

WYROK

z dnia 11 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2022 r. przez wykonawcę ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie, w postępowaniu prowadzonym przez Warszawską Kolej Dojazdową Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim

przy udziale wykonawcy INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz kwotę Zamawiającego 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów poniesionych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Warszawska Kolej Dojazdowa Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku

Mazowieckim prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie na

„Wykonanie robót budowlanych obejmujących budowę, przebudowę i rozbudowę linii

kolejowej nr 47 w zakresie dobudowy drugiego toru wraz z infrastrukturą towarzyszącą,

w ramach zadania: „Modernizacja infrastruktury kolejowej linii WKD - poprzez budowę drugiego toru linii kolejowej nr 47 od Podkowy Leśnej do Grodziska Mazowieckiego”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 sierpnia 2021 r. pod numerem 2021/S 161-425264.

W dniu 18 marca 2022r. - wykonawca ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwolujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił naruszenie:

1) art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”) z postępowania mimo tego, iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż na ich podstawie Zamawiający uznał, iż wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu i wybrał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą, gdyż wykonawca ten oświadczył w złożonym przez siebie wykazie robót budowlanych (l.p. 1.a i 1.b), że zakres zamówienia obejmował na każdym ze wskazanych zadań budowę nawierzchni torowej, gdzie suma budowanych torów (liczba mnoga) wynosiła łącznie co najmniej 5 km linii dwutorowej, podczas gdy nie jest to prawdą, gdyż na każdym z tych zadań nie miała miejsca taka sytuacja - długość budowanych torów była mniejsza niż 5 km linii dwutorowej (a więc 10 km linii jednotorowej), a dodatkowo nie jest prawdą, iż zakres tych zadań obejmował budowę nawierzchni torowej o wymaganej długości co w konsekwencji wprowadziło Zamawiającego w błąd w zakresie uznania, iż wykonawca ten spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu, co jednocześnie świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady, o których mowa w art. 16 Pzp, a więc zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia

oferty Przystępującego mimo faktu, iż wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w

postępowaniu, o którym mowa w pkt XII.2 ppkt 4A lit. a) SWZ, gdyż nie posiada on zdolności technicznej lub zawodowej wymaganej w tym zakresie z uwagi na brak spełnienia wymogu, aby wykonana została budowa lub przebudowa w ramach jednej umowy/kontraktu nawierzchni torowej na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, na której suma długości budowanych lub przebudowywanych torów wynosiła łącznie co najmniej 5 kilometrów linii dwutorowej zelektryfikowanej, przy czym co najmniej 1 kilometr wykonany był przy czynnym ruchu kolejowym po torach sąsiednich, gdyż na żadnym ze wskazanych przez wykonawcę zadań celem spełnienia tego warunku sytuacja taka nie miała miejsca (długość budowanych torów była mniejsza niż 5 km linii dwutorowej, a więc 10 km linii jednotorowej, prace dotyczyły budowy lub przebudowy torów a co najwyżej jednego toru - w tym przypadku, toru nr 2 tej samej linii na obu zadaniach a dodatkowo zakres zadań nie obejmował budowy nawierzchni torowej o wymaganej długości), a wykonawca ten był już wzywany do uzupełnienia JEDZ dla podmiotu, na którego zasoby wykonawca się powoływał (Przedsiębiorstwo EL-IN sp. z o.o.) co wyklucza dalsze wzywanie do uzupełnienia spełnienia warunku, co jednocześnie świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady, o których mowa w art. 16 Pzp, a więc zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

ewentualnie, z ostrożności procesowej Odwołujący zarzucił naruszenie:

3) art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia

podmiotowych środków dowodowych/oświadczeń składanych w postępowaniu w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt XII.2 ppkt 4) lit. A podlit. a) SWZ, a to na wypadek, gdyby Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki do uwzględnienia zarzutów nr 1 lub nr 2, gdyż wykonawca z powodów ww. wskazanych (w zarzucie nr 1 jak i nr 2) nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt XII.2 ppkt 4) lit. A

podlit. a) SWZ.

W oparciu o tak postawione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jak i czynności badania i oceny ofert,

2) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny ofert, w tym nakazanie Zamawiającemu:

- wykluczenia Przystępującego z powodu, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp,
- odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, ewentualnie,
- nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych/oświadczeń składanych w postępowaniu w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt XII.2 ppkt 4) lit A podlit. a) SWZ.
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania na fakty tam wskazane,
- zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm prawem przepisanych.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazał, że Zamawiający postanowił w rozdziale XI SWZ, iż wykonawcy będą podlegali wykluczeniu w sytuacjach wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Dodatkowo wyjaśnił, że w ustalonym przez Zamawiającego w pkt XII.2 ppkt 4A lit. a) SWZ warunku udziału w postępowaniu Zamawiający ustalił, że:

„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał budowę lub przebudowę na rzecz jednego Zamawiającego lub Zleceniodawcy w ramach jednej umowy/kontraktu, nawierzchni torowej na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, na której suma długości budowanych lub przebudowywanych torów wynosiła łącznie co najmniej 5 kilometrów linii dwutorowej zelektryfikowanej, przy czym co najmniej 1 kilometr wykonany był przy czynnym ruchu kolejowym po torach sąsiednich”.

Odwołujący wyjaśnił, że Przystępujący w złożonym przez siebie oświadczeniu - Wykaz robót budowlanych powołał się - celem wykazania spełnienia tego warunku - na dwa zadania zrealizowane przez podmiot zapewniający mu zasoby, a więc Przedsiębiorstwo EL-IN sp. z o.o., a to na zadanie opisane pod l.p. 1.a (w skrócie „Okocim”) oraz na zadanie opisane pod l.p. 1.b (w skrócie „Bochnia”). Odwołujący wyjaśnił, iż są to dwa odrębne zadania wykonywane na podstawie dwóch odrębnych umów/kontraktów zawartych pomiędzy PKP Energetyka SA z Przedsiębiorstwem EL-IN sp. z o.o. w przypadku zadania 1a, oraz pomiędzy PKP Energetyka Sp. z o.o. z konsorcjum firm: Intop Warszawa Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwem EL-IN sp. z o.o. dla zadania 1b.

Odwołujący podkreślił, że Przystępujący wskazał, że na każdym z tych zadań miała miejsce „budowa na rzecz jednego Zamawiającego lub Zleceniodawcy w ramach jednej umowy/kontraktu, nawierzchni torowej na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, na której suma długości budowanych lub przebudowywanych torów wynosiła łącznie co najmniej 5 kilometrów linii dwutorowej zelektryfikowanej, przy czym co najmniej 1 kilometr wykonany był przy czynnym ruchu kolejowym po torach sąsiednich.”. Powyższe oświadczenie - jak wskazał Odwołujący - nie jest jednak prawdą, ponieważ na każdym z tych zadań, jak wynika z referencji, jakie zostały przedstawione przez wykonawcę wynika, że nie mamy do czynienia z tym stanem rzeczy.

Odwołujący stwierdził, że w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu konieczne było wykazanie budowy nawierzchni torowej, na której suma długości budowanych (lub przebudowywanych) torów (liczba mnoga) wynosiła łącznie co najmniej 5 kilometrów linii dwutorowej. Linia dwutorowa, jak sama nazwa wskazuje, składa się z dwóch torów. W konsekwencji w sytuacji, gdy wymagana jest długość torów wynosząca „łącznie co najmniej 5 km linii dwutorowej” konieczne jest wykazanie doświadczenia w budowie 10 km pojedynczego toru (inaczej nie będziemy mieli do czynienia z budową torów w sumie wynoszących łącznie co najmniej 5 km linii dwutorowej). Tyle, że jak wynika z referencji - sytuacja taka nie miała miejsca - gdyż na zadaniu „Okocim”, jak wynika z referencji, montaż toru przez EL-IN miał miejsce tylko na torze nr 2 o długości 9,5 km.

Natomiast na zadaniu „Bochnia” EL-IN analogicznie wykonywał prace jedynie na torze nr 2 o długości 7,843 km. Jak zatem wynika, żadne z tych zadań nie obejmuje zatem 5 kilometrów linii dwutorowej a tym samym 10 km pojedynczego toru.

Odwołujący zauważył także, że Przystępujący w swojej ofercie na spełnienie warunku wskazał w załączniku nr 6 jednoznacznie zaznaczając „tak” w formularzu Wykazu robót, że wykonał budowę lub przebudowę nawierzchni torowej, co nie jest zgodne z prawdą i wprost wynika to z przedłożonych przez Odwołującego referencji. Bowiem w ramach zadania Okocim realizowanego od 03.2014 r. do 10.2016 r. Przystępujący wykonał szereg robót wykazanych w liście referencyjnym z tym, że żadna z tych prac nie spełnia wymogu SWZ, który jednoznacznie mówi o budowie lub przebudowie nawierzchni. Przedłożony list referencyjny bardzo precyzyjnie opisuje wykonywane roboty i dotyczą one prac w podtorzu kolejowym (nie będącym elementem nawierzchni), odwodnieniu, budowie peronów a w zakresie nawierzchni precyzuje, że Wykonawca wykonał - „Ułożenie torów z szyn 60E1 na podkładach strunobetonowych z zamocowaniem SB i zgrzewaniem” czyli tylko jedną ze składowych prac związanych z budową/przebudową nawierzchni. Nie stanowi to jednak o zakresie prac mogących zostać uznane za budowę nawierzchni torowej. Natomiast w ramach zadania Bochnia realizowanego w okresie od 16.10.2014 r. do 18.10.2016r. Przystępujący również podał nieprawdę, gdyż zgodnie z treścią referencji wykonał budowę nawierzchni na p.o odc. Biadoliny od km 59.200 - 59.943 czyli dokładnie na odcinku tylko 743 m. Na odcinku 52.100 - 59.200 Przystępujący zrealizował budowę peronu, roboty torowe w zakresie budowy nowego nasypu w rejonie rzeki Uszwicy czyli realizował roboty inne niż wymagania SWZ. Z listu referencyjnego dodatkowo wynika że Przystępujący realizował różne prace na odcinku od km 52.100 - 59.943 a nie wynika z tego, że realizował on cały wskazany odcinek. List referencyjny jest bardzo precyzyjny w opisie zakresu prac wskazując nawet na takie drobne prace jak „odwinięcie wcześniej ułożonej geowłókniny”

więc nie jest możliwe, aby nie wskazywał innych robót koniecznych do uznania, że doszło do budowy nawierzchni torowej. Co więcej, jak już Odwołujący wskazywał, wyrażnie w treści referencji jest mowa o tym, że roboty torowe były wykonywane jedynie na odcinku 743 m, wyklucza to zatem uznanie, że w zakresie tego zadania Przystępujący mógł wykonać budowę nawierzchni torowej w dłuższym zakresie, tj. co najmniej 5 kilometrów linii dwutorowej (10 km pojedynczego toru).

W konsekwencji - według Odwołującego - ziszczyły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, gdyż po pierwsze Zamawiający został wprowadzony w błąd poprzez podanie niezgodnie z prawdą, że na każdym z przedstawionych Przystępującego zadań, miała miejsce „budowa na rzecz jednego Zamawiającego lub Zleceniodawcy w ramach jednej umowy/kontraktu, nawierzchni torowej na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, na której suma długości budowanych lub przebudowywanych torów wynosiła łącznie co najmniej 5 kilometrów linii dwutorowej zelektryfikowanej, przy czym co najmniej 1 kilometr wykonany był przy czynnym ruchu kolejowym po torach sąsiednich.” Nie mamy bowiem spełnienia warunku w zakresie długości, bowiem suma długości budowanych (lub przebudowywanych) torów nie wynosiła łącznie co najmniej 5 kilometrów linii dwutorowej, a co za tym idzie 10 km pojedynczego toru.

W konsekwencji - Odwołujący stwierdził - że Przystępujący przedstawił nieprawdziwe informacje, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania, gdyż - znów warunek ten jest spełniony - jak widać Zamawiający podjął decyzję o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego po otrzymaniu nieprawdziwego oświadczenia, które spowodowało, iż uznał, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu (co jest przesłanką dokonania wyboru takiej oferty jako najkorzystniejszej).

Według Odwołującego, Przystępujący przedstawił przedmiotowe informacje działając lekkomyślnie lub niedbale - do spełnienia tego warunku wystarcza zatem działanie nieumyślne, z czym z pewnością mamy do czynienia w niniejszej sytuacji, gdy wykonawca realizował przedmiotowe prace w zakresie jednego z tych zadań (Bochnia) w konsorcjum, co do drugiego również powinien również posiadać wiedzę odnośnie rozmiaru i zakresu wykonywanych robót, składając w tym zakresie oświadczenie na załączniku nr 6 do oferty.

Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z treścią wyroku KIO 273/20 z dnia 25 lutego 2020r., pod pojęciem „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego”, o których mowa w ww. przepisie należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości danego zamawiającego. Jednocześnie podkreślić należy, iż w świetle ww. przepisu wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na

decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Ponadto do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, można zaliczyć informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty. Powyższe przesłanki jednoznacznie wskazują, iż zasadnym jest wykluczenie Przystępującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp. Dodatkowo wskazać również należy na ziszczenie się warunku do odrzucenia oferty Przystępującego w postaci art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp, gdyż wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt XII.2 ppkt 4) lit A podlit. a) SWZ.

W konsekwencji, Odwołujący stwierdził, że opisane wyżej zaniechania wykluczenia i odrzucenia oferty wykonawcy INTOP Warszawa Sp. z o.o., dobitnie wskazują, iż Zamawiający prowadził Postępowanie z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, co uzasadnia naruszenia art. 16 ust 1 Pzp.

Odwołujący końcowo wskazał, że na wypadek, gdyby Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki do uwzględnienia zarzutów nr 1 lub nr 2, wnoszę o nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych /oświadczeń składanych w postępowaniu w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt XII.2 ppkt 4A lit. a) SWZ.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości. Przytoczył brzmienie warunku określonego w rozdziale XII ust. 2 pkt. 4A. lit. a) SWZ i wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego nie wymagał on doświadczenia w budowie lub przebudowie 10 km pojedynczego toru (bądź dwóch torów o długości 5 km każdy), a w zakresie budowy lub przebudowy nawierzchni torowej na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej (wymiana nawierzchni rozumiana zgodnie z dalszą częścią warunku jako budowa lub przebudowa torów), w której to suma długości budowanych lub przebudowywanych torów wynosiła łącznie 5 km linii dwutorowej zelektryfikowanej rozumianych jako 5 km robót wykonanych łącznie na linii dwutorowej, co oznacza że na jednym torze wykonawca mógł legitymować się doświadczeniem w wykonaniu lub przebudowie 5 km toru, a na drugim 0 km lub w innej dowolnej konfiguracji dla sumy wynoszącej 5 km (np. 2 km na jednym torze i 3 km na drugim). Przyjęte przez Odwołującego stanowisko nie znajduje żadnego uzasadnienia w treści dokumentów zamówienia i jest sprzeczne z oczekiwaniami Zamawiającego, o czym stanowi posłużenie się przez

Zamawiającego w treści spornego warunku wyrażeniem „łącznie 5 km”. Zamawiający w ten sposób bowiem chciał wskazać uczestnikom postępowania na wymaganą łączną długość przebudowanych torów dla linii dwutorowej, a nie minimalną długość wykonywaną na jednym odcinku toru. Wyznacznikiem spełnienia omawianego warunku udziału w Postępowaniu było więc 5 km zbudowanego lub przebudowanego toru łącznie. Odwołujący natomiast, interpretując warunek udziału w postępowaniu, konsekwentnie pomija określenie „łącznie”, wyprowadzając nieznajdujący oparcia w jego treści wniosek, jakoby zamówienie referencyjne obejmować miało 10 km pojedynczego toru, a takie „doprecyzowanie” nie wynika z treści warunku udziału w Postępowaniu.

Zamawiający wskazał ponadto, że przedstawiona przez Odwołującego interpretacja o konieczności legitymowania się przez wykonawców doświadczeniem w budowie/przebudowie odcinka o długości 10 km pojedynczego toru, prowadzić musiałaby do stwierdzenia nieproporcjonalności tak postawionego warunku do przedmiotu zamówienia ergo do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 112 ust. 1 Pzp, bowiem warunek w interpretacji Odwołującego nie spełniałby powyższych wymogów (proporcjonalności i wyrażenia go minimalnym poziomem zdolności) z uwagi na fakt, że zgodnie z postanowieniem pkt. 1.3.3. Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 5 do SWZ) szlak linii kolejowej nr 47 będący przedmiotem inwestycji objętej prowadzonym postępowaniem na całej swojej długości obejmuje 7,5 km. Biorąc więc pod uwagę chociażby zakres robót przewidzianych w dokumentach zamówienia, za nieracjonalne i nieadekwatne należałoby uznać żądanie przez Zamawiającego doświadczenia w zakresie budowy lub przebudowy odcinka o łącznej długości co najmniej 10 km. Zarazem stanowiłoby to nieuzasadnione ograniczenie dostępu do udziału podmiotów posiadających doświadczenie pozwalające na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia oraz sytuację, w której minimalny poziom zdolności byłby wyższy niż maksymalny zakres zamówienia.

W związku z powyższym, Zamawiający uznał, że każda ze wskazanych przez Przystępującego robót budowlanych potwierdza spełnienie warunku wskazanego w rozdziale XII ust. 2 pkt. 4A. lit. a) SWZ, ponieważ:

1) zakres roboty budowlanej wykazanej w poz. 1.a. Załącznika nr 6 do SWZ pn. „Wykaz robót budowlanych” (zadanie „Okocim”) obejmuje roboty wykonywane na linii dwutorowej,

które dotyczyły wymiany nawierzchni w torze nr 2 przez montaż układu torowego na odcinku dłuższym niż 5 kilometrów (9,5 km); powyższe znajduje potwierdzenie w załączonym do wykazu liście referencyjnym z dnia 16.07.2017 r.;

2) zakres roboty budowlanej wykazanej w poz. 1.b. Załącznika nr 6 do SWZ pn. „Wykaz robót budowlanych” (zadanie „Bochnia”) obejmuje roboty wykonywane na linii dwutorowej, które dotyczyły wymiany nawierzchni w torze nr 2 na odcinku dłuższym niż 5 kilometrów

(7,843 km); powyższe znajduje potwierdzenie w załączonym do wykazu liście referencyjnym z dnia 04.05.2017 r.

Odnosząc się natomiast do podnoszonej przez Odwołującego argumentacji w zakresie niespełnienia przez Przystępującego warunku udziału w Postępowaniu, z uwagi na niewykazanie wykonania robót polegających na budowie lub przebudowie nawierzchni torowej, Zamawiający zauważył, że nie zdefiniował w dokumentach zamówienia co rozumie przez określenie „nawierzchnia torowa”, używając jedynie zamiennie w treści spornego warunku określenia „budowane lub przebudowywane tory”. Nie ma zatem żadnych podstaw, aby ograniczać użyte pojęcie „nawierzchni torowej” jedynie do „nawierzchni” pojmowanej jako, przykładowo, warstwę torów znajdującą się na gruncie. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, że Odwołujący w rzeczywistości w żadnym miejscu odwołania nie wskazał w zasadzie jak „nawierzchnię torową” należałoby w jego ocenie pojmować, a także dlaczego wymienione przez niego roboty wynikające z listów referencyjnych przedstawionych przez Przystępującego (np. roboty torowe w zakresie budowy nowego nasypu czy prace w podtorzu kolejowym) nie mieszczą się w tym pojęciu. Wykonawca ograniczył się jedynie do wskazania, że roboty te nie spełniają wymogu określonego w SWZ, jednak w argumentacji wyrażonej na gruncie Odwołania nie wskazał na czym owa niezgodność polega. W konsekwencji, jedynie z ostrożności, Zamawiający wskazał, że „torem” jest również „droga kolejowa”, na którą składa się nie tylko „nawierzchnia”, ale również podtorze. Podkreślił, że tor jako droga szynowa jest rodzajem budowlany kolejowej, na którą składa się całość elementów budowlanych wraz z gruntem, na którym są posadowione, w odpowiedni sposób z nim powiązanych. Przyjęta więc przez Odwołującego definicja robót wykonywanych na nawierzchni torowej, prowadząca do wykluczenia z tego zakresu prac wykonywanych np. w podtorzu kolejowym, nie tylko jest sprzeczna z oczekiwaniami Zamawiającego, ale również - biorąc pod uwagę cel udzielanego zamówienia, jakim jest finalnie modernizacja infrastruktury kolejowej (a nie elementów znajdujących się na jakkolwiek rozumianej „nawierzchni”). Według Zamawiającego, Przystępujący spełnił wszystkie warunki świadczące o wykonaniu prac w „nawierzchni torowej”, zarówno dla całego toru (łącznie nawierzchnia i podtorze), jak i dla poszczególnych elementów składowych. Montaż toru lub, uszczegóławiając, montaż szyn na określonych elementach konstrukcyjnych, przenoszących obciążenia na podtorze (grunt) spełnia wymagania Zamawiającego określone w treści warunku. Pod pojęciem „montaż toru”, będącym pojęciem szerszym niż tylko montaż szyn, kryją się wszystkie operacje jakie należałoby przedsięwziąć dla zabudowy drogi szynowej (nawierzchni wraz z podtorzem). Tym samym, Przystępujący wykazał nawet więcej, aniżeli Zamawiający w treści warunku oczekiwał. Podkreślić przy tym należy, że w żadnym miejscu Zamawiający nie wskazał, że pojęcie „nawierzchni” należałoby identyfikować z treścią definicji wskazanej w § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowlom kolejowym i ich usytuowanie (Dz. U. 1998 nr 151 poz. 987 z późn. zm.). Także zatem i w tym przypadku argumentacja Odwołującego stanowi tylko nadinterpretację treści warunku udziału w Postępowaniu. Ponadto, nawet gdyby podzielić pogląd Odwołującego o konieczności odróżnienia nawierzchni torowej (jakkolwiek Odwołujący interpretuje to pojęcie) od pozostałych elementów toru, to nie sposób nie zauważyć, że z każdej z załączonych do wykazu robót budowlanych Przystępującego referencji wynika, że przedmiot zamówienia obejmował układanie torów na podkładach.

W konsekwencji, Zamawiający stwierdził, że skoro Przystępujący spełnia sporny warunek udziału w postępowaniu, to chybiony jest nie tylko postawiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp oraz zarzut ewentualny obrazu art. 128 ust. 1 Pzp, ale również zarzut przedstawienia Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd (art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp).

Przystępujący w piśmie procesowym wniósł o oddalenie odwołania w całości, stwierdzając, że postawione w odwołaniu zarzuty są bezzasadne i nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 4 kwietnia 2022r. przedstawił dodatkową argumentację na potwierdzenie zasadności zarzutów zawartych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę INTOP S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stwierdzając, iż spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1 i 2 Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, w tym przede wszystkim z rozdziale XII ust. 2 pkt. 4A. lit. a) SWZ określającego warunek udziału w postępowaniu, wykazu robót budowlanych złożonego przez Przystępującego oraz referencji z dnia 4 maja 2017r. oraz z dnia 16 lipca 2017r.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy został przedstawiony w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz pismach procesowych Przystępującego i Odwołującego adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów, dlatego Izba za niecelowe uznała ponowne przytaczanie stanu faktycznego sprawy.

Izba zważyła:

Przypomnieć należy, że w rozdziale XII ust. 2 pkt. 4A. lit. a) SWZ określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w następującym brzmieniu: „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał budowę lub przebudowę na rzecz jednego Zamawiającego lub Zleceniodawcy w ramach jednej umowy/kontraktu, nawierzchni torowej na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, na której suma długości budowanych lub przebudowywanych torów wynosiła łącznie co najmniej 5 kilometrów linii dwutorowej zelektryfikowanej, przy czym co najmniej 1 kilometr wykonany był przy czynnym ruchu kolejowym po torach sąsiednich. (...)”.

Odwołujący stał na stanowisku, że w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu konieczne było wykazanie doświadczenia w budowie 10 km pojedynczego toru, natomiast Zamawiający wywodził, że nie wymagał doświadczenia w budowie lub przebudowie 10 km pojedynczego toru, lecz określił w sformułowanym warunku, że to suma długości budowanych lub przebudowywanych torów miała wynosić 5 km linii dwutorowej zelektryfikowanej rozumianych jako 5 km robót wykonanych łącznie na linii dwutorowej.

Izba w składzie orzekającym uznała stanowisko Odwołującego za niezasadne i niezajdujące oparcia w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślić bowiem należy, że z warunku udziału w postępowaniu nie wynikał wymóg, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia musieli legitymować się doświadczeniem w budowie/przebudowie 10 km torów na linii jednotorowej. W treści warunku udziału wprost jest bowiem mowa o nawierzchni torowej na linii dwutorowej oraz o łącznej długości torów wynoszącej 5 km. W ocenie Izby Zamawiający w treści warunku w sposób precyzyjny i jednoznaczny wyraził swoją intencję odnośnie minimalnej długości torów realizowanej w referencyjnej inwestycji (5 km). Brak jest wskazania w SWZ jakiegokolwiek postanowienia, że skoro budowa/przebudowa dotyczyć ma linii dwutorowej, to wykazywana długość torów powinna być skompletowana poprzez sumowanie prac wykonanych w na obu torach. Podkreślić należy, że w ocenie Izby warunek udziału dopuszczał wykazanie się doświadczeniem w wykonaniu 5 km ciągłego toru będącego elementem linii dwutorowej jak

również możliwość posłużenia się doświadczeniem zdobytym przy realizacji zadania, w ramach którego długość wykonanego odcinkowo toru pojedynczego łącznie ma wynosić 5 km. W ocenie Izby sformułowanie „łączna długość” odnosiła się tylko i wyłącznie do możliwości zsumowania odcinków realizacji robót związanych z nawierzchnią torową na jednym torze, lub na obu torach.

Ponadto, w ocenie Izby, za powyższą interpretacją warunku udziału w postępowaniu przemawia również fakt, że zgodnie z postanowieniem pkt. 1.3.3. Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 5 do SWZ) szlak linii kolejowej nr 47 będący przedmiotem inwestycji objętej niniejszym postępowaniem na całej swojej długości obejmuje 7,5 km. Przedstawiona więc przez Odwołującego interpretacja o konieczności legitymowania się przez wykonawców doświadczeniem w budowie/przebudowie odcinka o długości 10 km pojedynczego toru, skutkowałaby naruszeniem przez Zamawiającego przepisu art. 112 ust. 1 Pzp, bowiem warunek w interpretacji Odwołującego nie spełniałby wymogów proporcjonalności i wyrażenia go minimalnym poziomem zdolności.

W konsekwencji powyższych rozważań, Izba stwierdziła, że skoro w złożonym Zamawiającemu wykazie robót budowlanych Przystępujący wskazał dwa zadania, tj. zadanie „Okocim”, gdzie zakres prac obejmował odcinek 9,5 km, a na zadaniu „Bochnia” odcinek 7,843 km, co znalazło potwierdzenie w złożonych wraz z wykazem referencjach, to Zamawiający w sposób uprawniony uznał, że każda ze wskazanych przez Przystępującego robót budowlanych potwierdzała spełnienie warunku wskazanego w rozdziale XII ust. 2 pkt. 4A lit. a) SWZ co do określonej w nim długości.

Odnosząc się kolejno do ustanowionego w warunku udziału w postępowaniu wymogu, aby doświadczenie obejmowało budowę lub przebudowę na rzecz jednego Zamawiającego lub Zleceniodawcy wskazać należy, że jak wskazywał na rozprawie Zamawiający nie zdefiniował on w dokumentach postępowania co należy rozumieć przez określenie „nawierzchnia torowa”, a powyższego stanowiska Odwołujący nie podważył. Skoro więc w dokumentacji postępowania brak jest szczegółowej definicji ww. pojęcia, a tym bardziej nie wynikają z niej żadne elementy, z których nawierzchnia musi się składać, a jednocześnie w przedmiarze robót Zamawiający zakwalifikował roboty związane z nawierzchnią torową (budową torów) jako „Montaż torów z szyn nowych typu 49E1, na podkładach strunobetonowych Ps-83 z przytwierdzeniem SB” to Izba uznała, że zarówno zakres prac wynikających z referencji zadania pn. Okocim, gdzie na str. 2 ww. dokumentu wskazano, że zakres robót obejmował m.in. ułożenie torów szyn 60E1 na podkładach strunobetonowych z zamocowaniem SB i zgrzewaniem, jak również zadania pn. Bochnia, gdzie w referencjach w sposób wyraźny wyszczegółowiono roboty „Nawierzchnia - Szyny typu 60E1 na podkładach strunobetonowych PS94”, w ocenie Izby pozwalały Zamawiającemu pozytywnie ocenić, że Przystępujący posiada wymagane przez niego doświadczenie przy budowie nawierzchni torowej.

Jednocześnie wskazać należy, że Odwołujący wbrew ciężącemu na nim ciężarowi dowodowemu wynikającemu z art. 534 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, nie przedłożył jakiegokolwiek dowodu na poparcie stanowiska, że na zadaniach „Okocim” i „Bochnia” Przystępujący nie wykonał prac polegających na budowie/przebudowie nawierzchni torowej. Zauważyć należy, że wywodzenie z treści referencji zakresu prac objętych robotami przy nawierzchni kolejowej, które nota bene wystawione zostały 5 lat przez wszczęciem niniejszego postępowania jest działaniem niewystarczającym aby wykazać, że Przystępujący tego typu prac nie wykonał. Podkreślić należy, że z przedłożonych przez Przystępującego dowodów:

- umowy podwykonawczej nr EU/9973/EU10/2014 z dnia 15.09.2014 r.,
- zapytania ofertowego i zaproszenia do złożenia ofert wstępnych oraz ostatecznych z dnia 2.09.2014r. wraz z ofertą z dnia 12.09.2014r.
- protokołu nr 3/08/2015 z 16.09.2015r.,
- oświadczenia Kierownika Budowy Wykonawcy: PKP Energetyka S.A. p. Piotra Wałowskiego z dnia 30.03.2022r.,
- umowy podwykonawczej nr EU/11360/EU10/2014 z dnia 16.10.2014r.,
- pkt 38 i 39 przedmiaru robót Szlak Brzesko Okocim - Biadoliny km 52+100-59+200 P.O.ODG. Biadoliny km 59+200-59-943 Tor nr 2,
- protokołu nr 12/01/2015/INTOP-EL-IN,

wynika w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, że zarówno w ramach zadania Okocim jak i Bochnia realizował on prace związane z budową/przebudową nawierzchni torowej.

W konsekwencji Izba uznała, że wbrew stanowisku Odwołującego, Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu zawartego w rozdziale XII ust. 2 pkt. 4A, lit. a) SWZ, co czyni zarzuty odwołania dotyczące naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp oraz zarzut ewentualny obrazy art. 128 ust. 1 Pzp niezasadnymi, co skutkowało oddaleniem odwołania. Nie sposób uznać, że Przystępujący podał Zamawiającemu informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący: