jego brzmieniu, że przebudowa stacji obejmowała przebudowę toru w standardzie toru głównego zasadniczego oraz, że niezbędnym elementem uznania wykonania nawierzchni jest wykonanie szlifowania torów.

Oceniając, jak należy rozumieć użyte przez zamawiającego w Poświadczeniu z 18 września 2020 r. sformułowanie „w torach” i odnosząc się do stanowiska odwołującego, iż sformułowanie to nie oznacza, że przebudowa obejmowała tory na całej długości stacji, skład orzekający Izby wskazuje, że brak jakiegokolwiek zastrzeżenia – wyłączenia wykonania przebudowy na jakimkolwiek fragmencie torów w stacji oznacza, że przebudowa obejmowała tory na całej długości stacji.

Uzupełniając, za zamawiającym i przystępującym, skład orzekający Izby przypomina, że dokumenty podmiotów, na rzecz których roboty zostały wykonane wystawiane są w oderwaniu od formułowanych przez poszczególnych zamawiających warunków udziału w postępowaniu, których spełnienie (w zakresie należytego wykonania) mają potwierdzać.

Nawet uwzględniając fakt, że w przedmiotowej sprawie Poświadczenie z dnia 18 września 2020 r. zostało wydane po terminie składania ofert (po sformułowaniu warunku), nie sposób nie dostrzec, że zamawiający, formułując jego treść nie jest w stanie przewidzieć, że będzie ona budziła wątpliwości – w szczególności u konkurencyjnego wykonawcy w jakimkolwiek aspekcie.

W konsekwencji skład orzekający Izby uznał, że przystępujący wykazał spełnienie warunku z pkt. 8.6.1 lit. d) IDW (przy braku kwestionowania przez odwołującego przebudowy drugiego toru głównego zasadniczego i 1 toru głównego dodatkowego z Wykazu), poprzez wskazaną przez niego w pozycji nr 8 Wykazu przebudowę stacji RW, która obejmowała przebudowę toru nr 4, który jest torem głównym zasadniczym dla linii kolejowej nr 236 oraz przebudowę tej stacji wraz z nawierzchnią.

Odwołujący twierdził także, że do dnia składania ofert przystępujący nie wykonał prawidłowo i zgodnie z przepisami prawa budowlanego odwodnienia – do dnia składania ofert roboty te nie zostały w ogóle odebrane.

Skład orzekający Izby uznał, że przystępujący wykonał, będące elementem warunku z pkt. 8.6.1 lit. d) IDW odwodnienie w kwietniu 2019 roku, a zatem przed wyznaczonym na 23 września 2019 r. terminem składania ofert, w sposób należyty, co wykazał za pomocą przewidzianych w SIWZ dokumentów, tj. składając Wykaz (z pozycją nr 8 ujmującą przebudowę stacji RW) i poświadczenie zamawiającego z 18 września 2020 r.

Oświadczenie o wykonaniu odwodnienia w kwietniu 2019 roku przystępujący zawarł w Wykazie (pozycja nr 8). Fakt ten (tak co do wykonania odwodnienia jak i jego wykonania przed terminem składania ofert) wynika z poświadczenia zamawiającego z dnia 18 września 2020 r.

W poświadczeniu zamawiający potwierdził także (przede wszystkim, biorąc pod uwagę cel składania takiego dokumentu) należyte wykonanie odwodnienia – „W ramach Umowy w stacji kolejowej Rogoźno Wielkopolskie zrealizowano m.in. następujące prace: (...) – przebudowa stacji kolejowej w torach nr 1 (tor główny zasadniczy), 2 (tor główny dodatkowy), 2a (tor żeberkowy), 2b (tor żeberkowy), 4 (tor główny zasadniczy), 6 (tor główny dodatkowy), wraz z nawierzchnią, podtorzem oraz odwodnieniem, rozjazdami (17 szt.); (...) Termin realizacji: wymienione wyżej prace budowlane zakończono do dnia 04.10.2018r., a w zakresie odwodnienia w kwietniu 2019r. Przedmiot Umowy został zrealizowany terminowo, z należytą starannością, zgodnie z obowiązującymi uregulowaniami prawnymi.”

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, w kontekście oceny odwołującego, że „odbioru końcowo całości robót miał miejsce dopiero w dniu 10.07.2020 r.” (str. 13 odwołania czwarty akapit), iż to zamawiający ocenia, czy wykonywane roboty są tego rodzaju (roboty zanikające i ulegające zakryciu) i na tyle zaawansowane, aby możliwy był ich odbiór i ocena jakości ich wykonania. Ocena odwołującego – wobec przypisanego tylko zamawiającemu uprawnienia

potwierdzenia należytego wykonania robót – nie może zastępować oceny zamawiającego tak co do momentu, w jakim odbiór jest możliwy, jak i jakości robót.

Podkreślenia wymaga, co oświadczył przystępujący, że „*Roboty dotyczące branży odwodnienia wykonane w kwietniu 2019 r. wynikały ze zmian projektowych i wykraczały poza pierwotny projekt wykonawcy oraz stanowiły roboty dodatkowe.*” (str. 13 pkt 4.19. pisma procesowego przystępującego). Skład orzekający Izby wyjaśnieniem przystępującego dał wiarę. Zostały potwierdzone oświadczeniem inspektora nadzoru G. G. z dnia 18 listopada 2020 r. – „*Protokół odbioru datowany na kwiecień 2019 r. potwierdza prawidłowe wykonanie jednego z elementów tego systemu odwodnienia na odcinku ok. 260 mb jako dodatkowego zadania nieobjętego pierwotną dokumentacją projektową*”, a także oświadczeniem kierownika budowy Piotra Sawickiego z dnia 20 listopada 2020 r. – „*Dodatkowo, w kwietniu 2019 r. zakończono roboty w zakresie budowy drenażu i drenokolektora zlokalizowanego przy torze nr 1 (...) Budowa odwodnienia w głębszym w powyższej lokalizacji wykraczała poza pierwotny projekt wykonawczy. Stanowiła roboty dodatkowe, które zostały uzgodnione z Inspektorem Nadzoru i Inżynierem Kontraktu, a podyktowane napotkanymi trudnymi warunkami gruntowo-wodnymi w głowicy północnej stacji.*”

Dostrzec także należy, co wskazał przystępujący w ww. pkt. 4.9., a co wynika z ww. oświadczenia kierownika budowy, że roboty dodatkowe dotyczyły odwodnienia stacji, gdy tymczasem warunek referuje, jeśli chodzi o element odwodnienia, do toru (przebudowa toru wraz z odwodnieniem).

W kontekście stanowiska odwołującego, iż „*stwierdzenie jakości robót następuje najwcześniej przy odbiorze eksploatacyjnym*” (str. 14 odwołania pierwszy akapit), dostrzec należy, że w poświadczeniu z 18 września 2020 r. zamawiający podał, że „*W wyniku wykonania wyżej wymienionych prac w dniu 13.10.2018r. został przywrócony ruch pociągów na przebudowywanym odcinku linii w tym na stacji Rogoźno Wielkopolskie, co stanowi potwierdzenie przekazania do eksploatacji.*”

W zakresie naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp

Ze sformułowania zarzutu na stronie 2 odwołania w części dotyczącej zaniechania wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, co trafnie podniósł zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie (str. 22 czwarty akapit) wynika, że zarzut opiera się twierdzeniu, że przystępujący nieprawdźliwie twierdził, że wskazana przez niego w pozycji nr 8 Wykazu przebudowa potwierdza spełnienie warunku [„*wbrew oświadczeniom PORR zawartym w Wykazie robót budowlanych (...) PORR nie spełnia określonego przez Zamawiającego warunku (...), przy czym przedstawienie informacji przez PORR w tym przedmiocie nastąpiło w sposób (...) w konsekwencji powinno stanowić podstawę wykluczenia PORR S.A. z postępowania o udzielenie zamówienia.*”].

Także z uzasadnienia odwołania (str. 16) wynika, że według odwołującego nieprawdziwość informacji z Wykazu polega na tym, że nie potwierdzają one wykonania dwóch torów głównych zasadniczych, odwodnienia oraz wszystkich prac w zakresie przebudowy nawierzchni (szlifowania) – „*Podane przez PORR informacje w Wykazie robót z dnia 21 września 2020 r. nie polegają na prawdzie, PORR nie przebudował bowiem w ramach Stacji Rogoźno Wielkopolskie dwóch torów głównych zasadniczych, nie wykonał prawidłowo przed dniem składania ofert odwodnienia, nie wykonał wszystkich prac w zakresie przebudowy nawierzchni, tj. szlifowania szyn w torach stacyjnych.*”

W konsekwencji tak postawionego zarzutu oraz uznania przez skład orzekający Izby, że przystępujący wykazał, że spełnia kwestionowany przez odwołującego warunek z pkt. 8.6.1 lit. d) IDW uznać należy, że w tej części zarzut także się nie potwierdził.

Odnosząc się do podnoszonej przez odwołującego kwestii „manipulowania informacjami dotyczącymi doświadczenia”, skład orzekający Izby wskazuje, że ocena odwołującego wynikała z błędnej interpretacji warunku z pkt. 8.6.1 lit. d) IDW – w świetle brzmienia warunku bez znaczenia pozostawała kwestia, o czym była już mowa powyżej, że tor nr 4 jest torem głównym zasadniczym dla linii 236 i głównym dodatkowym dla linii 354.

Także eksponowanie terminu zakończenia wykonania odwodnienia nie stanowi żadnej manipulacji informacjami dotyczącymi doświadczenia przystępującego w kontekście tego, iż odwodnienie nie zostało prawidłowo ukończone przed terminem składania ofert, ponieważ ustalenia składu orzekającego Izby są odmienne (przystępujący wykazał wykonanie odwodnienia przed terminem składania ofert w sposób prawidłowy).

Nie mogą wreszcie mieć żadnego znaczenia informacje (a tym samym manipulowanie nimi) dotyczące wykonania szlifowania, ponieważ, o czym była już mowa powyżej, szlifowanie nie było niezbędnym elementem wymogu dotyczącego nawierzchni w ramach warunku z pkt. 8.6.1 lit. d) IDW.

Skład orzekający Izby pominął, jako złożone jedynie dla zwłoki, dowody w postaci:

1. dokumentacji dla projektu „*Modernizacja linii kolejowej nr 354 Poznań Główny POD – Chodzież – Piła Główna* (SIWZ – PFU oraz Warunki umowy), wyjaśnień do SIWZ oraz wyciągu z zarządzenia Nr/2005 Id-1 (D-1) „*Warunki techniczne utrzymania nawierzchni na liniach kolejowych*” obowiązującego u zamawiającego, a także projektu wykonawczego – załączniki nr 1 – 6 do odwołania,
2. protokołu nr 12/10 z 22.10.2018 r., załączonego do Pisma procesowego odwołującego z 22 listopada 2020 r.,
3. protokołu odbioru podkomisji ds. podtorza, nawierzchni, rozjazdów z 10.06.2020 r. – załącznik nr 11 do odwołania, zgłoszone na potwierdzenie, że przystępujący w zakresie przebudowy nie wykonał prac charakteryzujących tor główny zasadniczy oraz nie wykonał w ramach przebudowy nawierzchni torów w stacji RW do dnia składania ofert szlifowania szyn na ostatnim etapie prac, ponieważ w świetle brzmienia warunku z pkt. 8.6.1 lit. d) IDW kwestii tego, czy tor został przebudowany w klasie toru głównego zasadniczego oraz, czy w ramach wykonania nawierzchni wykonano szlifowanie torów na ostatnim etapie prac nie mają znaczenia dla oceny spełnienia warunku.

Opinie złożone przez odwołującego i przystępującego skład orzekający Izby uznał za stanowiska własne uczestników postępowania.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2) lit. b) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

-	-	-	<u>Przewodniczący:</u>
	-	-	<u>Członkowie:</u>
	-	-	

.....