

WYROK

z dnia 26 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Ewa Sikorska

Maksym Smorczewski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2022 r. przez wykonawcę Colas Rail sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie oraz NDI Sopot S.A. z siedzibą w Sopocie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1235/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Colas Rail sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Colas Rail sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Colas Rail sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku na rzecz Zamawiającego: Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni kwotę 4 352 zł 22 gr (słownie: cztery tysiące trzysta pięćdziesiąt dwa złote dwadzieścia dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz 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.

Sygn. akt: KIO 1235/22

Zamawiający: Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn.: „Przebudowa nawierzchni kolejowo-drogowej wraz z uzbrojeniem podziemnym oraz budowa sieci dla zasilania żurawi portowych na Nabrzeżu Holenderskim i przejazdu z ulicy Francuskiej na Nabrzeże Holenderskie w Porcie Gdynia”, numer ref.: ZTR - 227/SWZ - 38/JC/2021.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 lutego 2022 r. pod numerem 2022/S 032083015.

W dniu 29 kwietnia 2022 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie oraz NDI Sopot S.A. z siedzibą w Sopocie, zwany dalej Przystępującym.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący: Colas Rail Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku w dniu 6 maja 2022 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej z ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej PZP lub ustawą Pzp, czynności Zamawiającego polegającej na:

- 1) zaniechaniu wykluczenia Przystępującego z postępowania,
- 2) zaniechania odrzucenia wykonawcy NDI z postępowania,
- 3) uznania oferty wykonawcy NDI jako najkorzystniejszej i dokonania wyboru tej

oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy NDI 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 (załącznik

nr 5 do oferty), iż zakres zamówienia obejmował przebudowę (w rozumieniu ustawy - Prawo budowlane) nawierzchni drogowo-kolejowej o długości min. 100 mb toru, podczas gdy nie jest to prawdą, gdyż w ramach zadania pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach zadania pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 210 na odcinku Szczecinek - Runowo Pomorskie” nie była realizowana jakkolwiek przebudowa nawierzchni drogowo-kolejowej, gdzie długość toru wyniosła minimum 100 m.b., 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

odrzuca ofertę wykonawcy NDI mimo faktu, iż wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX ust 2 pkt 4) ppkt. a) SWZ, gdyż nie posiada on zdolności technicznej lub zawodowej wymaganej w tym zakresie z uwagi na brak spełnienia wymogu, aby „w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną budowę, przebudowę lub remont (w rozumieniu ustawy - Prawo budowlane) nawierzchni drogowo-kolejowej o długości min. 100 mb toru” mimo, że wykonawca NDI był już wzywany przez Zamawiającego do wyjaśnień w zakresie potwierdzenia przez ww. roboty spełnienia warunku rozdział IX ust 2 pkt 4) ppkt. a) SWZ i w wyniku złożonych oświadczeń jedynie potwierdził brak wymaganego doświadczenia, co wyklucza dalsze wzywanie na okoliczność podmiotowego środka dowodowego.

Wobec powyższego Odwołujący wnoszą o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty NDI jako najkorzystniejszej, oraz czynności badania i oceny ofert,
- 2) przeprowadzenia ponownej oceny ofert, w tym nakazanie Zamawiającemu:
 - a) wykluczenia wykonawcy NDI z powodu, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt

10

PZP,

- b) odrzucenia oferty wykonawcy NDI na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Odwołujący zażądał od Zamawiającego jak wyżej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia Zamawiający warunki udziału w postępowaniu określił w taki sposób, aby zapewniały dostęp do zamówienia dla podmiotów mających doświadczenie w realizacji porównywalnych inwestycji, w szczególności wymagał, aby wykonawca dla potwierdzenia zdolności technicznej lub zawodowej (rozdział IX ust 2 pkt 4) ppkt. a) SWZ) wykazał, iż w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną budowę, przebudowę lub remont (w rozumieniu ustawy - Prawo budowlane) nawierzchni drogowo-kolejowej o długości min. 100 mb toru.

Wskazał, że oczekiwaniem Zamawiającego było, aby wykonawca zamówienia w przeszłości zrealizował co najmniej jedno zadanie (budowa, przebudowa lub remont) obejmujące nawierzchnię drogowo-kolejową o długości min. 100 mb toru.

W związku z tym podkreślił, iż Zamawiający w sposób wyraźny poprzez określenie „o długości min. 100 mb toru” wymagał, aby długość (zgodnie z definicją SJP PWN: „odległość między skrajnymi punktami linii lub płaszczyzny”) toru nie była mniejsza niż 100 mb.

Według Odwołującego - warunkiem zawartym w rozdziale IX ust 2 pkt 4 SWZ Zamawiający oczekiwał od wykonawców potwierdzenia wykonania toru o długości minimalnej 100 metrów bieżących w nawierzchni drogowo-kolejowej.

Odwołujący podniósł również, że zasadniczo „tor kolejowy” stanowi zespół dwóch równoległych szyn ustawionych względem siebie w określonej odległości (szerokość toru), które tworzą drogę dla kół taboru oraz podtorza, czyli ziemnej podstawy toru w postaci nasypów lub wykopów. Zgodnie z encyklopedią PWN tor kolejowy stanowi „element prowadzący i nośny drogi kolejowej (2 toki szyn mocowane do podkładów), także potoczna nazwa nawierzchni kolejowej i drogi kolejowej” (por.:

Nadto, zaznaczył, że z kolei w zakresie pojęcia „długość toru” zgodnie z §3 pkt. 15) i 17) Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie, wydanym na podstawie art. 7 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. Nr 89, poz. 414, z 1996 r. Nr 100, poz. 465, Nr 106, poz. 496 i Nr 146, poz. 680, z 1997 r. Nr 88, poz. 554 i Nr 111, poz. 726 oraz z 1998 r. Nr 22, poz. 118 i Nr 106, poz. 668), wyróżnia się następujące definicje tj.:

- długości budowlanej toru - rozumie się przez to długość toru mierzoną między początkami rozjazdów, gdy początki rozjazdów albo ich końce zwrócone są do siebie, albo długość toru mierzoną między początkiem rozjazdu a czołem belki odbojnicowej kozła oporowego; długość rozjazdów pośrednich znajdujących się w torze odlicza się,
- długości ogólnej toru - rozumie się przez to długość budowlaną z dodaniem długości rozjazdów i kozłów oporowych.

Z powyższego odwołujący wnioskował, że zgodnie z powyższym pojęcie „o długości min. 100 mb toru” powinno być rozumiane jako ciągła i nieprzerwana odległość toru liczona od punktów orientacyjnych tj. rozjazdu lub belki odbojnicowej kozła oporowego.

Biorąc pod uwagę, iż przedmiot zamówienia zgodnie z Projektem wykonawczym (Załącznik nr 9 do SWZ) obejmuje wykonanie nawierzchni drogowo-kolejowej o długościach ogólnych toru wynoszących odpowiednio:

- dla toru 601 (km 0,066-0,596) ok. 530 mb,
- dla toru 602 (km 0,1203-0,596) ok. 476 mb,
- dla toru 603 (km 0,066 -0,596) ok. 530 mb,
- dla toru 604 (km 0,064-0,596) ok. 532 mb, w ocenie Odwołującego - żądanie

przez Zamawiającego doświadczenia w wykonaniu nawierzchni drogowo-kolejowej o długości toru min. 100 mb jest całkowicie uzasadnione z punktu widzenia celu tj. oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący wywodził, że o ile bezspornym jest, że wykonawca NDI w ramach zadania „Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach zadania pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 210 na odcinku Szczecinek - Runowo Pomorskie” wykonał przebudowę infrastruktury kolejowej, to wątpliwości Odwołującego budzi fakt, czy wykonawca ten w ramach ww. zadania zrealizował budowę, przebudowę lub remont (w rozumieniu ustawy - Prawo budowlane) nawierzchni drogowo-kolejowej o długości minimalnej 100 mb toru.

Analizując wyjaśnienia NDI złożone Zamawiającemu pismem sygn.: DPP-IH/EPK/1452/2022 z dnia 21.04.2022 r., Odwołujący doszedł do wniosku, że warunek wynikający z rozdziału IX ust 2 pkt 4) ppkt. a) SWZ nie został spełniony, bowiem żaden z 51 przejazdów kolejowo-drogowych wyszczególnionych przez NDI w ww. piśmie nie osiągnął długości 100 mb lub więcej toru.

Przyznał przy tym, że łącznie długość (sumaryczna) wszystkich torów w ramach 51 przejazdów kolejowo-drogowych zrealizowanych przez NDI w różnych lokalizacjach wynosi 255,21 metrów bieżących pojedynczego toru, jednak żaden z pojedynczych przejazdów kolejowo-drogowych nie ma toru o długości min. 100 mb.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający poprzez brak użycia sformułowania np. „o długości łącznej minimum”, jak również stosując liczbę pojedynczą „toru”, zamiast „torów” pozbawił możliwości sumowania długości krótszych odcinków torów w nawierzchni drogowo-kolejowej tj. poniżej 100 metrów bieżących, co bez wątplenia jest uzasadnione z uwagi na specyfikę robót objętych zamówieniem.

Zdaniem Odwołującego - zawarty w SWZ wymóg w zakresie nawierzchni drogowo-kolejowej o długości minimalnej 100 mb toru miał właśnie na celu wyeliminowanie możliwości powoływania się na wykonanie wielu krótkich odcinków z których żaden nie miał minimum

100 mb, w tym przejazdów kolejowych, bowiem są to roboty zupełnie innej funkcji, realizowane w innej technologii, przy innym stopniu skomplikowania ich realizacji.

Argumentował, że Zamawiający w ramach ww. warunku SWZ oczekiwał doświadczenia w wykonaniu nawierzchni, która stanowi obecny przedmiot zamówienia (na

potwierdzenie tej okoliczności załączył zdjęcia poglądowe), natomiast NDI - celem

potwierdzenia warunku SWZ dla doświadczenia - złożyło referencję potwierdzającą wykonanie 51 szt. przejazdów kolejowych, gdzie żaden nie ma toru o długości minimum 100

metrów bieżących (również w tym przypadku załączył do odwołania zdjęcia poglądowe).

Odwołujący stwierdził również, że analiza zapisów SWZ oraz ww. zdjęć w sposób wyraźny obrazuje różnice między tym, czego Zamawiający oczekiwał, a tym, co otrzymał.

Nie sposób uznać, iż referencja złożona przez wykonawcę NDI potwierdza spełnienie warunku rozdziału IX ust 2 pkt 4) ppkt. a) SWZ w zakresie doświadczenia wykonawcy dotyczącego wykonania nawierzchni drogowo-kolejowej o długości min. 100 mb toru.

Wskazał, że warunki udziału zgodnie z PZP powinny być związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do niego, umożliwiając zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający dokonał szczegółowej analizy przedmiotu zamówienia i na tej podstawie określił warunek rozdziału IX ust 2 pkt 4) ppkt. a) SWZ, które były możliwe do spełnienia przez wykonawców działających na rynku polskim. Nie sposób zatem zrozumieć, dlaczego Zamawiający, po otwarciu ofert w postępowaniu de facto dokonuje wykładni warunku rozdziału IX ust 2 pkt 4) ppkt. a) SWZ w sposób korzystny wyłącznie dla wykonawcy NDI, przy jednoczesnym naruszeniu zasady uczciwej konkurencji w stosunku do pozostałych uczestników postępowania.

W kontekście zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP i braku wykluczenia wykonawcy NDI mimo takiego obowiązku Odwołujący zwrócił uwagę, iż 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 podkreślił, 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, zaznaczył, że 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.

Podniósł, że Wykonawca NDI w załączniku nr 5 do swojej oferty oświadczył, iż

należycie wykonał co najmniej jedną budowę, przebudowę lub remont (w rozumieniu ustawy - Prawo budowlane) nawierzchni drogowo-kolejowej o długości min. 100 mb toru, co nie jest prawdą, bowiem powyższe potwierdziły wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę pismem sygn.: DPP-IH/EPK/1452/2022 z dnia 21.04.2022 r., tym samym niezrozumiała jest postawa Zamawiającego, który uznał warunek rozdziału IX ust 2 pkt 4) ppkt. a) SWZ za spełniony przez wykonawcę NDI.

W przekonaniu Odwołującego - w przedmiotowym postępowaniu, nie tylko zachodzą podstawy do wykluczenia NDI, ale wykonawca ten nie spełnił również warunków udziału w postępowaniu, które to warunki zostały wskazane przez Zamawiającego w punkcie rozdziału IX ust 2 pkt 4) ppkt. a) SWZ, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty.

Według Odwołującego - z uwagi na brak dokonania tej czynności przez Zamawiającego, mimo faktu, iż wykonawca NDI nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP w zw. z art. 16 ust. 1 PZP.

W dniu 11 maja 2022 r. zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie oraz NDI Sopot S.A. z siedzibą w Sopocie, zwani dalej Przystępującym wnosząc o jego oddalenie.

Pismem z dnia 23 maja 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości z uwagi na jego bezzasadność.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, oferty Przystępującego, w oparciu o podmiotowe środki dowodowe złożone przez Przystępującego (wykaz robót budowlanych z dnia 12 kwietnia 2022 r., poświadczenie PKP PLK S.A. z dnia 20 lutego 2020 r.), o żądanie Zamawiającego skierowane do Przystępującego z dnia 14 kwietnia 2022 r. dotyczące treści powyższych podmiotowych środków dowodowych, o wyjaśnienia Przystępującego z dnia 21 kwietnia 2022 r., o odpowiedź Zamawiającego na odwołanie z dnia 23 maja 2022 r., a także o pismo procesowe Przystępującego z tej samej daty, jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła oddalić odwołanie.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp.

Rozpoznając merитum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego na zasadzie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp z tego powodu, że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale IX SWZ - Warunki udziału w postępowaniu w ust. 2 pkt 4 lit. a postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej; Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -

w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną budowę, przebudowę lub remont (w rozumieniu ustawy - Prawo budowlane) nawierzchni drogowo-kolejowej o długości min. 100 mb toru. W wykonaniu powyższego postanowienia SWZ Zamawiający na podstawie art.126 ust.1 ustawy Pzp w związku z rozdziałem XI ust.3 SWZ pismem z dnia 4 kwietnia 2022 r. wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania przez niego okoliczności spełniania warunków udziału w przetargu.

W związku z tym Izba stwierdziła, że w następstwie tego wezwania, w zakresie objętym sporem Przystępujący złożył wykaz robót budowlanych z dnia 12 kwietnia 2022 r. wraz z poświadczeniem PKP PLK S.A. z dnia 20 lutego 2020 r.

Ustalono, że w przedmiotowym wykazie Przystępujący powołał się na wykonanie Projektu pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach zadania pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 210 na odcinku Szczecinek - Runowo Pomorskie”, obejmującego swoim zakresem przebudowę nawierzchni drogowo-kolejowej o długości ponad 100 mb toru w okresie od 17 lipca 2017 r. do 13 września 2019 r. wykonanego na rzecz Zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Zachodni.

Jednocześnie stwierdzono, że Przystępujący na potwierdzenie powyższego oświadczenia załączył również poświadczenie PKP PLK S.A. z dnia 20 lutego 2020 r., z którego wynikało, że wartość zrealizowanego zamówienia wyniosła: brutto: 164 814 771,93 zł, w tym zgodnie z pkt 2 tego dokumentu zakres robót branży przejazdów kolejowo-drogowych był o łącznej wartości 5 361 914,78 zł. netto:

- Modernizacja 40 przejazdów kolejowo-drogowych wraz zabudową płyt wielkogabarytowych CBP i wykonaniem dojazdów;
- Modernizacja 11 przejazdów kolejowo-drogowych wraz zabudową płyt małogabarytowych typu „Miroslaw Ujski” i wykonaniem dojazdów;
- Likwidacja 3 przejazdów kolejowo-drogowych;
- Budowa 1 przejazdu kolejowo-drogowego o nawierzchni z płyt wielkogabarytowych CBP i dojazdach z kostki brukowej;
- Łącznie wykonano dojazdy asfaltowe do 27 przejazdów, dojazdy o nawierzchni z kruszywa dla 24 przejazdów oraz o nawierzchni z kostki brukowej dla 1 przejazdu.

Dalej, Izba stwierdziła, że Zamawiający mając wątpliwości przy ocenie przedmiotowego potwierdzenia, pismem z dnia 14 kwietnia 2022 r. zażądał od Przystępującego wyjaśnień odnośnie zakresu wykonywanych robót w sposób pozwalający

na ocenę spełniania przez niego warunku.

W wyniku powyższego wezwania Przystępujący pismem z dnia 21 kwietnia 2022 r. szczegółowo wyjaśnił, że dokonał w ramach referencyjnego zadania przebudowy

nawierzchni drogowo-kolejowej o łącznej długości toru pojedynczego: 255,21 m na 51 przejazdach kolejowych.

Przechodząc do oceny powyższego stanu faktycznego, w pierwszej kolejności należało wskazać, że Odwołujący na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą wycofał zarzut nr 1 dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, w pozostałym zakresie podtrzymując zarzut nr 2.

Wobec powyższego do rozpoznania przez Izbę pozostał zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art.226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Natomiast, stosownie do art. 16 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Oceniając przedmiotową sprawę, Izba w całej rozciągłości podzieliła stanowisko zarówno Zamawiającego zaprezentowane w jego odpowiedzi na odwołanie, jak i

Przystępującego przedstawione w jego piśmie procesowym, uznając argumentację Odwołującego za chybioną.

Zdaniem Izby - Odwołujący nie wykazał, że pojęcie „nawierzchni drogowo-kolejowej” występujące w omawianym warunku ma swoją legalną definicję, ani że jest ono wymienione w piśmiennictwie branżowym, a zatem należało je rozumieć w znaczeniu funkcji jaką taka nawierzchnia miała pełnić.

W ocenie Izby - opisany przez Zamawiającego warunek doświadczenia zawodowego wykonawców w budowie, przebudowie, remoncie nawierzchni drogowo-kolejowej miał

wykazywać wykonanie przez nich takiej nawierzchni zgodnie z odpowiednią technologią i zasadami sztuki budowlanej służącej użytkownikom do poruszania się i do przejazdów pojazdów samochodowych i kolejowych.

W przekonaniu Izby - taka funkcja nawierzchni drogowo-kolejowej została osiągnięta przy realizacji referencyjnej inwestycji.

Nie podlega zatem kwestii, że Przystępujący legitymuje się wykonaniem referencyjnych robót budowlanych polegających na realizacji nawierzchni drogowo-kolejowych na 51 przejazdach kolejowych o łącznej o długości toru przekraczającej 100 mb.

Wymaga również wskazania, że Zamawiający opisując sporny warunek nie wykluczył możliwości wykonania budowy, przebudowy, remontu na przejazdach kolejowych, które jak twierdzi Odwołujący nie mogły stanowić oczekiwanych przez Zamawiającego robót budowlanych.

Według zapatrywania Izby - cały wywód Odwołującego dotyczący przejazdów kolejowych nie ma żadnego związku z pojęciem „nawierzchni drogowo-kolejowej”, poza tym, że Zamawiający nie uczynił żadnego ograniczenia w dopuszczalności wykazywania wykonania takiej nawierzchni na przejazdach kolejowych.

Aktualny i uzasadniony jest również pogląd Przystępującego, że „(...)Zamawiający w żadnym miejscu SWZ nie przewidział, iż spełnienie warunku ma nastąpić jedynie w ramach jednego, ciągłego i nieprzerwanego odcinka.”.

Wobec tego, jeżeli Przystępujący zrealizował inwestycję przebudowy nawierzchni drogowo-kolejowej na 51 przejazdach kolejowych, łącznie o długości 255,21 mb, to wymagany przez Zamawiającego powołany na wstępie warunek wykonania nawierzchni drogowo-kolejowej o długości min. 100 mb toru Przystępujący spełnił.

Przy czym - zdaniem Izby - dla wykazania spełniania spornego warunku bez znaczenia jest czy jest to jeden odcinek czy też jest tych odcinków toru więcej.

Odwołujący nie udowodnił, że dla każdej z powyższych sytuacji wymagana byłaby inna technologia wykonania robót, zakres i rodzaj prac czy materiałów, a także organizacja czy logistyka.

Za nieprzydatne do rozstrzygnięcia sprawy Izba uznała dowody nr 1 i 2 złożone na posiedzeniu przez pełnomocnika Odwołującego jako niezwiązane bezpośrednio z treścią warunku.

W treści dowodów nr 1 nie ma żadnego omówienia znaczenia nawierzchni drogowo-kolejowej, a pojęcia przejazdów i przejść, czy inne definicje zawarte w załączonym rozporządzeniu w ogóle nie były wskazane w opisie warunku w SWZ.

Jeżeli zaś chodzi o dowód nr 2 to wskazuje on jedynie fragment opisu przedmiotu zamówienia ze zdjęciami poglądowymi i dotyczy on postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z 2011 r. prowadzonego u Zamawiającego, co nie przesądza o znaczeniu treści warunku w obecnym postępowaniu o uzp z 2022 r.

Ostatecznie, Izba uznała dowód nr 3 z odpowiedzi z dnia 20 maja 2022 r. PKP PLK jako zawierający zbyt ogólne informacje w zestawieniu ze szczegółową treścią poświadczenia PKP PLK S.A. z dnia 20 lutego 2020 r., gdzie wskazano również modernizację 51 przejazdów kolejowych, podczas gdy przedmiotowa odpowiedź PKP PLK w ogóle nie odniosła się do tej realizacji w ramach całego zadania.

Z tych powodów Izba nie mogła przyjąć tej odpowiedzi PKP PLK za podstawę do rozstrzygnięcia okoliczności spełniania bądź nie spełniania przez Przystępującego warunku dotyczącego posiadanej przez niego odpowiedniej zdolności zawodowej.

Reasumując, Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Izby - istotą warunku było wykazanie przez wykonawców zdolności zawodowej poprzez udowodnienie wykonania nawierzchni drogowo-kolejowej na jednym lub wielu odcinkach toru, przy czym suma tych odcinków nie mogła być mniejsza niż 100 mb.

Izba stanęła na stanowisku, że przy takim rozumieniu warunku krąg potencjalnych wykonawców w przedmiotowym przetargu nie był ograniczony w sposób jedynie sztuczny i warunek tak skonstruowany zapewniał wykonawcom zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego ich traktowania, bowiem nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia do gorszego traktowania wykonawcy, który pod względem technicznym, technologicznym, funkcjonalnym, ilościowym, jakościowym wykonał takie same roboty budowlane na wielu odcinkach przekraczających 100 mb toru w stosunku do wykonawcy o takiej samej charakterystyce, który wykonał jeden odcinek przekraczający te 100 mb.

Wobec powyższego Izba uznała, że nie wystąpiły przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, umożliwiające Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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

Przewodniczący.....