Sygn. akt: KIO 1207/17

WYROK
z dnia 4 lipca 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 28 czerwca 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2017 roku przez wykonawcę Z. spółka akcyjna z siedzibą w K.
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego PKP Polski Linie Kolejowe spółka akcyjna z siedzibą w W.
przy udziale wykonawcy T. P. spółka akcyjna siedzibą w W. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1207/17 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Z. spółka akcyjna z siedzibą w K. i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Z. spółka z siedzibą w K. tytułem wpisu wykonawcę akcyjna od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy Z. spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie na rzecz Zamawiającego PKP Polski Linie Kolejowe spółka akcyjna z siedzibą w W. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1207/17

UZASADNIENIE

Zamawiający – PKP Polski Linie Kolejowe spółka akcyjna z siedzibą w W. – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: *„Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej (…) S. - T. dla zadania pn. „Prace na linii kolejowej (…) na odcinku S. - T., Etap III - LCS T.”*

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2016 roku pod numerem 2016/S 250-461478.

12 czerwca 2017 roku Odwołujący działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, tj. wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy T. P. spółka akcyjna z siedzibą w W. (dalej: „T.”) z postępowania, a w konsekwencji na dokonanie czynności wyboru oferty T. jako najkorzystniejszej

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez brak wykluczenia wykonawcy T. w konsekwencji wybrania oferty T. jako

najkorzystniejszej z postępowania, mimo faktu, iż Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu - o którym mowa w pkt 8.2.3 tomu I SIWZ Instrukcji dla wykonawców (posiadania odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej), a doprecyzowanego w pkt 8.6.2 ppkt 5 toku I SIWZ Instrukcji dla wykonawców (dysponowania *na czas wykonania zamówienia osobą posiadającą stosowne doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który w terminie wskazanym w SIWZ opracował co najmniej jedną wielobranżową dokumentację projektową (obejmującą co najmniej projekt wykonawczy) w zakresie Budowy lub Przebudowy, która obejmowała w swym zakresie łącznie co najmniej jeden [1] szlak i dwie [2] stacje kolejowe, obejmujące przynajmniej cztery [4] tory główne i dwie [2] krawędzie peronowe, w oparciu o którą to Dokumentację Projektową uzyskano ostateczną decyzję o pozwoleniu na budowę),* mając w szczególności na uwadze okoliczność, iż wskazany w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy przez T. Pan W. P. nie kierował zespołem, który opracowałby dokumentację wymaganą SIWZ (w tym m.in, z uwagi na fakt, iż dokumentacja ta powstała wcześniej niż Pan P. miał kierować zespołem,

---

inne osoby kierowały zespołem projektowym, a podane stacje nie spełniają warunków określonych w SIWZ).

Odwołujący wniósł merytoryczne rozpatrzenie przez odwołania i jego uwzględnienie, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania, w tym dowodu z opinii biegłego na okoliczności poniżej wskazane, nakazanie Zamawiającemu na wyborze oferty T. jako unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej w postępowaniu, T. wykluczenia najkorzystniejszej nakazanie Zamawiającemu z postępowania, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny i badania ofert, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Odwołujący następująco uzasadniał:

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania dlatego, iż zostały spełnione przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy. Odwołujący ma interes we wniesieniu Odwołania, gdyż w wyniku nieprawidłowych działań Zamawiającego Odwołujący doznał uszczerbku związanego z niemożliwością realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, a w konsekwencji osiągnięcia z tego tytułu zysku (co jest szkodą). Zamawiający bezpodstawnie wybrał bowiem ofertę T., mimo tego, iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Gdyby Zamawiający postąpił w sposób prawidłowy - wykluczył T., to oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą, a w konsekwencji to Odwołujący powinien uzyskać zamówienie publiczne (co wskazuje na fakt naruszenia interesu Odwołującego). Tym samym gdyby Zamawiający postąpił prawidłowo oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą, a on uzyskałby zamówienie publiczne. W konsekwencji w wyniku błędnych czynności Zamawiającego (w tym Jego zaniechań) Odwołujący został pozbawiony możliwości wykonywania zamówienia, co oznacza oczywistą konstatację o naruszeniu jego interesu w uzyskaniu zamówienia, jak i o powstaniu po jego stronie szkody (niemożliwości osiągnięcia zysku z tytułu realizacji zamówienia).

Stan faktyczny sprawy.
Zamawiający ogłosił postępowanie, którego przedmiotem jest Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej (...) S. - T. dla zadania pn. „Prace na linii kolejowej (...) na odcinku S.-T., Etap III-LCS T. Zamawiający rozpisał zatem postępowanie, którego przedmiotem było wykonanie określonych prac budowlanych w konwencji zaprojektuj i wybuduj. 1.2 Zgodnie z punktem 20.7 tomu I SIWZ (Instrukcji dla wykonawców - ID W) - po

---

zmianie z dnia 17 stycznia 2017 r. - w celu oceny ofert Zamawiający przyjął 4 kryteria nadając im określoną wagę. Dokładniej były to:
- *w tym miejscu w odwołaniu wskazano „Fragment nr 1”*
W postępowaniu oferty złożyło 4 wykonawców. Zaoferowali oni następujące warunki:

- w tym miejscu w odwołaniu wskazano „Fragment nr 2”
W konsekwencji Zamawiający dokonał oceny w dniu 1 czerwca 2017 r. oceny:
- w tym miejscu w odwołaniu wskazano „Fragment nr 3”
- w tym miejscu w odwołaniu wskazano „Fragment nr 4”
Odwołujący wskazał, że z powyższego wynika, ze jest w chwili obecnej na trzeciej pozycji, ale w związku ze sposobem wyliczania punktów za poszczególne kryteria (tj. w związku z przyjętym przez Zamawiającego sposobem dokonywania oceny ofert [poszczególnych kryteriów]) w sytuacji wykluczenia T. (a w konsekwencji odrzucenia jej oferty) to oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Zamawiający bowiem w punktach 20.7.1-20.7.4 IDW opisuje sposób przyznawania punktów za poszczególne kryteria, wskazując, iż punktem odniesienia jest najniższa propozycja na dane kryterium z wszystkich nieodrzuconych ofert - i z taką propozycją porównuje się propozycje innych wykonawców. 1.4 Przykładowo - zgodnie z punktem 20.7.3 IDW (dostępność linii kolejowej) Zamawiający wskazał
- w tym miejscu w odwołaniu wskazano „Fragment nr 5”
Jak wynika z ofert na tą pozycję T. zaproponowała I.612h, Z. 26.500h, T.(2) 36.150h a konsorcjum B. 17.501h. W konsekwencji za Kn należało przyjąć 1.612 (oferta T.(2)) i spowodowało to następujące wyliczenia: Dla T.: KD = 1.612/1.612 x 100 x 20% = 20 Dla Z.: KD 1.612/26.500 x 100 x 20% = 1,22 Dla T.(2): KD 1.162/35.150 x 100 x 20%= 0,92 Dla konsorcjum B.: KD 1.162/17.501 x 100 x 20%= 1,84 W sytuacji odrzucenia oferty T. (co byłoby konsekwencją wykluczenia jej z Postępowania) punktem odniesienia nie będzie już 1.612 h (zgodnie z SIZW punktem odniesienia-czyli w tym przypadku „Kn” są oferty niepodlegające odrzuceniu), tylko najniższa pozycja, która w tej sytuacji wynosiłaby 17.501 (konsorcjum B.). Powodowałoby to, że za to kryterium punktacja wyglądałaby następująco: Dla Z.: KD 17.501/26.500 x 100 x 20%= 13,21 Dla T.(2): KD 17.501/35.150 x 100 x 20% = 9,96 Dla konsorcjum B.: KD 17.501/17.501 x 100 x 20% = 20. Sposób wyliczenia ceny wskazuje, iż wyliczenie powinno być dokonywane tak samo jak w przypadku dostępności dla linii kolejowej (a więc w zestawieniu z najniższą ceną zaproponowaną — vide 20.7.1 lit. a IDW). Wskazać w tym miejscu jedynie należy, że w toku Postępowania miała miejsce korekta kwot finalnych związana z oczywistymi omyłkami rachunkowymi (art. 87 ust. 2 pkt 2 PZP). W konsekwencji oferta Z. była na poziomie 555.555.048,29 zł. Tym samym poprawne wyliczenia dla punktacji wskazują: Z.: 543.742.654,4/555.555.048,29 x 100 x 60% = 58,72 T.(2): 543.742.654,4/543.742.654,4 x 100 x 60% = 60 Konsorcjum B.:

543.742.654,4/660.391.782,74 x 100 x 60% = 49,40 1.6 Uzupełnieniem powyższego, jest wskazanie, iż każdy z wykonawców dał taki sam termin wykonania zamówienia (36 miesięcy), co uzasadnia po 10 punktów za to kryterium dla każdego z 3 pozostających do oceny ofert wykonawców (oczywiście po wykluczeniu T., a w konsekwencji odrzucenia jej oferty). Natomiast odnosząc się do ostatniego kryterium - a to doświadczenia personelu wykonawcy - tu ocena nie jest uzależniona od porównywania ofert poszczególnych wykonawców, tylko ocenie podlegają doświadczenia kierownika budowy oraz robót SRK w sposób opisany w punkcie 20.7.4 Instrukcji. Tym samym zmiana polegająca na odrzuceniu oferty T. nie wpłynie na już dokonaną przez Zamawiającego ocenę, który w jej wyniku przyznał po 10 punktów Z. i T.(2), a 7 punktów B.. 1.8 Zestawiając powyższe w tabeli:
- w tym miejscu w odwołaniu wskazano „Fragment nr 6”
Tym samym to oferta Odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą, co również uzasadnia jego interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Odnosząc się jeszcze do pozostałych zagadnień wynikających z SIWZ zauważenia wymaga, iż Zamawiający wskazał, iż wykonawcy muszą spełniać warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 8.2.3 IDW). Rozwinięcie tego wymogu nastąpiło w pkt. 8.6.2 IDW, gdzie Zamawiający, w ppkt. 5, wskazał, że:
- w tym miejscu w odwołaniu wskazano „Fragment nr 7”
T. pierwotnie jako głównego projektanta - koordynatora wskazała osobę Pana H. K.
- w tym miejscu w odwołaniu wskazano „Fragment nr 8”
Powyższe zostało przeklejone ze strony 13-ej wypełnionego przez T. załącznika nr 10 do IDW. W szczególności interesująca jest kolumna „opis doświadczenia” (podana poniżej w czytelniejszy sposób). Zgodnie z tą kolumną Pan H. K. nie spełniał wymogu postawionego przez Zamawiającego (pkt. 8.6.2 ppkt 5 IDW). Bliższe spojrzenie na tą kolumnę:
- w tym miejscu w odwołaniu wskazano „Fragment nr 9”

pokazuje wszak, że Pan H. K. być może pełnił funkcję koordynatora w zakresie: a) zaprojektowania i wykonania szlaku S.(2) -T. (w ramach kontraktu „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej K. —M.-granica państwa na odcinku S.(2) – R. w km 133,600-154,900” b) zaprojektowania i wykonania przebudowy stacji Ł. (4 tory główne zasadnicze i 4 tory główne dodatkowe oraz 6 krawędzi peronowych) - dalej jako stacja nr 1 w ramach zadania „Zaprojektowanie i wykonanie przebudowy stacji Ł. i części szlaku Ł. – Ł. od km 2,250 do km 7,200 wraz z urządzeniami srk i telekomunikacji dla całego odcinka Ł. – Ł. oraz modernizacja linii objazdowej Ł. – Ł. – Ł.”, oraz c) zaprojektowania i wykonania stacji P. (2 tory główne zasadnicze, 6 torów głównych dodatkowych oraz 3 krawędzie peronowe) - dalej stacja nr 2 w ramach zadania „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej K. M. - granica państwa na odcinku P. - B. w km 16,000 - 39,000 w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej (…), odcinek K.-R., etap III”,

Przetarg 1.1” ale i tak nie zostały spełnione warunki udziału w postępowaniu jak bowiem wszystko prima facie mogłoby wydawać się prawidłowe - Zamawiający w pkt 8.6.2 ppkt 5 IDW wymagał doświadczenia w kierowaniu zespołem projektowym opracowującym dokumentację wielobranżową dla szlaku oraz dla dwóch stacji, które miały charakteryzować się tym, że obejmowały przynajmniej cztery (4) tory główne i dwie (2) krawędzie peronowe, a T. przedstawiła osobę, która - wedle jej oświadczenia - kierowała zespołem projektującym, który opracował dokumentację na: a) szlak b) stację nr 1 obejmującą w sumie 8 torów głównych i 6 krawędzi peronowych c) stację nr 2 obejmującą w sumie 8 torów głównych i 3 krawędzie peronowe to - przynajmniej na pierwszy rzut oka - mogłoby się wydawać, że spełniła tym samym wszystkie wymogi. Jednakże jak wynika z dokładnego zapoznania się z wymogiem postawionym przez Zamawiającego przedmiotowe prace (dotyczące szlaku i 2 stacji o określonej wielkości - liczonych wedle ilości torów głównych i krawędzi peronowych) miały być wykonane w ramach 1 wielobranżowej dokumentacji. Wynika to wszak jednoznacznie z pkt 8.6.2 ppkt 5 IDW, gdzie wskazano, że dokumentacja taka (wielobranżowa) ma obejmować w swym zakresie łącznie szlak oraz dwie stacje o określonych parametrach. Nie sposób przy tym uznać, by 1 dokumentacja powstała dla 3 różnych kontraktów. Tym samym już z tego powodu nie można było uznać, że T. spełniła wymogi.
Zamawiający wystosował do T. w dniu 25 maja 2017 r, pismo (znak: IRZR2d-216-CEF- (...)-50/17) w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, w którym wskazał, iż:
- *w tym miejscu w odwołaniu wskazano „Fragment nr 13”*
Dalej Zamawiający wskazał, iż:
- *w tym miejscu w odwołaniu wskazano „Fragment nr 13”*
W konsekwencji Zamawiający wniósł o uzupełnienie doświadczenia dla Pana H. K. zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu określonym w pkt 8.6.2 ppkt 5 IDW przez złożenie załącznika nr 10 w zakresie dotyczącym Głównego projektanta-koordynatora.
T. w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie pismem z dnia 30 maja 2017 r. wskazała, iż:
- *w tym miejscu w odwołaniu wskazano „Fragment nr 15”*
„Uzupełniła” ona zatem doświadczenie Pana H. K. przez zastąpienie go inną osobą, która w jej mniemaniu pozwalała jej na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.2 ppkt 5 IDW. Wskazała ona bowiem Pana W. P. podając, iż:
- *w tym miejscu w odwołaniu wskazano „Fragment nr 10”*
Przybliżenie najistotniejszej części wskazuje, iż:
- *w tym miejscu w odwołaniu wskazano „Fragment nr 11”*
rzeczony Pan miał pełnić określoną funkcję (o czym dalej szerzej) na tym samym kontrakcie, który był podany - wcześniej - dla Pana H. K..
Dokładniej, jak w przypadku Pana H. K. wskazano, iż pełnił on na tym kontrakcie (P.-B.)

funkcję koordynatora (od 01.2011-04.2015):
- *w tym miejscu w odwołaniu wskazano „Fragment nr 12”*
tak w odniesieniu do Pana W. P. wskazano, iż na tym kontrakcie pełnił on od 11.2013-07.2016 funkcję „Projektant/koordynator wielobranżowy”, wskazując kierował on zespołem opracowującym projekt co do dwóch [2] szlaków: a. P. - K.(2), b. K.(2) - B.) oraz dla dwóch [2] stacji: a. B. (obejmującej 8 torów głównych i 3 krawędzie peronowe) b. K.(2) (obejmującej

6 torów głównych i 2 krawędzie peronowe).
W tym miejscu przypomnienia wymaga, iż wykonawca w niniejszym postępowaniu miał przedstawić jedną osobę na stanowisko „Głównego projektanta - koordynatora", który miał mieć doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który w okresie ostatnich pięciu [5] lat przed upływem terminu składania ofert opracował co najmniej jedną [1] wielobranżową dokumentację projektową (obejmującą co najmniej projekt wykonawczy) w zakresie Budowy lub Przebudowy (,..), w oparciu o którą to Dokumentację Projektową uzyskano ostateczną decyzję o pozwoleniu na budowę. T. w swoich oświadczeniach wskazuje natomiast, że przez okres od stycznia 2011 r. do kwietnia 2015 r. doświadczenie w kierowaniu zespołem projektantów, którzy opracowali taką dokumentację, na mocy której została uzyskana ostateczna decyzja o pozwoleniu na budowę uzyskał Pan H. K., a w okresie od listopada 2013 r. do lipca 2016 r. uzyskał Pan W. P. Już ta okoliczność powinna wzbudzić wątpliwości po stronie Zamawiającego, który także pełnił tożsamą rolę na wskazywanym kontrakcie. Wymóg postawiony w IDW wszak wyraźnie wskazuje, iż wykonawca ma przedstawić osobę, która kierowała zespołem projektowym, a nie sposób uznać, iż w tym samym okresie na tym samym zadaniu funkcję taką pełniła więcej niż jedna osoba (w szczególności gdy zauważymy, iż wedle oświadczenia T. obaj Panowie mieli uzyskać doświadczenie - tj. kierować zespołem projektowym np. na tym samym szlaku P.-K.(2)). Co więcej nie ma możliwości, aby Pan W. P. uzyskał doświadczenie, na które może powoływać się T. Zauważenia bowiem w tym miejscu wymaga, iż wedle oświadczenia T., ujętym w załączniku nr 10, Pan W. P. miałby kierować takim zespołem, który to opracował wielobranżową dokumentację projektową (obejmującą co najmniej projekt wykonawczy) w odniesieniu do 2 szlaków (P.-K.(2) i K.(2)-B.) i 2 stacji (K.(2) i B.) od okresu listopada 2013 r. do lipca 2016 r. Z powyższego wynika, że prace projektowe (w wyniku których powstał co najmniej projekt wykonawczy) musiałyby być pod jego kierownictwem prowadzone od listopada 2013 r. (dopiero wtedy zgodnie z oświadczeniem T. pełnił on funkcję „projektanta / koordynatora wielobranżowego"). Tyle, że projekt wykonawczy na szlak K.(2)-B. był realizowany od maja 2012 r. do lipca 2013 r. (dowód: projekt wykonawczy na szlak K.(2)-B.. Niemożliwe jest zatem, aby Pan W. P. rzeczywiście kierował zespołem projektowym, który opracował dokumentację projektową (z przynajmniej projektem wykonawczym) na szlaku K.(2)-B. - skoro projekt taki powstał zanim Pan P. (wedle oświadczenia T.) sprawował funkcję na tym

---

zadaniu. Dowód - dokumentacja wykonawcza na szlak K.(2)-B..) Ponadto odnosząc się do twierdzenia, że Pan W. P. kierował zespołem projektowym opracowującym dokumentację projektową (w tym projekt wykonawczy) co do drugiego z szlaków (a to szlaku P.-K.(2)) - oświadczenie to również nie może polegać na prawdzie. Raz jeszcze w tym miejscu wskazania wymaga, iż T. pierwotnie przedstawiła celem wykazania spełnienia przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu Pana H. K., wskazując, iż Pan ten ma doświadczenie w kierowaniu zespołem na szlaku P.-K.(2) (przypomnienia też wymaga, iż Zamawiający nie kwestionował tego, iż Pan K. - czyli pierwotnie przedstawiony w ofercie - kierował zespołem projektowym na szlaku P.-K.(2). Zamawiający kwestionował natomiast to, że T. wykazywała doświadczenie Pana K. projektami dla trzech różnych kontraktów, podczas gdy wszystko to miało wynikać z jednej dokumentacji projektowej). W konsekwencji dochodzimy do tego, że wedle oświadczenia T. kierowanie zespołem projektowym opracowującym dokumentację wielobranżową (obejmującą przynajmniej projekt wykonawczy) dotyczące szlaku P.-K.(2) było wykonywane przez przynajmniej dwie osoby (Pana H. K. od stycznia 2011 r. do kwietnia 2015 r. oraz przez Pana W. P. od listopada 2013 r. do lipca 2016 r.).
Należy też przypomnieć, iż pojęcie szlaku jest zdefiniowane w obowiązujących na kolei Instrukcjach, zgodnie z którymi należy „czytać" zakres prac do wykonania (PFU), jak i następnie wykonać prace kontraktowe (co wynika z odesłania zawartego w PFU). I tak w szczególności interesuje nas w tym przedmiocie Instrukcja o prowadzeniu ruchu pociągów IR-1 (R-I), (dalej jako „Instrukcja", vide -str. 182, poz. 244 PFU). Instrukcja ta bowiem na stronie 10 definiuje nam pojęcie szlaku. Dokładniej zgodnie z §2 ust. 5: „Szlak jest to część linii kolejowej między: 1) dwoma sąsiednimi posterunkami zapowiadawczymi, 2) ostatnim posterunkiem zapowiadawczym i końcowym punktem linii". Posterunki zapowiadawcze zgodnie z §3 ust. 4 Instrukcji to stacje i posterunki odgałęźne. Definicja posterunku odgałęźnego jest ujęta w §3 ust. 8 Instrukcji. Po przybliżeniu tych podstawowych informacji przypomnienia wymaga, iż mówiąc o szlaku „P.-K.(2)" na pewno jest to szlak między dwoma

sąsiednimi posterunkami zapowiadawczymi, a nie między ostatnim posterunkiem zapowiadawczym i końcowym punktem linii. W konsekwencji szlak „P.-K.(2)" to szlak między dwoma stacjami - stacją P. oraz stacją K.(2). Obie stacje pełnią tu funkcje posterunków zapowiadawczych zgodnie z w/ Instrukcją. Zresztą gdyby to było podważane przez drugą stronę postępowania prowadzonego przed KIO Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego ze, specjalności kolejnictwo na ustalenie, czy szlaku „P.-K.(2)" to szlak między dwoma stacjami P. i K.(2), ewentualnie o ustalenie na podstawie planów sytuacyjnych, które zostały dołączone do PFU przetargu na P.-B. pn: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej K. - M. - granica państwa na oodcinku P. - B. w ramach Projektu „Modernizacja linii kolejowej (…) K. - R., etap III"

Przetarg 1.1. (tj. m.in. tom III SIWZ, sekcja 3, część T) - tj. rysunków pokazujących plany sytuacyjne szlaku i stacji, czy na odcinku od stacji P. do stacji K.(2) możemy mówić o jednym szlaku, czy o większej ilości szlaków. Powyższe jest związane, jak już było to wzmiankowane, z wymogiem wynikającym z pkt. 8.6.2 ppkt 5 IDW, by wykonawca dysponował osobą posiadającą doświadczenie w opracowaniu dokumentacji obejmującej m.in. szlak. W szczególności zatem nie wystarcza doświadczenie w kierowaniu zespołem, który wykonał projekt wykonawczy w odniesieniu do części szlaku. Podsumowując powyższe zauważenia wymaga, że jeżeli T. oświadczyła, że na tym „szlaku" zespołami projektowymi, które opracowały dokumentację projektową, byli zarówno Pan K., jak i Pan P., to możliwe jest albo uznanie, iż oświadczenie to nie jest prawdziwe (co uzasadnia konieczność wykluczenia T. z Postępowania) lub, że obaj Panowie kierowali zespołami dotyczącymi odcinkami szlaku (a nie samym szlakiem) - a w takiej sytuacji również nie można uznać, by nastąpiło spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.6.2 ppkt 5 IDW, a więc T. również winna być wykluczona. Odwołujący wskazał, że T. miała wykazać, iż dysponuje osobą posiadającą doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który w okresie ostatnich pięciu [5] lat przed upływem terminu składania ofert opracował co najmniej jedną wielobranżową dokumentację projektową (obejmującą co najmniej projekt wykonawczy) w zakresie Budowy lub Przebudowy, która obejmowała w swym zakresie łącznie co najmniej jeden [1] szlak i dwie [2] stacje kolejowe, obejmujące przynajmniej cztery [4] tory główne i dwie [2] krawędzie peronowe, w oparciu o którą to Dokumentację Projektową uzyskano ostateczną decyzję o pozwoleniu na budowę b. przedstawiła ona po wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy osobę Pana P., wskazując, iż zdobywał on to doświadczenie w okresie od listopada 2013 r. do lipca 2016 r. a kierował on pracami zespołu, który opracował przynajmniej projekt wykonawczy w odniesieniu do: szlaku „K.(2)-B." (co nie może być prawdą - vide data wykonania projektu wykonawczego), jak i do szlaku „P.-K.(2)" (co również nie może być prawdą - mając na uwadze, iż takie samo oświadczenie T. złożyła odnośnie Pana K., a nie można mówić o „wielości" szlaków pomiędzy stacjami P. a K.(2). Wskazane powyżej uchybienia nie wyczerpują jednakże nieprawidłowości w zakresie dysponowaniem Panem P. (i jego doświadczeniem, na które powołała się T. celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu). Dalej zauważenia wymaga, iż SIWZ wskazywał, iż wskazana przez wykonawcę osoba ma posiadać doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który opracował co najmniej jedną wielobranżową dokumentację projektową w zakresie Budowy lub Przebudowy, która obejmowała opracowana dokumentacja projektowa miała obejmować łącznie w swym zakresie łącznie co najmniej jeden [1] szlak i dwie [2] stacje kolejowe, obejmujące przynajmniej cztery [4] tory główne i dwie [2] krawędzie peronowe. W celu wykazania spełnienia tego warunku T. oświadczyła, iż zespół projektowy, który był kierowany przez Pana P. opracował

---

dokumentację projektową, która dotyczyła dwóch stacji, a to: a) stację B. obejmującą w sumie 8 torów głównych i 3 krawędzie peronowe b) stację K.(2) obejmującą w sumie 6 torów głównych i 2 krawędzie peronowe Prawdą jest jednakże, że dokumentacja projektowa dotycząca Stacji K.(2) nie objęła ani (jak pisze T.) 6 torów głównych, ani nawet „przynajmniej czterech torów głównych" (czyli stacja ta nie może być podawana jako przykład spełnienia wymogu, o którym mowa w pkt. 8.6.2 ppkt 5 1DW). Przypomnienia też w tym miejscu wymaga, iż zgodnie z 8.6.2 ppkt 5 IDW wykonawca miał wykazać doświadczenie w opracowaniu dokumentacji obejmującej co najmniej dwie stacje kolejowe - T. wskazała, iż

Pan P. kierował zespołem, który opracował właśnie dwie stacje. W konsekwencji podważenie przynajmniej jednej z tych stacji powoduje, iż T. winna zostać wykluczona z Postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału. Natomiast okoliczność, iż dokumentacja projektowa w odniesieniu do stacji K.(2) nie obejmowała stacji „obejmującej przynajmniej cztery [4] tory główne" wynika wprost z dokumentacji przetargowej na zadanie P.-B. (czyli kontraktu pod nazwą: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej K. M. - granica państwa na odcinku P.-B. w km 16,000-39,000 w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej (...), odcinek K.-R., etap III", Przetarg 1.1"), a dokładniej z PFU. Przedmiotowe PFU bowiem jednoznacznie wskazuje, iż jak pierwotnie stacja ta posiadała w sumie 8 torów (z czego tylko 5 głównych, a nie 6 głównych - jak napisała to T. - vide str. 7 tomu III PFU Część T [roboty torowe] i część W [roboty odwodnieniowe]
- *w tym miejscu w odwołaniu wskazano „Fragment nr 16"*
tak w wyniku Przebudowy stacja ta miała posiadać jedynie 3 tory główne (vide str. 17 ww. tomu III PFU)
- *w tym miejscu w odwołaniu wskazano „Fragment nr 17"*
W konsekwencji nie sposób uznać, by rzeczywiście dokumentacja projektowa obejmowała w swym zakresie łącznie co najmniej [1] szlak i dwie [2] stacje kolejowe, obejmujące przynajmniej cztery [4] tory główne i dwie [2] krawędzie peronowe. Stacja ta - jak bowiem wynika jednoznacznie z PFU pierwotnie obejmowała 5 torów głównych, tak dokumentacja projektowa odnosiła się już do stacji docelowej, a więc takiej, która miała - jak wynika z PFU, jak i powstałej dokumentacji - obejmować 3 tory główne. Tym samym nie sposób uznać, by dokumentacja projektowa obejmowała Stację K.(2), która miała przynajmniej 4 tory główne. Stworzona dokumentacja dotyczyła bowiem stacji K.(2) obejmującej 3 tory główne. Należy także w tym miejscu, niejako wyprzedzając możliwą argumentację drugiej strony, zauważyć, iż Zamawiający nie wskazał w SIWZ, by dokumentacja projektowa obejmowała w swym zakresie łącznie co najmniej [I] szlak i dwie [2] stacje kolejowe, obejmujące łącznie przynajmniej cztery [4] tory główne i dwie [2] krawędzie peronowe. Podkreślonego wyżej słowa w SIWZ brakuje, a tym samym niedozwolone byłoby to, by celem wykazania spełnienia tego wymogu sumować tory główne na wymaganych dwóch stacjach (a więc

---

twierdzić, że jak stacja B. ma w sumie 5 torów głównych [a nie 8 jak wskazał to T.(2) - vide str. 17 tomu III PFU], a stacja K.(2) 3 - to spełniony jest warunek, aby były przynajmniej cztery tory główne). Zauważenia też wymaga, iż słowo to (łącznie) Zamawiający użył wcześniej, gdy wskazał, że dokumentacja projektowa ma obejmować łącznie co najmniej 1 szlak i 2 stacje. Tym samym mając także na uwadze fakt, iż wykonana dokumentacja projektowa miała obejmować stację obejmującą przynajmniej 4 tory główne, nie sposób uznać, iż dokumentacja projektowa obejmowała taką stację - stacja ujęta w dokumentacji projektowej miała już bowiem jedynie 3 tory główne. Jednocześnie Odwołujący jest w posiadaniu innych projektów wykonawczych (a dokładniej projektów powykonawczych, które powstały w ten sposób, iż na złożonych i wydrukowanych projektach wykonawczych przekreślono „projekt wykonawczy" i zastąpiono go odręcznie dopisanymi słowami „projekt powykonawczy"). Nie zmienia to jednak faktu, iż obrazują one daty powstania projektów wykonawczych (daty te są wydrukowane, w odróżnieniu od czasami dopisywanych odręcznie dat złożenia projektów powykonawczych, które to projekty powstały w sposób opisany powyżej). Z dokumentacji tej wynika, że:
a. dokumentacja wykonawcza dla części szlaku P.-K.(2) (od km 24,100 do km 27,300) jest z grudnia 2012 r.
b. dokumentacja wykonawcza dla stacji K.(2) od km 27,300- do km 29,200 jest ze stycznia 2012 r.
c. dokumentacja wykonawcza dla części szlaku K.(2)- B. (od km 29,200 do km 36,050 jest ze stycznia 2012 r. oraz aktualizowana w lipcu 2013
d. dokumentacja wykonawcza dla stacji B. jest z marca 2013 r.
Jak zatem wynika z powyższego - dokumentacja wykonawcza powstała długo zanim Pan P. pojawił się wedle oświadczenia T. jako podmiot, który by miał kierować zespołami projektowymi, a tym samym nie można uznać, aby T. wykazała, iż dysponuje ona osobą wymaganą SIWZ, skoro w SIWZ wymagane było, by taki kierownik kierował zespołem opracowującym dokumentację, przynajmniej w postaci dokumentacji wykonawczej. Podsumowując rozważania odnoszące się do niespełnienia przez T. warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.2 ppkt 5 IDW wskazania wymaga, że Pan P. z

pewnością nie ma doświadczenia wymaganego SIWZ. Ani bowiem nie kierował on zespołem, który opracował dokumentację (min. projekt wykonawczy) w odniesieniu do obu szlaków, ani w odniesieniu do obu stacji w sposób zgodny z SIWZ. W szczególności daty na dokumentacji wykonawczej pokazują, iż powstała ona zanim, jak wynika z oświadczenia T., Pan P. miałby kierować takim zespołem projektowym. Pokazuje to oczywistą zasadność niniejszego odwołania.

Analiza prawna.

Przechodząc do uzasadnienia prawnego Odwołujący zauważył, iż zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. W postępowaniu warunki takie zostały niewątpliwie przez Zamawiającego wskazane (pkt 8 IDW), a tym samym wykonawca winien je spełnić. W sytuacji, gdy wykonawca nie spełnia takich warunków - konieczne staje się wykluczenie wykonawcy w myśl art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, a w konsekwencji należy uznać, iż jego oferta jest odrzucona (art. 24 ust. 4 ustawy). Jednocześnie w sytuacji dokonania uzupełnienia, czy to na wezwanie Zamawiającego, czy też samodzielne, wykonawca traci możliwość dalszego uzupełniania. W niniejszej sprawie Zamawiający w wezwaniu skierowanym w trybie art. 26 ust. 3 ustawy podważył doświadczenie Pana H. K., wnosząc o uzupełnienie tej pozycji w zakresie dotyczącym Głównego projektanta - koordynatora. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie T. zdecydowała się na „podmienienie" Pana K. na Pana P., a więc w ten sposób utraciła możliwość tego, by w tym zakresie dalej uzupełniać swoją ofertę. A jak wynika niezbicie z opisu stanu faktycznego nie spełnia ona (z Panem P.) warunku udziału w postępowaniu związanego z dysponowaniem osobą posiadającą wymagane SIWZ doświadczenie. W konsekwencji należy uznać, iż bez jakichkolwiek dalszych wezwań T. winna zostać wykluczona przez Zamawiającego, czego Zamawiający zaniechał. W tym miejscu należy wskazać, iż w orzecznictwie KIO ugruntowany jest pogląd o tym, iż wzywanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy ma charakter wyjątkowy, a wykonawca, który dokona uzupełnienia musi wykazać wówczas w niepodważalny sposób, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Przykładowo KIO wskazała tak w wyroku z dnia 14 lipca 2015 r., sygn. KIO 1353/15, wyroku z dnia 12 stycznia 2016 r., sygn. KIO 2823/15, w wyroku z dni 17 lipca 2015 r., sygn. KIO 1436/15. W tym zakresie można jeszcze przytoczyć stanowisko Prezesa UZP, który w wydanej opinii dotyczącej przepisów PZP po nowelizacji, a dotyczącej relacji art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazał, iż: Aktualne pozostaje stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej sprzed nowelizacji w zakresie dopuszczalności tylko jednokrotnego wzywania wykonawcy o konkretny brakujący lub nieprawidłowy lub niepotwierdzający spełniania warunku udziału w postępowaniu (brak podstaw do wykluczenia, spełniania kryteriów selekcji) dokument. Jeśli po zastosowaniu ww. procedury, konkretny dokument nadal nie potwierdza, że spełniony został warunek udziału w postępowaniu lub brak jest podstaw do wykluczenia — wykonawca taki podlega wykluczeniu z postępowania w oparciu o właściwą podstawę prawną z art. 24 ustawy Pzp.
Wyjaśnienia w trycie art. 26 ust. 4 ustawy nie mogą prowadzić do zmiany uzupełnionego dokumentu (T. składając nowy, tj. zmieniony załącznik nr 10 wskazała jednoznacznie, iż Pan

P. posiada stosowne doświadczenie w przedmiocie kierowania zespołem od listopada 2013 r., podczas gdy dokumentacja projektowa wykonawcza powstała wcześniej). Tak wypowiedziała się KIO m.in. w wyroku z dnia 3 kwietnia 2014 r. (sygn. KIO 516/14 i 563/14). Byłoby to bowiem zrównane z ponownym wezwaniem do uzupełnienia. Jednocześnie opisana wyżej sytuacja zaniechania wykluczenia T. pokazuje, iż Zamawiający prowadził postępowanie z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, co uzasadnia naruszenia art. 7 ust 1 ustawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz

oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się przepis ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, opublikowanej w dniu 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 roku (dalej: „ustawa").

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 12 czerwca 2017 roku (poniedziałek) wobec czynności Zamawiającego z dnia 1 czerwca 2017 roku, oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki *ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.
Zaznaczyć należy, że Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę, która podlegała ocenie Zamawiającego, została oceniona i sklasyfikowana na trzeciej pozycji zgodnie z sumą uzyskanych punktów w poszczególnych

kryteriach oceny ofert określonych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał uzasadnienie dla punktacji jaką może uzyskać, która została wyliczona zgodnie z zasadami dotyczącymi sposobu liczenia punktacji w poszczególnych kryteriach oceny ofert przyjętą przez Zamawiającego i wykazał, że w przypadku, gdyby stawiany przez Odwołującego w odwołaniu zarzut był zasadny, to właśnie oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W rozpoznawanym przypadku nie ma miejsca wskazane przez uczestnika postepowania odwoławczego zmaterializowanie interesu we wniesieniu odwołania w zależności od zasadności podnoszonych zarzutów odwołania, bowiem Odwołujący wykazał, że w przypadku, gdyby zarzut odwołania był zasadny to oferta Odwołującego, uwzględniając sposób liczenia punktów w poszczególnych kryteriach oraz przyjęte przez Zamawiającego zasady liczenia tych punktów, byłaby najkorzystniejsza.
Izba wskazuje również, że podnoszone w trakcie rozprawy argumenty odnoszące się do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego, którego oferta została oceniona przez Zamawiającego, nie stanowią również o braku interes we wniesieniu odwołania. Podkreślić bowiem należy, że oferta Odwołującego została oceniona przez Zamawiającego i uznał Zamawiający, że wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postepowaniu. Ewentualne dokonywanie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postepowaniu przez Odwołującego w trakcie rozprawy nie może stanowić podstawy dla oceny wykazania interesu we wniesieniu odwołania, który to interes – jak wskazywał uczestnik postępowania odwoławczego – materializuje się na moment jego wniesienia.

Zamawiający w dniu 13 czerwca 2017 roku powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postepowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę T. P. spółka akcyjna siedzibą w W.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie na rozprawie do protokołu oraz zawarte w złożonych pismach procesowych.

W spawie zostały złożone pisma procesowe:

pismo z dnia 27 czerwca 2017 roku „Pismo Odwołującego”, −

pismo z dnia 27 czerwca 2017 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie”, −

pismo z dnia 28 czerwca 2017 roku „Pismo procesowe Przystępującego”. −

Izba dopuściła w postępowaniu dowody zawnioskowane i złożone do akt sprawy przez Odwołującego, Zamawiającego oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Art. 7 ust. 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy - *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;*

Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu*

o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego 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; ei *incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi, a nie na tym kto zaprzecza).* Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (…). Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości*

przypadków to on będzie wywodził z faktu skutki prawne.
Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: *Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).*

W zakresie zarzutów odwołania:

Zgodnie z pkt 8.6.2.5 Instrukcji dla Wykonawcy Główny projektant – koordynator zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu w celu jego wykazania musiał posiadać następujące doświadczenie: *doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, który w terminie wskazanym w SIWZ opracował co najmniej jedną wielobranżową dokumentację*

---

projektową (obejmującą co najmniej projekt wykonawczy) w zakresie Budowy lub Przebudowy, która obejmowała w swym zakresie łącznie co najmniej jeden [1] szlak i dwie [2] stacje kolejowe, obejmujące przynajmniej cztery [4] tory główne i dwie [2] krawędzie peronowe, w oparciu o którą to Dokumentację Projektową uzyskano ostateczną decyzję o pozwoleniu na budowę.

W wyniku wezwania przez Zamawiającego wykonawcy T. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających wykazanie spełnienia warunku udziału w postepowaniu wykonawca ten wskazał na stanowisko Główny projektant – koordynator Pana W. P..

Izba wskazuje, że kluczowym w obliczu podniesionego zarzutu odwołania jest kwestia rozumienia ukształtowanego warunku udziału w postępowaniu. Izba podkreśla, że Zamawiający wykonując ciążące na nim ustawowe obowiązki wskazuje warunki udziału w postępowaniu. Choć w tym zakresie ustawa uległa zasadniczej zmianie – obecnie Zamawiający wskazuje warunek udziału w postepowaniu, a nie dokonuje opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu - w wyniku nowelizacji z lipca 2016 roku, to aktualne pozostaje w tym zakresie orzecznictwo Izby i sądów powszechnych. Aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie wykonawców wymagania im stawiane muszą być skonkretyzowane (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 984/08). Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków musi być jednoznaczny, a dokumenty, jakimi ma wykazać się wykonawca musza być konkretnie określone i wskazane (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 938/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2012 roku sygn. akt KIO 485/12; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2013 rok sygn. akt KIO 2384/13). W ocenie Izby nadal aktualne pozostaje utrwalana przez lata teza, że postanowienia w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, obecnie postanowienia dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnia gramatyczną. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań co zapobiega jakiejkolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu warunku udziału w

postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w

17

---

postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego.

Ukształtowany przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunek udziału w postepowaniu należy i musi być odczytywany w ten sposób, że Główny projektant – koordynator musi posiadać doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym, i w zasadzie to jest wymaganie jakie ukształtował Zamawiający w stosunku do osoby Głównego projektanta – koordynatora. Zamawiający nie określił żadnych innych wymagań w stosunku do okresu kierowania zespołem projektowym, jak również Zamawiający nie określił katalogu prac jakie zespół projektowy winien był wykonać w czasie, gdy jego prace koordynowała osoba wskazana w tym postępowaniu na stanowisko Głównego projektanta – koordynatora. Główny projektant – koordynator miał się wykazać kierowaniem zespołem projektowym, który opracował co najmniej jedną wielobranżową dokumentację projektowa obejmującą co najmniej projekt wykonawczy w zakresie budowy lub przebudowy, w oparciu o którą to dokumentację projektową uzyskano ostateczną decyzję o pozwoleniu na budowę. Tym samym określenie wymagań w zakresie przygotowania dokumentacji projektowej czyli jej zakresu i efektu jaki miała wywołać stanowiło katalog prac jakie miał zrealizować zespół projektowy, natomiast doświadczenie głównego projektanta – koordynatora zostało sprecyzowane jedynie przez odniesienie do kierowania takim zespołem. W ocenie przy tak ukształtowanym warunku udziału w postępowaniu istotne było, aby zespół projektowy przygotował dokumentację projektowa, w oparciu o którą to dokumentację uzyskano ostateczną decyzję o pozwoleniu na budowę oraz projekty wykonawcze. W rozpoznawanym przypadku tak też się stało, ponad wszelką wątpliwość zostało wykazane – co wykazywał zarówno Odwołujący jak i Zamawiający i uczestnik postępowania odwoławczego – że Pan P. był Projektantem – Koordynatorem od dnia 3 marca 2014 roku przy realizacji umowy modernizacji linii kolejowej (...), odcinek K. – R., etap III, co wynika z dokumentów złożony w trakcie rozprawy, a w szczególności z pisma z dnia 27 czerwca 2017 roku, oświadczenia Dyrektora Projektu. Również z dokumentu złożonego zarówno przez Zamawiającego jak i Odwołującego, pismo z dnia 3 marca 2014 roku wynika, że Pan P. był Projektantem – Koordynatorem ww. zadaniu. W ocenie Izby zostało również wykazane, że zespół projektowy, którym od pewnego momentu kierował Pan P. przygotował jedną wielobranżową dokumentację projektowa obejmującą co najmniej projekt wykonawczy w zakresie budowy lub przebudowy, w oparciu o którą to dokumentację projektową uzyskano ostateczną decyzję o pozwoleniu na budowę, co również wynikało z przedstawianych w trakcie rozprawy dokumentów, w tym decyzji o pozwoleniu na budowę, jak również wykazano w trakcie rozprawy, że zespół projektowy przygotował projekty wykonawcze.

18

Sposób rozumienia tego warunku udziału w postępowaniu jaki wskazuje Odwołujący prowadziłby do tego, że niezbędna byłoby w każdym przypadku inna, niewyartykułowana w warunku jego interpretacja, która w zasadzie prowadziłaby do rożnej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez równych wykonawców. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie wymagał w warunku, aby wielobranżowa dokumentacja projektowa stanowiąca podstawę wydania pozwolenia na budowę oraz projekty wykonawcze wykonane były przez zespół projektowy, który był w tym właśnie czasie, w czasie opracowywania wszystkich tych dokumentów kierowany przez danego koordynatora / kierownika. Izba wskazuje, że Zamawiający nie określa w warunku zakresu dokumentacji projektowej przez odniesienie do poszczególnych dokumentów dokumentacji, lecz określa ten zakres przez wskazanie, że w oparciu o tą dokumentację uzyskano ostateczną decyzję o pozwoleniu na budowę oraz że opracowany został również projekt wykonawczy. Zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy z 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2016 roku poz. 290 ze zmianami; dalej „Pr.b.") w art. 34 zostały określone wymagania jakim musi odpowiadać projekt budowlany, który jest zatwierdzany w decyzji o pozwoleniu na budowę. Zgodnie z art. 35 Pr. b. przed wydaniem decyzji o pozwoleniu na budowę lub odrębnej

decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego organ administracji architektoniczno-budowlanej sprawdza: 1) zgodność projektu budowlanego z ustaleniami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego i innymi aktami prawa miejscowego albo decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu w przypadku braku miejscowego planu, a także wymaganiami ochrony środowiska, w szczególności określonymi w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, o której mowa w art. 71 ust. 1 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko; 2) zgodność projektu zagospodarowania działki lub terenu z przepisami, w tym techniczno-budowlanymi; 3) kompletność projektu budowlanego i posiadanie wymaganych opinii, uzgodnień, pozwoleń i sprawdzeń oraz informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, o której mowa w art. 20 ust. 1 pkt 1b, oraz zaświadczenia, o którym mowa w art. 12 ust. 7; 4) wykonanie – w przypadku obowiązku sprawdzenia projektu, o którym mowa w art. 20 ust. 2, także sprawdzenie projektu – przez osobę posiadającą wymagane uprawnienia budowlane i legitymującą się aktualnym na dzień opracowania projektu – lub jego sprawdzenia – zaświadczeniem, o którym mowa w art. 12 ust. 7. Wyżej wymienione zadania stanowią zakres obowiązków organu, których musi dokonać organ celem kompleksowego sprawdzenia projektu budowlanego. Tym samym co najmniej takie dokumenty, jak te podlegające ocenie przez organ, a wskazane w ww. przepisie musiały stanowić zakres jaką projektowy, wielobranżowej dokumentacji projektowej wykonał zespół aby na tej podstawie można było uzyskać decyzję o pozwoleniu na budowę. Zgodnie z tym

---

jak wskazał Zamawiający w ukształtowanym warunku dokumentacja projektowa musiała również obejmować co najmniej projekt wykonawczy. Jednocześnie należy mieć na względzie, że projekty wykonawcze mogą być realizowane w późniejszym czasie po uzyskaniu pozwolenia na budowę, jak również należy mieć na uwadze, że w opracowywane są projekty budowlane zamienne, wprowadzane są równego rodzaju zamiany, a to się wiąże ze zmianami pozwoleń na budowę, jak również zmienionymi, nowymi projektami wykonawczymi. Warunek udziału w postępowaniu nie może być interpretowany i podlegać wykładni, warunek musi być rozumiany tak jak jest napisany, bowiem skutki jego oceny przez Zamawiającego mogą być bardzo dotkliwe dla wykonawców, a do tego ewentualna interpretacja warunków doprowadziłaby do innej oceny spełnienia tych warunków przez każdego z wykonawców. Izba wskazuje, że również pośrednio przyznał takie rozumienie warunku sam Odwołujący skupiając argumentację w zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów na projektach wykonawczy, pomijając jednocześnie argumentację dotyczącą wykonania dokumentacji projektowej stanowiącej podstawę wydania decyzji o pozwoleniu na budowę. Podnoszenie tej argumentacji w piśmie procesowym stanowi rozszerzenie zarzutu, bowiem to właśnie argumentacja faktyczna i uzasadnienie podniesionych naruszeń przepisów stanowi zarzut odwołania. Izba podkreśla, że lakoniczne odniesienie się jedynie do samej treści SWIZ nie może zostać uznane za argumentację faktyczną podnoszonego naruszenia przepisu ustawy, na co Izba zwracała uwagę wielokrotnie w swoim orzecznictwie.

Odnośnie zakresu objętego budową lub przebudową Zamawiający wymagał aby obejmowały one *w swoim zakresie łącznie co najmniej jeden (1) szlak i dwie (2) stacje kolejowe, obejmujące przynajmniej cztery (4) tory główne i dwie (2) krawędzie peronowe.* W ocenie Izby treść tego fragmentu warunku również nie może podlegać wykładni polegającej na jego interpretacji lecz odnosić się do jego literalnego brzmienia. Zamawiający w sposób precyzyjny wyartykułował, że opracowana dokumentacja projektowa w zakresie budowy lub przebudowy ma obejmował łącznie szlak kolejowy i dwie stacje kolejowe. Natomiast stacje kolejowe miały obejmować przynajmniej 4 tory główne i dwie krawędzie peronowe. Faktem jest, że Zamawiający nie użył we fragmencie „obejmujące *przynajmniej cztery (4) tory główne i dwie (2) krawędzie peronowe"* sformułowania „każda", jednakże nie użył również sformułowania „łącznie" co uczynił określając minimalną zawartość dokumentacji projektowej. Tym samym przypisywanie w tym miejscu jakiegoś określonego rozumienia wymaganiom określonym w stanowi ponownie próbę jego interpretacji, warunku nieuprawnionej wykładni na etapie oceny ofert. Warto zaznaczyć, że w tym samym postępowaniu w warunku odnoszącym się do projektanta branży sterowania ruchem kolejowym Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, że w ramach posiadanego

doświadczenia ma się wykazać tym, że dokumentacja projektowa musiała obejmować swoim

zakresem co najmniej *2 stacje kolejowe obejmujące przynajmniej 4 tory główne oraz liczące co najmniej po 10 zwrotnic każda.*

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 186 ust. 6, art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 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. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

Przewodniczący: ……