Sygn. akt: KIO 848/22

WYROK

z dnia 15 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka
Piotr Kozłowski
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2022 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz PORR GmbH & Co. KGaA z siedzibą w Monachium (Niemcy)

w postępowaniu prowadzonym przez: PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski z siedzibą we Wrocławiu w imieniu i na rzecz zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej DOLKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, DROMOSTTOR POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Mojeszu oraz Track Tec Construction Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intop Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Intop Tarnobrzeg Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intop Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Intop Tarnobrzeg Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie

8.6.1 lit. b) Specyfikacji Warunków Zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intop Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Intop Tarnobrzeg Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu, 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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intop Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Intop Tarnobrzeg Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu na rzecz odwołującego kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 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:

Sygn. akt: KIO 848/22

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski z siedzibą we Wrocławiu prowadzi w imieniu i na rzecz zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. „Rewitalizacja tunelu liniowego w km 118,700 wraz z infrastrukturą towarzyszącą realizowanego w ramach projektu pn. „Prace na linii kolejowej 274 Wrocław - Zgorzelec na odcinku Wrocław - Jelenia Góra oraz przyległych łącznicach” (nr ref. 9090/IREZA4/19818/05473/21/P). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 października 2021 r. pod numerem 2021/S 199-520325.

I. W dniu 24 marca 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz PORR GmbH & Co. KGaA z siedzibą w Monachium (Niemcy) (odwołujący) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”:

1. art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia: Intop Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Intop Tarnobrzeg Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnobrzegu (dalej jako „Konsorcjum Intop") w sytuacji, gdy Konsorcjum Intop nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.6.1 lit b) Instrukcji dla Wykonawców/Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ"), tj. nie wykazało, że posiada doświadczenie w realizacji zadania o wartości łącznej co najmniej 5 000 000,00 PLN brutto, polegającego na renowacji (rewitalizacji), bądź pracach remontowych, tunelu liniowego o długości min. 250 m z zachowaniem ciągłości ruchu pociągów, a doświadczenie wykazane przez Konsorcjum Intop (poz. 4 Wykazu robót) nie potwierdza spełnienia tego warunku;

2. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Konsorcjum Intop do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.1. lit. b) SWZ, z uwagi na fakt, że doświadczenie przedstawione przez Konsorcjum Intop w poz. 4 Wykazu robót nie potwierdza spełnienia przez wykonawcę tego warunku.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności z 14 marca 2021 r. (powinno być: 2022 r.) dotyczącej wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Intop,

- wezwania Konsorcjum Intop do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

- przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Uzasadniając zarzuty przedstawione w odwołaniu odwołujący wskazał w szczególności, co następuje:

Powołując się na treść postanowienia zawartego w pkt 8.6.1. lit. b) SWZ odwołujący stwierdził, że celem potwierdzenia spełniania opisanego w tym postanowieniu warunku udziału w postępowaniu należało wykazać posiadanie doświadczenie polegającego na wykonaniu renowacji lub remontu tunelu w taki sposób, aby w trakcie tych prac zapewniona była możliwość ruchu pociągów w tym tunelu. Tym samym prace w tunelu nie powinny powodować jego stałego zamknięcia dla ruchu pociągów. Odwołujący wskazał, że taki warunek jest zgodny z zakresem zamówienia objętego prowadzonym obecnie postępowaniem. Przedmiotem zamówienia jest bowiem wykonanie robót budowlanych w tunelu w taki sposób, aby możliwy był ruch pociągów. Natomiast zadanie przedstawione przez Konsorcjum Intop na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu (tj. zadanie pn. Renowacja tuneli liniowych w km 266,998 tor nr 1 i km 267,008 tor nr 2 na linii kolejowej nr 8 Warszawa Zachodnia - Kraków Główny Osobowy oraz wymiana nawierzchni kolejowej w obrębie tuneli w ramach zadania: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 8 na odcinku Kozłów - Kraków Główny") obejmowało remont dwóch niezależnych od siebie tuneli na tej samej linii kolejowej. Prace były realizowane najpierw w jednym tunelu, a w czasie jego zamknięcia ruch pociągów odbywał się w drugim tunelu. Po zakończeniu prac w pierwszym tunelu, przystąpiono do prac w drugim tunelu, a ruch pociągów odbywał się już po wyremontowanym tunelu. Zdaniem odwołującego oznacza to, że w ramach ww. zadania nie zapewniono ciągłości ruchu kolejowego w tunelu. W konsekwencji należało uznać, że Konsorcjum Intop nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.1. lit. b) SWZ.

II. W dniu 8 kwietnia 2022 r. do Prezesa Izby wpłynęło pismo zamawiającego stanowiące odpowiedź na odwołanie, zawierające oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili:

- po stronie odwołującego: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej DOLKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, DROMOSTTOR POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Mojeszu oraz Track Tec Construction Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we

Wrocławiu;

- po stronie zamawiającego: Konsorcjum Intop.

Pismem wniesionym do akt sprawy w dniu 11 kwietnia 2022 r. Konsorcjum Intop zgłosiło sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Pismem wniesionym do akt sprawy w dniu 12 kwietnia 2022 r. Konsorcjum Intop przedstawiło stanowisko w sprawie. Zarzuty przedstawione w odwołaniu Konsorcjum Intop uznało za niezasadne i w związku z tym wniosło o oddalenie odwołania. Konsorcjum Intop zarzuciło odwołującemu dokonywanie nadinterpretacji postanowienia zawartego w pkt 8.6.1 lit. b) SWZ. W ocenie Konsorcjum treść warunku nie precyzuje tego, czy referencyjne zadanie powinno zapewniać ciągłość ruchu pociągów w tunelu czy w inny sposób, np. poprzez przekierowanie pociągów na sąsiedni tor, na inny tor innej linii kolejowej, budowę toru tymczasowego lub wykorzystanie komunikacji zastępczej z udziałem lokomotyw spalinowych czy ominięcie terenu robót zasadniczych poprzez wykonanie torów tymczasowych (tzw. bypass). Konsorcjum Intop wskazało na konieczność dokonywania literalnej wykładni postanowień SWZ, a z ostrożności

procesowej - na zasadę rozstrzygania wątpliwości interpretacyjnych na korzyść wykonawcy. Konsorcjum wyjaśniło, że referencyjne zadanie polegało na remoncie tunelu liniowego, składającego się z dwóch niezależnych od siebie naw tunelu w torze nr 1 i torze nr 2 tej samej

linii kolejowej (linii kolejowej dwutorowej). Prace były realizowane najpierw w jednym torze, a w tym czasie ruch pociągów odbywał się w drugim torze tunelu. Powołano się na definicję tunelu zawartą w aktach wewnętrznych zamawiającego (Warunki techniczne dla kolejowych obiektów inżynierskich Id - 2), do której odesłał on w treści SWZ, oraz na definicję linii kolejowej

zawartej w ustawie z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1984). Mając na uwadze ww. regulacje Konsorcjum Intop wskazało, że zadane przedstawione przez niego na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu dotyczyło

jednego tunelu dwunawowego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Istota sporu pomiędzy stronami dotyczyła sposobu rozumienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 8.6.1 lit. b) SWZ, i w konsekwencji okoliczności wykazania przez Konsorcjum Intop spełniania tego warunku.

W ww. postanowieniu SWZ (przy uwzględnieniu zmiany dokonanej w dniu 9 listopada 2021 r.) zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej (w zakresie doświadczenia) w następujący sposób:

„8.6.1. W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.4 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę , że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres

prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał: (...)

b) zadanie/ zadania o wartości łącznej co najmniej 5 000 000,00 PLN brutto, polegające na renowacji (rewitalizacji), bądź pracach remontowych, tunelu liniowego o długości min. 250 m z zachowaniem ciągłości ruchu pociągów”.

W toku postępowania odwoławczego odwołujący i Konsorcjum Intop przedstawiali odmienny sposób interpretacji ww. postanowienia SWZ. Konsorcjum Intop, inaczej niż odwołujący, stało na stanowisku, że zawarte w opisie warunku wymaganie dotyczące zachowania ciągłości ruchu pociągów nie dotyczyło samego tunelu i w związku z tym mogło zostać zapewnione na różne

sposoby.

Wykładnię opisu warunku udziału w postępowaniu przedstawioną przez Konsorcjum Intop Izba uznała za nieprawidłową.

Zgodnie z przepisem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału

w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia winien umożliwiać zamawiającemu dokonanie oceny posiadania przez wykonawców takich zdolności do wykonania zamówienia, które nabywa się poprzez wykonanie prac podobnych pod względem ich przedmiotu. Tego rodzaju warunek udziału w postępowaniu winien zatem nie tylko być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ale również uwzględniać jego szczególne cechy, w tym stopień złożoności, skomplikowania, ryzyka związane z bezpieczeństwem itp. Natomiast adresatami opisów warunków udziału w postępowaniu są potencjalni wykonawcy działający na adekwatnym do przedmiotu zamówienia rynku, a zatem profesjonaliści, od których wymaga się posiadania odpowiednich kwalifikacji w danej branży, znajomości przepisów prawa zamówień publicznych oraz odpowiedzialnego podejścia do powierzonych obowiązków.

Jak wynika z treści dokumentów zamówienia, wyłoniony wykonawca, prowadząc prace w ramach realizacji zamówienia w tunelu dwutorowym, będzie m.in. zobowiązany do zachowania ciągłości ruchu pociągów w tym tunelu. Podczas wykonywania robót w fazie IV ruch pociągów będzie się odbywać po torze zabudowanym w fazie III w osi tunelu z wykorzystaniem trakcji spalinowej. W tym celu konieczne będzie wykonanie specjalnej osłony zabezpieczającej pociągi przejeżdżające przez remontowany tunel. (pkt 2.1.4 oraz 3 Opisu Przedmiotu Zamówienia, projekt wykonawczy załącznik nr 2 do SWZ - P0310_PW_M-04_Osłona toru tymczasowego v05 KM).

Jest rzeczą oczywistą, niewymagającą posiadania wiedzy specjalistycznej, że ten rodzaj zapewnienia ciągłości ruchów pociągów jest wysoce skomplikowany, wymagający zachowania szczególnych zasad bezpieczeństwa i posiadania przez wykonawcę umiejętności wynikających z odpowiedniego doświadczenia. Skoro zatem w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi wykonanie robót budowlanych w tunelu w taki sposób, aby możliwy był w nim ruch pociągów, to nie sposób przyjąć inaczej, niż że postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dotyczył doświadczenia w zakresie wykonania renowacji (rewitalizacji) bądź prac remontowych tunelu liniowego z zachowaniem ciągłości ruchu pociągów w miejscu

wykonania tych prac, a zatem w remontowanym tunelu. W przypadku tzw. tunelu dwunawowego w rzeczywistości mamy do czynienia z dwoma tunelami. Wówczas wymóg zachowania ciągłości ruchu pociągów będzie odnosił do tego tunelu (zwanego także nawą tunelu), w którym prowadzone są prace. Samo nazewnictwo nie ma tu istotnego znaczenia, gdyż istotnie w opisie warunku udziału w postępowaniu zamawiający wprost nie odniósł wymogu zachowania ciągłości ruchu pociągów do samego tunelu. Przyjęcie innego rozumienia tego warunku byłoby jednak niezasadne i nieracjonalne. Tylko bowiem posiadanie takiego doświadczenia, jak wskazane powyżej, umożliwia zamawiającemu dokonanie weryfikacji wykonawców w zakresie ich zdolności do należytego wykonania zamówienia. Takie rozumienie tego warunku udziału w postępowaniu nie pozostaje w sprzeczności z językową wykładnią postanowienia zawartego w pkt 8.6.1 lit. b) SWZ. Natomiast przyjęcie interpretacji przedstawionej przez Konsorcjum Intop prowadziłoby do absurdalnych wniosków, za jakie należy uznać przyjęcie, że do wykonania prac wymagających zapewnienia ciągłości ruchu pociągów w remontowanym tunelu wystarczające byłoby posiadanie doświadczenia polegającego na wykonaniu renowacji (rewitalizacji) bądź prac remontowych tunelu liniowego z zachowaniem ciągłości ruchu pociągów w jakikolwiek sposób, tj. np. po torach innej linii kolejowej.

Jak wskazało Konsorcjum Intop w piśmie procesowym z dnia 12 kwietnia 2022 r. zadanie przedstawione na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu (pn. Renowacja tuneli liniowych w km 266,998 tor nr 1 i km 267,008 tor nr 2 na linii kolejowej nr 8 Warszawa Zachodnia - Kraków Główny Osobowy oraz wymiana nawierzchni kolejowej w obrębie tuneli w ramach zadania: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 8 na odcinku Kozłów - Kraków Główny") „polegało na remoncie tunelu liniowego, składającego się z dwóch niezależnych od siebie naw tunelu w torze nr 1 i torze nr 2 tej samej linii kolejowej (linii kolejowej dwutorowej). Prace były realizowane najpierw w jednym torze, a w tym czasie ruch pociągów odbywał się w drugim torze tunelu."

Mając zatem na uwadze przedstawioną powyżej argumentację Izba uznała, że Konsorcjum Intop nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu i w związku z tym odwołanie podlegało uwzględnieniu. Wymaga wyjaśnienia, że Izba nie nakazała zamawiającemu wezwania Konsorcjum Intop do udzielenia wyjaśnień, zgodnie z deklaracją zamawiającego zawartą w odpowiedzi na odwołanie, gdyż przedstawienie wyjaśnień przez Konsorcjum miało już miejsce na etapie postępowania odwoławczego i było podstawą ustalenia, że Konsorcjum Intop nie wykazało spełnienia warunku udziału, który błędnie zinterpretowało. W konsekwencji Izba nakazała wezwanie Konsorcjum Intop do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania spełniania warunku, zgodnie z żądaniem odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji

Przewodniczący: