Sygn. akt: KIO 1622/22

WYROK

z dnia 11 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
Ewa Sikorska
Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2022 r. przez wykonawcę TORKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach przy ul. Towarowej 23 (43-100 Tychy) w postępowaniu, w którym zamawiającym jest PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Targowej 74 (03-734 Warszawa), a prowadzącym postępowanie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Południowy z siedzibą w Krakowie przy Placu Matejki 12 (31-157 Kraków)

przy udziale wykonawcy - Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul Prokocimskiej 4 (30-556 Kraków), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności z dnia 6 czerwca 2022 r. polegającej na wezwaniu wykonawcy TORKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach do uzupełnienia Wykazu robót budowlanych i dowodów potwierdzających należyte ich wykonanie w zakresie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.6.1 lit. c) IDW;

1.2. unieważnienie czynności z dnia 15 czerwca 2022 r. polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz odrzuceniu oferty wykonawcy TORKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach;

1.3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty wykonawcy TORKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę TORKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwa Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej

w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu na rzecz wykonawcy TORKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, kwotę w wysokości 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz 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 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 1622/22

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, zwana dalej: „zamawiającym" w imieniu, której działa PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Południowy z siedzibą w Krakowie, które prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp" w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych na odcinku Podbory Skawińskie - Oświęcim w ramach projektu pn. „Prace na linii kolejowej nr 94 na odcinku Kraków Płaszów - Skawina - Oświęcim" (nr referencyjny: 9090/IREZA3/03468/00876/22/P), zwane dalej „postępowaniem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 lutego 2022 r., pod numerem 2022/S 041-107445.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowalne, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 17 czerwca 2022 r. wykonawca TORKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach (zwany dalej: „odwołującym") wniósł odwołanie wobec następujących czynności podjętych przez zamawiającego:

- niezasadnego uznania, że odwołujący, w toku realizacji zadania pn. Wykonanie

przebudowy infrastruktury kolejowej na stacjach Dąbrowa Górnicza Wschodnia i Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce oraz na szlaku Dąbrowa Górnicza Wschodnia - Dąbrowa Górnicza

Strzemieszyce w ramach projektu inwestycyjnego pn.: Prace na liniach kolejowych nr 62 i 660 na odcinku Tunel - Bukowno - Sosnowiec Płd. (zwane dalej jako: „Zadanie") nie nabył doświadczenia zgodnego z treścią warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt.

8.6.1 lit. c) Instrukcji dla Wykonawców (zwanej dalej jako: „IDW");

- wezwania odwołującego (w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, pismem z dnia 6 czerwca 2022 r. nr pisma IREZA3.293.1.2022.a.33) do uzupełnienia Wykazu robót i dowodów potwierdzających należyte wykonanie w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku, o którym mowa w pkt.

8.6.1 lit. c) IDW (w związku z negatywną oceną wyjaśnień odnoszących się do Zadania).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp poprzez:

a) niezasadne, pozbawione podstaw faktycznych, uznanie, że:
- odwołujący nie wykonywał bezpośrednio przebudowy wiaduktu, „tylko uczestniczył" w pracach prowadzonych w ramach Zadania przez wykonawcę N. Mosty Sp. z o.o. (co, zdaniem zamawiającego, ma świadczyć o niespełnieniu warunku przez odwołującego);

- odwołujący nie nabył, w ramach realizacji Zadania, doświadczenia w przebudowie wiaduktu kolejowego;

co doprowadziło zamawiającego do nieuzasadnionego uruchomienia procedury uzupełniającej, o której mowa w art. 128 ust. 1 Pzp (pismem z 6 czerwca 2022 r. nr pisma IREZA3.293.1.2022.a.33), gdy tymczasem w wyjaśnieniach wykonawcy z dnia 25 maja 2022 r. L.dz. TK 58/05/Rp/2022 ponad wszelką wątpliwość wykazane zostało (i poparte dowodami), że odwołujący takie doświadczenie nabył i okoliczności tej nie przeczy fakt realizacji Zadania przez konsorcjum wykonawców;

b) bezpodstawne, nieznajdujące oparcia w treści IDW (w szczególności w treści warunku udziału, o którym mowa w pkt. 8.6.1 lit. c) IDW), żądanie, aby w ramach referencyjnych inwestycji wykonawcy mieli wykazać się wykonaniem określonego zakresu prac (np. związanych z konstrukcją wiaduktu), gdy tymczasem warunek ten wskazywał na obowiązek wykonania budowy lub przebudowy wiaduktu kolejowego (nie precyzował więc szczegółowo minimalnego zakresu realizowanych prac);

2) § 9 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (zwanego dalej jako: „Rozporządzenie dokumentowe") poprzez niezasadne jego pominięcie na etapie dokonywania oceny nabycia przez odwołującego doświadczenia zdobytego w ramach Zadania, gdy tymczasem przepis ten uzasadnia posługiwanie się na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału tymi inwestycjami realizowanymi przez konsorcjum, w których dany wykonawca „bezpośrednio uczestniczył";

a w konsekwencji

3) art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o rozpoznanie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wezwania do uzupełnienia Wykazu robót budowlanych i dowodów potwierdzających należyte wykonania w zakresie warunku udziału, o którym mowa w pkt.

8.6.1 lit. c) IDW z dnia 6 czerwca 2022 r. nr pisma IREZA3.293.1.2022.a.33;

- uznania, że w ramach Zadania odwołujący nabył doświadczenie, o którym mowa w pkt.

8.6.1 lit. c) IDW, a w konsekwencji, rewizję czynności podjętych przez zamawiającego w następstwie wadliwej oceny doświadczenia odwołującego, tj.:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz dalszych czynności w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego;

- dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa. Jak wyjaśnił odwołujący gdyby zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami Pzp, prawidłowo ocenił doświadczenie nabyte przez odwołującego, to oferta odwołującego uznana zostałaby za najkorzystniejszą. Tymczasem, na skutek błędnych ustaleń zamawiającego odnośnie do doświadczenia nabytego w ramach Zadania, został on wezwany (w trybie, o którym mowa w art. 128 ust. 1 Pzp) do uzupełnienia doświadczania, po czym, w związku z uznaniem przez zamawiającego, że uzupełnione

doświadczenie nie spełnia wymagań IDW, jego oferta została odrzucona (pismem z dnia 15 czerwca 2022 roku nr pisma IREZA3.293.1.2022.a.40). Odwołujący zwrócił uwagę, że gdyby zamawiający prawidłowo ocenił nabyte w ramach Zadania doświadczenie, nie doszłoby do późniejszych czynności zamawiającego w postępowaniu (żądanie i ocena dodatkowego doświadczenia byłby niezasadne). Uwzględnienie odwołania, w ocenie odwołującego, skutkować zatem miało koniecznością unieważnienia procedury uzupełniającej (wszczętej pismem zamawiającego z 6 czerwca 2022 r. nr pisma IREZA3.293.1.2022.a.33), uznaniem, że odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału i tym samym dokonaniem wyboru jego oferty.

W uzasadnieniu odwołujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na interpretację warunków udziału w postępowaniu. W tym zakresie wskazał, że zamawiający dokonał niedozwolonej nadinterpretacji treści warunku, o którym mowa w pkt. 8.6.1 lit. c) IDW. Zgodnie z bowiem z treścią tego warunku wykonawcy mieli się wykazać budową lub przebudową wiaduktu kolejowego. Zamawiający, w treści warunku, nie zdecydował się na jakąkolwiek formę doprecyzowania swoich wymagań, np. poprzez wskazanie, że w ramach referencyjnej budowy/ przebudowy wykonawcy winni wykazać się wykonaniem określonych prac (np. związanych z konstrukcją wiaduktu, jak to wskazuje w swoim piśmie z dnia 6 czerwca 2022 roku). Odwołujący podniósł, że nic nie stało na przeszkodzie, aby w treści warunków udziału w postępowaniu zamawiający sformułował szczegółowe wymagania, kładąc nacisk w ramach wykazywanego doświadczenie na określone zakresy przedmiotowe dotyczące budowy lub przebudowy wiaduktu kolejowego. Brak doprecyzowania wymagań w treści IDW nie może wywoływać negatywnych skutków dla wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący zwrócił uwagę, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się w sposób jednoznaczny, iż obowiązkiem zamawiającego, jako autora dokumentacji postępowania, jest wykładanie tej dokumentacji w sposób literalny, a ponadto, w sposób przychylny dla wykonawcy (jako odbiorcy tej dokumentacji). Powyższe stanowi wyraz znanej i stosowanej od wieków paremii „in dubio contra proferentem". Nakreślone powyżej obowiązki spoczywające na instytucjach zamawiających w bezpośredni sposób rzutują również na sposób, w jaki dokumentacja przetargowa winna być interpretowana. Sporządzając specyfikację warunków zamówienia, zamawiający powinien, jak zostało wspomniane powyżej, dążyć do stanu, w którym wystarczającą metodą wykładni będzie ta o charakterze gramatycznym. Mając na uwadze podane orzecznictwo odwołujący stwierdził, że zamawiający powinien dokonać oceny zaangażowania odwołującego w Zadanie jedynie przez pryzmat literalnej treści IDW, gdzie mowa jest o budowie lub przebudowie co najmniej jednego wiaduktu kolejowego (brak jest przy tym wskazania zakresu prac, które w ramach tej budowy lub przebudowy definitywnie muszą być wykonane przez danego wykonawcę). Ocena ta powinna odbywać się przez pryzmat bezpośredniego uczestnictwa odwołującego w Zadaniu (okolicznością niekwestionowaną jest, że przedmiotem Zadania była przebudowa wiaduktu). Wynika to wprost zarówno z § 9 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia dokumentowego, w którym ustawodawca wskazał: Jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz: 1) o którym mowa w ust. 1 pkt 1, dotyczy robót budowlanych, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył. Co więcej - potwierdził to w IDW sam zamawiający: Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz o którym mowa w pkt 9.6.1. IDW dotyczy robót budowlanych, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył (pkt 9.11 IDW).

W dalszej części uzasadnienia odwołujący odniósł się do doświadczenia nabytego przez niego w ramach Zadania. W tym kontekście odwołujący wskazał, że kluczowe w okolicznościach przedmiotowej sprawy pozostawało to, że zamawiający dokonał błędnej oceny zaangażowania odwołującego w realizację Zadania. Jak wskazał odwołujący w treści wyjaśnień przywołał on obszerną argumentację przemawiającą za tym, że uczestniczył bezpośrednio w pracach składających się na przebudowę wiaduktu. W tym miejscu przywołał następujące okoliczności (szczegółowo wykazane i omówione w wyjaśnieniach) mające potwierdzać bezpośredni udział odwołującego w przebudowie wiaduktu kolejowego w km 67,709:

a) odwołujący samodzielnie realizował następujące prace na obiekcie:

- demontaż szyn, odbojnic, mostownic,

- demontaż elementów podporowych konstrukcji obiektu,

- demontaż warstw konstrukcyjnych na przyczółkach wiaduktu oraz w strefach przejściowych za i przed obiektem,

- demontaż kanałów kablowych i instalacji kablowej na obiekcie w km 67,709,

- reprofilacja skarp w rejonie przyczółków,

- zabudowa warstw konstrukcyjnych na obiekcie, przyczółkach oraz w rejonie stref przejściowych,

- prac odwodnieniowych przy obiekcie,

- zabudowa poręczy i barier przeciwporażeniowych,

- zabudowa nawierzchni torowej na wiadukcie tj. podkłady, szyny, odbojnice,

- wykonanie mechanicznego podbicia i stabilizacji toru na wiadukcie, wraz ze strefami przejściowymi,

- zabudowa nowej kanalizacji kablowej wraz z rurami osłonowymi i instalacjami na obiekcie,
- wykonanie umocnienia stożków na przyczółkach;

b) w zakresie całej inwestycji, w tym również w przypadku zadania przebudowy wiaduktu kolejowego w km 67,709, aktywnie pełnił funkcję Lidera Konsorcjum. Po jego stronie w szczególności leżały kwestie związane ze stałym i bieżącym udziałem w realizacji robót budowlanych we wszystkich branżach w tym na wiadukcie w km 67,709, jak również procesów związanych z bezpośrednim zarządzaniem i organizacją placu budowy. Niezależnie więc od faktycznego i bezpośredniego zaangażowania w realizację robót, odwołujący, pełniąc funkcję lidera konsorcjum, odpowiadał za całokształt prac składających się na Zadanie:

- zarządzał i czynnie uczestniczył w opracowaniu dokumentacji projektowej spełniającej wymagania i oczekiwania zamawiającego zgodnie z PFU,

- organizował proces budowlany, opracowywał i uzgadniał procesy technologiczne gwarantujące terminowość realizacji zadania,

- bezpośrednio kierował pracami dotyczącymi wiaduktu,

- koordynował wszystkie prace konsorcjantów, podwykonawców i dostawców,

- nabywał i zapewniał dostawy kluczowych materiałów;

c) zapewniał kluczowy personel - osoby zarządzające budową, pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, odpowiedzialne za organizowanie, prowadzenie robót kontrolę jakości i bhp (w tym m.in. Kierownik Budowy, Kierownicy Robót, Koordynator Robót, Inżynier budowy, Inżynier ds. rozliczeń, Inżynier ds. materiałowych.), prowadzenie korespondencji z podmiotami uczestniczącymi w realizacji inwestycji;

d) organizował i brał bezpośredni udział w odbiorach robót;

e) odpowiadał za zarządzanie jakością;

f) prowadził wszelkie spotkania robocze, narady etc.

Tym samym odwołujący stwierdził, że wobec powyższych (niekwestionowanych przez zamawiającego) okoliczności, w szczególności szerokiego zakresu prac, które w ramach przebudowy wiaduktu wykonał, stanowisko zamawiającego jawi się jako bezsprzecznie wadliwe.

Zdaniem odwołującego na uwagę zasługiwało, że do wyjaśnień z dnia 25 maja 2022 r. załączonych zostało 29 dowodów. W tym miejscu odwołujący w szczególności zwrócił uwagę

na załącznik nr 26. Jest to oświadczenie złożone przez jednostkę zamawiającego - Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski (odpowiadający za realizację Zadania). Jednostka zamawiającego w ocenie odwołującego jednoznacznie potwierdziła to właśnie, co ustalić chciał zamawiający - bezpośrednie uczestnictwo odwołującego w pracach polegających na przebudowie wiaduktu. Stanowisko zamawiającego, który pomija lub nie daje wiary innej (własnej) jednostce zdaniem odwołującego jest zupełnie niezrozumiałe.

Następnie odwołujący wskazał, że zamawiający w sposób wyjątkowo lakoniczny uzasadnił swoją ocenę doświadczenia nabytego przez niego, stwierdzając jedynie, że z jego ustaleń wynikało, iż odwołujący nie brał udziału w pracach dotyczących samej konstrukcji obiektu. Gdyby jednak zamawiający wykładał ustanowione przez siebie warunki udziału w postępowaniu w zgodzie z ich literalną treścią, musiałby dojść do wniosku, że odwołujący niewątpliwie bezpośrednio uczestniczył w przebudowie wiaduktu. W tym miejscu odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 3 pkt 7a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane przez przebudowę należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z

wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego. W ocenie odwołującego z protokołu odbioru końcowego (załącznik nr 23 do wyjaśnień) wynikało, że o przebudowie (a więc zmianie parametrów obiektu) świadczą m.in. takie prace jak likwidacja i demontaż toru. Tymczasem prace te wykonał samodzielnie odwołujący, co również było okolicznością bezsporną. Oczywiście zakres prac i faktyczne zaangażowanie odwołującego znacznie wykraczało poza likwidację i demontaż toru, odwołujący wyjaśnił, że przez wskazanie powyższego zmierzał jedynie do wykazania, że zamawiający fundamentalnie mylił się odmawiając mu prawa do twierdzeń o nabyciu doświadczenia związanego z przebudową wiaduktu. Skoro bowiem:

a) o przebudowie świadczy zmiana parametrów technicznych i użytkowych obiektu;

b) w ramach wiaduktu w km 67,709 dokonano przebudowy na obiekt jednotorowy;

c) prace w tym zakresie wykonywał odwołujący;

to stanowisko, zgodnie z którym odwołujący tak nabytym doświadczeniem nie może się posługiwać w postępowaniu było - w ocenie odwołującego - nietrafione.

Jeszcze raz odwołujący wskazał, że nie miał co do tego wątpliwości zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Region Śląski, który pismem z dnia 20 maja 2022r. znak IRSK4/1/3.217.07.16.2022.IRE00963-I potwierdził, że odwołujący bezpośrednio uczestniczył w wykonaniu robót budowlanych polegających na przebudowie wiaduktu kolejowego w km 67,709 na szlaku Dąbrowa Górnicza Wschodnia - Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce w ramach zadania Wykonanie przebudowy infrastruktury kolejowej na stacjach Dąbrowa

Górnicza Wschodnia i Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce oraz na szlaku Dąbrowa Górnicza

Wschodnia - Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce w ramach projektu inwestycyjnego pn.: Prace na liniach kolejowych nr 62 i 660 na odcinku Tunel - Bukowno - Sosnowiec Płd, na podstawie Umowy nr 90/106/0056/18/Z/I (załącznik nr 26 do pisma Odwołującego z dnia 25 maja 2022r. L.dz. TK 58/05/Rp/2022).

W ostatniej części uzasadnienia odwołujący zwrócił uwagę na orzecznictwo w kontekście nabywania doświadczenia w ramach konsorcjum. Odwołujący podkreślił, że podtrzymuje w pełni wyrażone w wyjaśnieniach stanowisko, zgodnie z którym decyzja zamawiającego była sprzeczna z aktualnym orzecznictwem zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych w zakresie nabywania doświadczenia przez członków konsorcjum. W opinii odwołującego zapatrywanie zamawiającego było wyrazem nadmiernie formalistycznego (a przez to nieuzasadnionego) traktowania tej kwestii. Stanowiska analogiczne do zajmowanego w postępowaniu przez zamawiającego zajmowano w krótkim okresie po wydaniu przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyroku z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu). Wyrok ten, w początkowej fazie przyjmowany i wykładany był w sposób niezwykle restrykcyjny, wręcz prowadzący do wypaczenia istoty konsorcjum (na skutek takich interpretacji dochodziło do absurdalnych sytuacji, w których w przypadku realizacji zadania przez konsorcjum żaden z wykonawców nie mógł się wykazać doświadczeniem, wszak, jak wynika z istoty konsorcjum, żaden nie realizował zamówienia w pełni samodzielnie). Z czasem jednak odbiór orzeczenia w sprawie Esaprojekt uległ (słusznej) liberalizacji. Jej wyrazem są m. in. orzeczenia przywołane w wyjaśnieniach przez odwołującego, które odwołujący niezmiennie wskazuje jako potwierdzające trafność jego stanowiska.

Podsumowując odwołujący skonstatował, że w treści pisma z 6 czerwca 2022 r. zamawiający poniekąd „wraca” do niezasadnego i wypaczającego sens wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia rozumienia orzeczenia w sprawie Esaprojekt. Tymczasem odwołujący wyjaśnił, że wykazał ponad wszelką wątpliwość, że realizując Zadanie, nabył doświadczenie, które pozwala mu na przypisanie sobie zdolności w zakresie zgodnym z treścią warunku udziału w postępowaniu z pkt. 8.6.1 lit. c) IDW, a więc przebudowy wiaduktu.

W ramach postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

W dniu 5 lipca 2022 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania.

Ww. wykonawca w treści pisma wskazał, że zarzuty odwołującego sprowadzają się do jednej

kwestii - kwestionowania działania zamawiającego w zakresie odmowy uznania za spełniony przez odwołującego warunek z pkt. 8.6.1 lit. c) IDW i stanowiącego tego konsekwencję wezwania odwołującego pismem z dnia 6 czerwca 2022 roku do uzupełnienia wykazu robót budowlanych i dowodów potwierdzających należyte wykonanie w zakresie spełnienia ww. warunku. Zdaniem zgłaszającego przystąpienie odwołujący zajmuje stanowisko, zgodnie z którym z racji jego uczestnictwa w konsorcjum zawiązanego przez odwołującego jako lidera wspólnie z MAR-BUD Sp. z o.o. Budownictwo Sp.k. oraz N.-Mosty Ssp. z o.o. na potrzeby realizacji zadania pn. „Wykonanie przebudowy infrastruktury kolejowej na stacjach Dąbrowa Górnicza Wschodnia i Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce oraz na szlaku Dąbrowa Górnicza Wschodnia - Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce w ramach projektu inwestycyjnego pn.: Prace na liniach kolejowych nr 62 i 660 na odcinku Tunel - Bukowno - Sosnowiec Płd.”, w ramach którego to zadania realizowana była przebudowa wiaduktu kolejowego w km 67,709, nabył on wymagane doświadczenie w zakresie określonego w pkt. 8.6.1. lit. c) wykonania Budowy lub Przebudowy co najmniej 1 mostu kolejowego w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie). W ocenie odwołującego w ramach złożonych w piśmie z 25 maja 2022 roku wyjaśnień wykazał on, że uczestniczył bezpośrednio w pracach składających się na przebudowę ww. wiaduktu.

Z powyższymi twierdzeniami odwołującego, zdaniem zgłaszającego przystąpienie, nie można się było jednak zgodzić. Przede wszystkim ww. wykonawca wspomniał, że zgodnie z pkt 1.3. IDW pkt 18) i 19) zarówno „Budowa” jak i „Przebudowa”, o których mowa w SWZ mają znaczenie takie samo jak w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2021, poz. 2351 ze zm.). Ustawowe definicje ww. pojęć są natomiast następujące: przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego (art. 3 pkt 6), natomiast przez przebudowę należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego; (art. 3 pkt 7a). Ustawowe pojęcia budowy i przebudowy są zatem rozłączne, na co wskazuje ustawowa definicja robót budowlanych, przez które należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego (art. 3 pkt 7).

Zgłaszający przystąpienie wyjaśnił, że nie był stroną umowy dotyczącej wiaduktu kolejowego w km 67,709, na którą powoływał się odwołujący, jednakże już z załączonego do wyjaśnień odwołującego z dnia 25 maja 2022 roku Protokołu odbioru końcowego nr 1/62/TORKOL/2020 z dnia 28 lutego 2022 roku (załącznik nr 23) wynika, że roboty budowlane dotyczące rzeczonego wiaduktu były realizowane na podstawie odrębnej decyzji pozwolenia na budowę w stosunku do pozostałej części zadania inwestycyjnego - tj. decyzji Wojewody Śląskiego nr 10/Z/B-B/19 z dnia 27 września 2019 roku dotyczącej rozbiórki i odbudowy wiaduktu kolejowego w km 67,709 linii kolejowej nr 62 nad ul. Łuszczaka w Dąbrowie Górniczej. Realizacja tej części prac była zatem w pewnym stopniu niezależna od realizacji pozostałej części Zadania inwestycyjnego. Jakkolwiek by jednak dokonać klasyfikacji rzeczonych robót jako przebudowy, czy jako rozbiórki i odbudowy wiaduktu, czy jako rozbiórki i budowy nowego wiaduktu, zakres prac wskazywanych przez odwołującego jako wykonane przez niego budowy lub przebudowy wiaduktu kolejowego nie wskazuje na spełnienie przez odwołującego wymogu określonego w pkt 8.6.1 lit. c Tomu I SWZ - IDW. Przebudowa jest bowiem wykonywaniem robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji. Budowa z kolei to wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowa, rozbudowa, nadbudowa obiektu budowlanego. Zgłaszający przystąpienie nie zgodził się z odwołującym, że samodzielne wykonanie przez niego prac polegających na likwidacji i demontażu jednego z torów znajdujących się na wiadukcie przesądza o tym, że odwołujący może się powoływać na doświadczenie w zakresie budowy lub przebudowy wiaduktu kolejowego, gdyż w żaden sposób nie wskazuje to na nabycie wymaganego doświadczenia w zakresie wykonania budowy lub przebudowy wiaduktu. Prace torowe, na których wykonanie powoływał się wykonawca, dotyczą jedynie nawierzchni wiaduktu, bądź stanowią drobne prace, i nie wiążą się z budową ani przebudową wiaduktu. Nawierzchnia torowa znajdująca się na obiekcie inżynieryjnym nie jest jego elementem konstrukcyjnym, nie jest elementem branży mostowej, nie może więc być mowy o nabyciu doświadczenia w realizacji wiaduktu jako całości elementów konstrukcyjnych i funkcjonalnych (posadowienie, fundament, przyczółek, filary, elementy płyty pomostowej itp.) Nadto zgłaszający przystąpienie nadmienił, iż realizacja nawierzchni torowej na obiekcie inżynieryjnym wymaga zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2021, poz. 2351 ze zm.) uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych, natomiast sprawowanie samodzielnej funkcji kierowniczej

dla realizacji wiaduktu wymaga uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej mostowej. Powyższy fakt wyklucza nabycie doświadczenia przy realizacji wiaduktu, wykonując nawierzchnię torową na obiekcie. Jeśli chodzi zaś o wykonywanie drobnych prac ziemnych, umocnień stożków, kanałów kablowych, wykonania warstw torowiska, prac odwodnieniowych oraz zabudowy drobnego wyposażenia obiektu również nie może być mowy o nabyciu doświadczenia w realizacji wiaduktu, z uwagi na to, że zgodnie zarówno z zakresem finansowym jak i rzeczowym są to prace marginalne jak również nie mające nic wspólnego z konstrukcją obiektu inżynieryjnego a także z kształtowaniem obiektu inżynieryjnego jako takiego. Prace te są wykonywane po zakończeniu etapu prac konstrukcyjnych dla przedmiotowego wiaduktu, a co za tym idzie po zasadniczych pracach przy wykonywaniu których można nabyć doświadczenie w realizacji wiaduktu zgodnie z zapisami SWZ. Powyższe drobne prace ziemne oraz umocnienia stożków nie należą do robót konstrukcyjnych, nie dotyczą elementów nośnych, a nadto do ich realizacji nie jest wymagane wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę.

W ocenie zgłaszającego przystąpienie słusznie zauważył zamawiający w piśmie z dnia 6 czerwca 2022 roku, że odwołujący nie wykonywał przebudowy rzeczonego wiaduktu, gdyż prace w tym zakresie prowadzone były przez partnera odwołującego - N.-Mosty spółkę z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej. W szczególności faktu rzekomo szerokiego zakresu prac odwołującego nie potwierdza pismo innej jednostki organizacyjnej Zamawiającego (Centrum Realizacji Inwestycji Regionu Śląskiego) z dnia 20 maja 2022 roku wskazujące w swej treści na bezpośredni udział odwołującego w wykonaniu robót budowlanych polegających na przebudowie wiaduktu kolejowego w km 67,709 na szlaku Dąbrowa Górnicza Wschodnia - Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce. Do wskazanego dokumentu, w ocenie zgłaszającego przystąpienie, należy się odnieść krytycznie. Przede wszystkim ww. wykonawca wskazał, że pismo zostało podpisane przez osobę, która pełniła funkcję kierownika Kontraktu dopiero w końcowym etapie realizacji inwestycji, co można odczytać z pozostałych przedstawionych przez odwołującego dokumentów - z protokołu odbioru technicznego nr 2/08 z dnia 9-12 sierpnia 2019 roku (załącznik nr 22 do pisma odwołującego z dnia 25 maja 2022 roku) czy protokołu odbioru eksploatacyjnego nr 7 z dnia 13 sierpnia 2019 roku (załącznik nr 24 do pisma odwołującego z dnia 25 maja 2022 roku), wynika że w rzeczonym okresie funkcję Kierownika Kontraktu pełnił pan A.H. Można stąd wysunąć przypuszczenia, że osoba podpisująca pismo z dnia 20 maja 2022 roku mogła nie mieć bezpośredniej wiedzy na temat charakteru zaangażowania odwołującego w proces przebudowy wiaduktu. Co więcej przedłożone przez odwołującego pismo ma charakter ogólnikowy, nie precyzuje, w jakim zakresie odwołujący uczestniczył w realizacji obiektu, w tym nie potwierdza, aby odwołujący realizował roboty z branży obiektów inżynieryjnych, a nadto można poddać pod wątpliwość, czy zawiera sprawdzone i prawdziwe informacje na temat pełnienia przez pana S.P. funkcji kierownika budowy w zakresie przebudowy rzeczonego wiaduktu. Jak zostało to bowiem wskazane powyżej przebudowa ww. obiektu była realizowana na podstawie odrębnej decyzji o pozwoleniu na budowę (decyzji Wojewody Śląskiego nr 10/Z/B-B/19 z dnia 27 września 2019 roku dotyczącej rozbiórki i odbudowy wiaduktu kolejowego w km 67,709 linii kolejowej nr 62 nad ul. Łuszczaka w Dąbrowie Górniczej), co wskazuje, że w tym zakresie zaistniała konieczność odrębnego (w odniesieniu do tej konkretnej decyzji), ustanowienia i zgłoszenia organowi nadzoru budowlanego kierownika budowy i funkcję tę mogła pełnić inna osoba. Oświadczenie o przejęciu obowiązków kierowania budową (załącznik nr 13 do pisma odwołującego zawierającego wyjaśnienia z dnia 25 maja 2022 roku) nie dotyczyło robót budowlanych związanych z rzeczonym wiaduktem, a dodatkowo zakres uprawnień budowlanych pana S.P. (kierowanie i nadzorowanie robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności: Linie, węzły i stacje kolejowe wydanymi przez Okręgowy Inspektorat Kolejnictwa w Katowicach Decyzją o Nr. ewidencyjnym: OIK 4-K-220/2000 z dnia 22 września 2000 r.) nie obejmował uprawnień w zakresie robót mostowych ani obiektów inżynieryjnych. Co istotne odwołujący nie przedłożył analogicznego oświadczenia o przejęciu obowiązków kierowania budową przez S.P., ani żadnego innego dokumentu potwierdzającego fakt pełnienia przez niego funkcji kierownika budowy (lub przez jakiegokolwiek innego pracownika czy przedstawiciela odwołującego) w zakresie dotyczącym realizacji robót budowlanych na podstawie decyzji Wojewody Śląskiego nr 10/Z/B-B/19 z dnia 27 września 2019 roku dotyczącej rozbiórki i odbudowy wiaduktu kolejowego w km 67,709 linii kolejowej nr 62 nad ul. Łuszczaka w Dąbrowie Górniczej, nie przedłożył także kopii dziennika budowy dotyczącej przebudowy rzeczonego wiaduktu, który wskazywałby osoby kierownika budowy i kierowników robót dla rzeczonej przebudowy wiaduktu. Powyższe skłania do formułowania domniemania, że powodem braku przedłożenia ww. dokumentów w tym zakresie był fakt, że funkcję kierownika budowy w zakresie realizacji rzeczonego zakresu robót mógł wykonywać pracownik lub przedstawiciel partnera konsorcjum odwołującego - N. Mosty sp. z o.o., a odwołujący nie tylko nie uczestniczył w przebudowie rzeczonego wiaduktu, ale także nie nadzorował bezpośrednio wykonywanych przez N.-Mosty sp. z o.o. prac. Przede wszystkim takie domniemanie można wysuwać wobec okoliczności, że odwołujący przekazał oświadczenia o przejęciu funkcji kierownika budowy przez pana G.P. (załącznik nr 13 do pisma z dnia 17 czerwca 2022 roku) na długo przed uzyskaniem pozwolenia na budowę dla przedmiotowego wiaduktu, brak jest natomiast oświadczenia kierownika budowy z ramienia odwołującego dotyczącego przejęcia

obowiązków kierownika budowy dla wydanego pozwolenia na budowę związanego z realizacją obiektu w km 67,709. Na tej podstawie wydaje się uprawniony wniosek, że kierownikiem budowy dla omawianego obiektu mogła być inna osoba, bezpośrednio związana z realizacją obiektu, natomiast niezwiązana z odwołującym. Co więcej referencje od zamawiającego w zakresie realizacji rozbiórki i budowy nowego obiektu - wiaduktu kolejowego w km 67,709 linii kolejowej 62 otrzymał partner odwołującego - N.-Mosty Sp. z o.o. - pismo jednostki organizacyjnej zamawiającego (Centrum Realizacji Inwestycji Regionu Śląskiego) z dnia 2 marca 2020 roku, nr IREPL4-024-02/2020, które zgłaszający przystąpienie pozyskał od zamawiającego występując o przedstawienie kompletu dokumentów dotyczących oferty Konsorcjum: N. Mosty Sp. z o.o., Firesta - Fiser, rekonstrukce, stavby a.s. złożonej w postępowaniu na Zaprojektowanie i wykonanie robót dla przebudowy 11 obiektów inżynieryjnych w ciągu linii kolejowej nr 62 na odcinku Tunel - Wolbrom w ramach projektu „Prace na liniach kolejowych 62, 660 na odcinku Tunel - Bukowno - Sosnowiec Płd.”, nr postępowania 9090/IREZA3/04853/01229/20/P. W treści ww. referencji, mimo że powołano się na fakt realizacji przez N.-Mosty Sp. z o.o. w ramach konsorcjum robót budowlanych w ramach umowy nr 90/106/0056/18/Z/I z dnia 25 czerwca 2018 roku, to jednak wyraźnie wskazano na zakres realizowanych przez N.-Mosty Sp. z o.o. prac, a to: wykonanie Projektu Budowlanego oraz Wykonawczego; uzyskanie wszelkich uzgodnień oraz pozwoleń; opracowanie Projektu Technologii nasuwania podłużnego obiektu; wykonanie rozbiórki wiaduktu stalowego dwuprzęsłowego, o dwóch niezależnych konstrukcjach nośnych pod każdym z torów (pismo określało parametry techniczne rozebranego wiaduktu); budowa wiaduktu kolejowego o konstrukcji przęsła w schemacie statycznym belki dwuprzęsłowej, ciągłej z 2 dźwigarów typu VFT-WIB, współpracujących z żelbetową płytą denną koryta balastowego (pismo określało parametry techniczne nowego wiaduktu); dodatkowy wyszczególniony zakres prac. Referencje te wskazują, że cały zakres robót inżynieryjnych dotyczących rzeczonego wiaduktu pod względem budowlanym został zrealizowany przez partnera odwołującego, tj. N.-Mosty Sp. z o.o. Co więcej przedstawione przez odwołującego dowody przemawiają za tym, że także pod względem finansowym całość robót budowlanych dotyczących wiaduktu została zrealizowana przez N.-Mosty Sp. z o.o. Zgodnie z Rozbiciem Cenowym oferty wypełnionym przez odwołującego stanowiącym załącznik do oferty przetargowej złożonej w postępowaniu na „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. Wykonanie przebudowy infrastruktury kolejowej na stacjach Dąbrowa Górnicza Wschodnia i Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce oraz na szlaku Dąbrowa Górnicza Wschodnia-Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce w ramach projektu inwestycyjnego pn.: Prace na liniach kolejowych nr 62,660 na odcinku Tunel-Bukowno-Sosnowiec Płd.” wartość robót w zakresie branży obiektów inżynieryjnych określono na 5 987 058,82 zł netto, która to kwota została podana jako wartość wykonanych robót na wstępie referencji wystawionych dla N.-Mosty Sp. z o.o. Odwołujący w piśmie z dnia 25 maja 2022 roku podaje przy tym wartość robót realizowanych przez ww. partnera konsorcjum prac na kwotę 6 326 283,82 zł, skąd można wyprowadzić domniemanie, że N.-Mosty Sp. z o.o. zrealizowała zarówno pełny zakres robót w branży obiekty inżynieryjne, ale także prace projektowe.

Zgłaszający przystąpienie podniósł także, że prace dotyczące wiaduktu w km 67,709 linii kolejowej nr 62 - zgodnie z ich opisem przez odwołującego przez niego wykonane - nie polegały na budowie ani przebudowie wiaduktu, a zatem nie potwierdzały posiadania przez odwołującego wymaganego doświadczenia. Realizacja bowiem niewielkiego zakresu robót z branży torowej i odwodnieniowej czy prac związanych z zabudową dodatkowego wyposażenia obiektu (jak barierki) nie świadczy o bezpośrednim udziale w budowie lub przebudowie ww. wiaduktu, co też słusznie zauważył zamawiający w swoim piśmie z dnia 6 czerwca 2022 roku, w treści którego wezwał odwołującego do uzupełnienia wykazu robót budowlanych i dowodów potwierdzających należyte wykonanie w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku określonego w pkt 8.6.1. lit. c) Tomu I SWZ - IDW. Zgłaszający przystąpienie odniósł się także do pisma N. Mosty Sp. z o.o. z dnia 20 maja 2022 roku, które jako załącznik nr 27 odwołujący przedłożył wraz z wyjaśnieniami z dnia 25 maja 2022 roku. Zdaniem ww. wykonawcy powyższe pismo partnera konsorcjum również nie potwierdza faktu bezpośredniego uczestnictwa odwołującego w przebudowie wiaduktu. Zgłaszający przystąpienie podkreślił, że do wykonania prac realizowanych przez odwołującego, a wymienionych przez partnera konsorcjum, nie jest wymagane pozwolenie na budowę. Nie są to także prace z zakresu robót branży obiektów inżynieryjnych, a jedynie prace z zakresu branży torowej (demontaż mostownic, szyn, odbojnic; demontaż warstw konstrukcyjnych na przyczółkach wiaduktu oraz strefach przejściowych za i przed obiektem; reprofilacja skarp w rejonie przyczółków; zabudowa warstw konstrukcyjnych na obiekcie, przyczółkach oraz w rejonie stref przejściowych, zabudowa nawierzchni torowej na obiekcie, tj. podkłady, szyny, odbojnice, wykonanie mechanicznego podbicia i stabilizacji toru), odwodnieniowej (prace odwodnieniowe na obiekcie), robót związanych z instalacjami SRK, energetyki oraz telekomunikacji (tj. zabudowa nowej kanalizacji kablowej wraz z rurami osłonowymi na obiekcie) oraz z zakresu drobnych robót nie stanowiących głównych prac związanych z przebudową wiaduktu (jak zabudowa poręczy i barier przeciwporażeniowych oraz wykonanie umocnienia stożków na przyczółkach, demontaż elementów podporowych konstrukcji obiektu). Prace te związane były zatem z robotami torowo-odwodnieniowymi lub były to drobne prace, które jedynie wynikały z technologii robót i były realizowane w celu uniknięcia

wstrzymywania robót odwołującego z zakresu branży torowej. Także samo aktywne pełnienie funkcji Lidera Konsorcjum dla zadania inwestycyjnego obejmującego również przebudowę wiaduktu kolejowego nie było wystarczające do przyjęcia spełnienia ww. warunku. Po pierwsze okoliczność występowania przez partnera konsorcjum, tj. N.-Mosty Sp. z o.o. do odwołującego o dokonywanie uzgodnień dokumentacji projektowej (o czym mowa w notatce z rady budowy z dnia 9 sierpnia 2018 roku stanowiącej załącznik nr 4 do pisma odwołującego z dnia 25 maja 2022 roku) nie stanowi w żadnym razie dowodu na samodzielną realizację przez odwołującego przebudowy wiaduktu, a jedynie potwierdza, że to N.-Mosty Sp. z o.o. była odpowiedzialna za przygotowanie dokumentacji projektowej, natomiast uzgodnienie jej z odwołującym jako liderem konsorcjum stanowiło jedynie zwyczajowe uzgodnienie pomiędzy partnerem i liderem projektów wielobranżowych - w tym wypadku rozwiązania projektowe obiektu inżynieryjnego musiało być między innymi uzgodnione z projektantem branży torowej, gdyż dane z poszczególnych projektów muszą być między sobą spójne. Niemniej jednak z treści tej notatki można wywodzić, że w zakresie wiaduktu osobą kompetentną był pan A.A. pełniący funkcję kierownika (budowy lub robót) obiektu inżynieryjnego/ obiektów inżynieryjnych. Także pozostałe przedstawione przez odwołującego wraz z pismem z dnia 25 maja 2022 roku wystąpienia odwołuj ącego i notatki z rady budowy stanowią przykłady typowej korespondencji o charakterze organizacyjnym i koordynacyjnym dla całego zadania (np. załączniki nr 6, 7, 8, 9, 10, 14, 15, 16, 17, 19, 20) a wręcz potwierdzają, że w przypadku problemów związanych z przebudową obiektu w km

67,709 takich jak konieczność przeprojektowania i przebudowy zakotwień do nasuwania obiektu (notatka z nadzwyczajnej rady budowy z dnia 18 lipca 2019 roku, załącznik nr 5 do pisma z dnia 25 maja 2022 roku), to partner konsorcjum, a więc N.-Mosty Sp. z o.o., nadzorował przebudowę wiaduktu, gdyż w sytuacji pojawiających się problemów to ta firma poprzez swoich przedstawicieli uczestniczyła w naradzie, której celem było wprowadzenie rozwiązań oraz zmian w harmonogramie, które ograniczyłyby wpływ problemów na terminy realizacji. Co też należy odnotować, w tej naradzie nie uczestniczył kierownik budowy dla całej inwestycji objętej umową z zamawiającym z ramienia odwołującego - pan S.P. Nie jest więc prawdą, by w tym zakresie odwołujący zapewniał kluczowy personel z perspektywy przebudowy wiaduktu - w żadnym z przedłożonych przez odwołującego pism nie wskazano jako kierownika robót mostowych lub kierownika budowy / robót przedmiotowego obiektu inżynieryjnego przedstawiciela lub pracownika odwołującego. Funkcje te pełnili natomiast pracownicy i przedstawiciele partnera konsorcjum - N.-Mosty Sp. z o.o. (jak pan A.A. czy pan G.N.). Natomiast co do zakresu robót związanych z przebudową wiaduktu nie potwierdzają się twierdzenia dotyczące koordynacji prac konsorcjantów, podwykonawców i dostawców jak i nabywania i zapewniania dostaw kluczowych materiałów, jako że - jak zostało to wykazane powyżej - wartość robót realizowanych przez N.-Mosty Sp. z o.o. przewyższała wartość dla branży obiekty inżynieryjne podaną w RCO, co wskazuje na kompleksowe zrealizowanie tego zakresu zadania nie przez lidera, a przez partnera konsorcjum. Odwołujący przy tym nie powołał się na żadne dokumenty ani dowody wykazujące, jakoby zapewniał dostawę kluczowych materiałów dla przebudowy wiaduktu, ani by w sposób wykraczający poza standardowe funkcje lidera konsorcjum dla całego zadania inwestycyjnego nadzorował lub koordynował prace związane z przebudową wiaduktu. Nadmienić ponadto należy, iż kluczowymi materiałami z punktu widzenia realizacji wiaduktu są np. beton konstrukcyjny i stal zbrojeniowa oraz konstrukcyjna, nie zaś balustrady czy elementy odwodnienia

Zdaniem zgłaszającego przystąpienie samo uczestniczenie w procesie realizacji inwestycji, a w szczególności takie, które wynika z okoliczności pełnienia funkcji lidera konsorcjum i dotyczy czynności stricte organizacyjnych nie jest tożsame z wykonywaniem obiektu (jego budową lub przebudową).

W konsekwencji zgłaszający przystąpienie skonstatował, że słuszna była ocena zamawiającego, iż odwołujący nie wykazał posiadania doświadczenia w zakresie doświadczenia w wykonaniu Budowę lub Przebudowę co najmniej 1 wiaduktu kolejowego, a tym samym słusznie zamawiający wezwał odwołującego na podstawie 128 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp do uzupełnienia Wykazu robót i dowodów potwierdzających należyte wykonanie w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku określonego w pkt. 8.6.1 lit. c) IDW. Nie jest uzasadniony także zarzut naruszenia przez zamawiającego § 9 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia, gdyż odwołujący nie wykazał, by bezpośrednio uczestniczył w przebudowie wiaduktu w km 67,709 linii kolejowej nr 62. Wskazany przepis nie miał wprost swojego odpowiednika w dotychczasowych regulacjach poprzedniego rozporządzenia i ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku. W niniejszym przypadku zakres faktycznie/ realnie wykonanych przez odwołującego prac nie odpowiadał zakresowi wykonania Budowy lub Przebudowy wiaduktu kolejowego, dlatego także zarzut naruszenia tego przepisu nie był uzasadniony. W konsekwencji nie został potwierdzony także zarzut naruszenia art. 16 Pzp, gdyż zaskarżona czynność nie powodowała naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz

biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (zwanego dalej: „przystępującym"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu przez zamawiającego.

W związku z powyższym Izba rozpoznała odwołanie mając na uwadze dyspozycję wynikającą z art. 523 ust. 3 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 23 czerwca 2022 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ");

- ofertę złożoną przez odwołującego;

- wykaz robót złożony przez odwołującego na wzorze stanowiącym załącznik nr 6 do IDW oraz poświadczenie (referencje) z dnia 10 marca 2021 r. wystawione przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski;

- wezwanie z dnia 19 maja 2022 r. skierowane do odwołującego w sprawie złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonego wykazu robót budowlanych w zakresie wskazania udziału oraz zakresu prac jakie wykonał odwołujący w ramach przebudowy wiaduktu kolejowego w km 67,709 na Zadaniu;

- wyjaśnienia odwołującego złożone pismem z dnia 25 maja 2022 r. w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie wraz z załącznikami;

- wezwanie z dnia 6 czerwca 2022 r. skierowane do odwołującego w sprawie uzupełnienia wykazu robót budowlanych i dowodów potwierdzających należyte wykonanie w zakresie potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt 8.6.1 lit. c) Tomu I SWZ - IDW;

- pismo odwołującego z dnia 9 czerwca 2022 r. skierowane do zamawiającego w odpowiedzi na ww. wezwanie wraz z załącznikami;

- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 15 czerwca 2022 r., która zawierała również informację o odrzuceniu oferty odwołującego wraz z podaniem uzasadnienia dla tej czynności;

2) załączniki do odwołania;

3) dokumenty załączone do pisma procesowego przystępującego z dnia 5 lipca 2022 r.:

- referencje - pismo PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Regionu Śląskiego z dnia 2 marca 2020 r.;

- ofertę przetargową z 27 marca 2018 r. złożoną przez odwołującego jako lidera konsorcjum

w postępowaniu na „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. Wykonanie przebudowy infrastruktury kolejowej na stacjach Dąbrowa Górnicza Wschodnia i Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce oraz na szlaku Dąbrowa Górnicza Wschodnia-Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce w ramach projektu inwestycyjnego pn.: „Prace na liniach kolejowych nr 62,660 na odcinku Tunel-Bukowno-Sosnowiec Płd.” wraz z wypełnionym Rozbiciem Cenowym Oferty stanowiącym jej załącznik;

4) dokumenty złożone na rozprawie przez odwołującego:

- wyciąg ze specyfikacji istotnych warunków zmówienia dla postępowania na

Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. Wykonanie przebudowy infrastruktury kolejowej na stacjach Dąbrowa Górnicza Wschodnia i Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce oraz na szlaku Dąbrowa Górnicza Wschodnia-Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce w ramach projektu inwestycyjnego pn.: „Prace na liniach kolejowych nr 62,660 na odcinku Tunel-

Bukowno-Sosnowiec Płd.”, obejmujący stronę tytułową oraz str. 47 i 48 tomu III tj. programu funkcjonalno-użytkowego;

- poświadczenie z dnia 20 czerwca 2022 r. podpisane przez kierownika kontraktu pana A.H.;

- poświadczenie z dnia 30 czerwca 2022 r. podpisane przez kierownika kontraktu pana A.H.;

- pismo z dnia 30 września 2019 r. skierowane do pana A.H. kierownika kontraktu, podpisane przez pana G.N. kierownika robót mostowych;

- dziennik budowy dotyczący wiaduktu;

- opinię techniczną w zakresie konstrukcyjno-budowlanym w przedmiocie ustalenia na podstawie przedstawionych dokumentów czy TorKol Spółka z o.o. uczestniczyła w realizacji/jach związanych z przebudową wiaduktu, czy posiada stosowane doświadczenie, jak również wskazanie czy poświadczenie PKP PLK S.A. - pismo nr IRRK4/5/5.2233.32.2022.ISW-00847-I z dnia 20 czerwca 2022 zakres prac zrealizowanych przez Spółkę odpowiada zakresowi przebudowy wiaduktu, sporządzoną przez dr. inż. P. S.;

- Opinię dotyczącą referencji dla linii kolejowej nr 62 w zakresie wiaduktu kolejowego w km

67,709 dla potrzeb postępowania odwoławczego, sporządzoną przez zespół autorski: dr inż. K. R. oraz mgr inż. A. R.;

- pismo z dnia 30 czerwca 2022 r. skierowane do odwołującego ze strony PKP Energetyka

S.A. z siedzibą w Warszawie;

5) dokumenty złożone na rozprawie przez przystępującego:

- dziennik budowy dotyczący wiaduktu;

- decyzję Wojewody Śląskiego nr 10/Z/B-B/19 z dnia 27 marca 2019 r. w sprawie zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę dla zamierzenia budowlanego pn.: Rozbiórka i odbudowa wiaduktu kolejowego w km 67,709 linii kolejowej nr 62 nad ulicą Łuszczaka w Dąbrowie Górniczej.

Izba ustaliła co następuje

W pkt 8.6.1 lit. c) Tomu I SWZ obejmującego INFORMACJĘ DLA WYKONAWCÓW (IDW) zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej polegający na wykazaniu przez wykonawcę, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał Budowę lub Przebudowę co najmniej 1 wiaduktu kolejowego.

W pkt 9.6.1. Tomu I SWZ-IDW zamawiający wskazał, że na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu wymagał złożenia wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane (wzór wykazu stanowił załącznik nr 6 do IDW).

Zgodnie z pkt 9.11 Tomu I SWZ-IDW: Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz o którym mowa w pkt

9.6.1. IDW dotyczy robót budowlanych, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.

Pismem z dnia 9 maja 2022 r. odwołujący został wezwany do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący złożył m. in. wykaz robót sporządzony na wzorze stanowiącym załącznik nr 6 do

IDW. W pozycji nr 5 wykazu zostało wskazane zamówienie na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.1. lit. c) IDW. Zamówienie to nosiło nazwę: Wykonanie przebudowy infrastruktury kolejowej na stacjach Dąbrowa Górnicza Wschodnia i Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce oraz na szlaku Dąbrowa Górnicza Wschodnia-Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce w ramach projektu inwestycyjnego pn.: Prace na liniach kolejowych nr 62,660 na odcinku Tunel-Bukowno-Sosnowiec Płd.", umowa nr 90/106/0056/18/Z/I zawarta w dniu 25 czerwca 2018 r. i zostało wykonane dla PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

W celu potwierdzenia należytego wykonania ww. zamówienia odwołujący złożył poświadczenie (referencje) z dnia 10 marca 2021 r. wystawione przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. reprezentowane przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski. Wystawca poświadczenia potwierdził, że konsorcjum w składzie:

- odwołujący - lider konsorcjum;

- MAR-BUD Sp. z o.o. Budownictwo Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie - partner konsorcjum;

- N. Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej - partner konsorcjum;

zrealizowało na podstawie umowy nr 90/106/0056/18/Z/I zawartej w dniu 25 czerwca 2018 r. w wyniku przetargu nieograniczonego zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania wskazanego w treści wykazu.

Pismem z dnia 19 maja 2022 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonego wykazu robót budowlanych (plik o nazwie: 1) zał. nr 6 - Wykaz robót_sign) w zakresie wskazania udziału oraz zakresu prac jakie wykonał TORKOL Sp. z o.o. w ramach przebudowy wiaduktu kolejowego w km 67,709 na niżej wskazanym zadaniu (zadanie objęte wezwaniem dotyczyło zamówienia wskazanego dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt

8.6.1. lit. c IDW). Ponadto w treści ww. wezwania zamawiający wskazał, że Ww. zadanie zostało zrealizowane w ramach konsorcjum. Z informacji posiadanych przez Zamawiającego przy przebudowie wiaduktu kolejowego w km 67,709 uczestniczyła firma N. Mosty Sp. z o.o. (konsorcjant).

Odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 25 maja 2022 r. Ponadto wyjaśnienia zostały opatrzone następującymi załącznikami:

• Załącznik nr 1 Umowa nr 90/106/0056/18/Z/I z dnia 25 czerwca 2018 r.;

• Załącznik nr 2 Pismo PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 19 sierpnia 2019 r. znak

IZESa-7011- 39/2019;

• Załącznik nr 3 Protokół odbioru dokumentacji wykonawczej w dniu 28 marca 2019 r.;

• Załącznik nr 4 Notatka z rady budowy z dnia 9 sierpnia 2018 r. przeprowadzonej pod kierownictwem Kierownika Budowy S. P.;

• Załącznik nr 5 Notatka z nadzwyczajnej rady budowy z dnia 18 lipca 2019 r., sporządzona w związku z zaistniałym opóźnieniem w nasuwaniu konstrukcji wiaduktu w km 67,709;

• Załącznik nr 6 Pismo Kierownika Budowy S. P. do Zamawiającego z dnia 26 września 2019 r., informujące m.in. o likwidacji przęsła wiaduktu w km 67,709;

• Załącznik nr 7 Pismo Kierownika Budowy S. P. do Zamawiającego z dnia 8 sierpnia 2019 r. w przedmiocie zgłoszenia do odbioru nowo wybudowanego wiaduktu kolejowego w km

67,709 wraz z nawierzchnią toru na wiadukcie i strefach przejściowych;

• Załącznik nr 8 Pismo Kierownika Budowy S. P. do Zamawiającego z dnia 23 lipca 2019 r. w przedmiocie zamknięcia operatywnego dla ruchu pociągów m.in. w związku z pracami na

wiadukcie w km 67,709;

- Załącznik nr 9 Wiadomość mail z dnia 18 lipca 2019 r. wraz z załączonym pismem Kierownika Budowy S. P. do Zamawiającego z dnia 23 lipca 2019r. w przedmiocie zamknięcia ruchu pociągów w celu nasunięcia oraz opuszczenia konstrukcji wiaduktu;

- Załącznik nr 10 Pismo Torkol Sp. z o.o. do Zamawiającego z dnia 2 lipca 2018 r. w przedmiocie zwołania komisji celem spisania Regulaminu Tymczasowego prowadzenia ruchu pociągów;

- Załącznik nr 11 Pismo Kierownika Budowy S. P. do Zamawiającego z dnia 30 września 2019 r. w przedmiocie zgłoszenia zakończenia prac budowlanych w ramach inwestycji;

- Załącznik nr 12 Wybrane zapisy na koncie Torkol Sp. z o.o. przedstawiające rozliczenia między członkami konsorcjum w ramach realizacji umowy nr 90/106/0056/18/Z/I z dnia 25 czerwca 2018 r.;

- Załącznik nr 13 Oświadczenie o przyjęciu obowiązków kierowania budową z dnia 1 sierpnia 2018 r.;

- Załącznik nr 14 Pismo Kierownika Budowy S. P. do Zamawiającego z dnia 30 maja 2019 r. w przedmiocie zamknięcia toru nr 1 linii nr 62 w związku z koniecznością wykonania prac na wiadukcie w km 67,709 w torze nr 2;

- Załącznik nr 15 Pismo Kierownika Budowy S. P. do Zamawiającego z dnia 20 listopada 2018 r. w przedmiocie odwołania zamknięcia toru z uwagi na brak decyzji o pozwoleniu na budowę obiektu mostowego w km 67,709;

- Załącznik nr 16 Pismo Kierownika Budowy S. P. do Zamawiającego z dnia 24 sierpnia 2018 r. w przedmiocie przekazania Zamawiającemu m.in. projektu budowlanego przebudowy wiaduktu w km 67,709 w torze nr 2 oraz wniosku o wydanie decyzji środowiskowych dla przebudowy wiaduktu w km 67,709;

- Załącznik nr 17 Pismo Kierownika Budowy S. P. do Zamawiającego z dnia 16 lipca 2018 r. w przedmiocie przebudowy wiaduktu w km 67,709;

- Załącznik nr 18 Pismo PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Region Śląski, z dnia 20 maja 2022 r. znak IRSK4/1/3.217.07.16.2022.IRE00963-I;

- Załącznik nr 19 Notatka ze spotkania koordynacyjnego z dnia 17 sierpnia 2018 r., sporządzona wyłącznie z udziałem przedstawicieli Torkol Sp. z o.o. oraz projektanta - podwykonawcy ELKOL Sp. z o.o., której przedmiotem jest m.in. kwestia projektu wiaduktu w

km 67,709;

- Załącznik nr 20 notatka z rady budowy z dnia 13 czerwca 2019 r. z udziałem przedstawicieli Torkol Sp. z o.o. m.in., Kierownika Robót A. P., Koordynatora Robót P. B.;

- Załącznik nr 21 Protokół przekazania placu budowy z dnia 1 sierpnia 2018 r.;

- Załącznik nr 22 Protokół nr 2/08 z dnia 09-12 sierpnia 2019 r. odbioru technicznego;

- Załącznik nr 23 Protokół odbioru końcowego nr 1/62/TORKOL/2020 z dnia 28 lutego 2020 r.;

- Załącznik nr 24 Protokół nr 7 z dnia 13 sierpnia 2019 r. odbioru eksploatacyjnego;

- Załącznik nr 25 Polisa nr 04.668.024 wystawiona przez AXA Ubezpieczenia Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji S.A;

- Załącznik nr 26 Pismo PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Region Śląski, z dnia 20 maja 2022 r. znak IRSK4/1/3.217.07.16.2022.IRE00963-I;

- Załącznik nr 27 oświadczenie konsorcjanta N. Mosty Sp. z o.o.;

- Załącznik nr 28 Pismo Kierownika Budowy S. P. do Zamawiającego z dnia 15 października 2021 r. w przedmiocie przebudowy słupów trakcyjnych przy nowym wiadukcie w km 67,709, wraz z oświadczeniem Projektanta dot. przebudowy sieci trakcyjnej w obrębie wiaduktu w km

67,709;

- Załącznik nr 29 Potwierdzenia zapłaty do N. Mosty Sp. z o.o., 2018/2019/2020 rok.

Pismem z dnia 6 czerwca 2022 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, do uzupełnienia wykazu robót budowlanych i dowodów potwierdzających należyte wykonanie w zakresie potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt 8.6.1 lit. c) Tomu I SWZ - IDW. Ponadto w treści ww. wezwania zamawiający wskazał, że:

Z treści złożonego wykazu robót budowlanych (plik o nazwie: 1) zał. nr 6 - Wykaz robót_sign) - poz. L.p. 8 oraz z treści przedłożonych w dniu 25.05.2022r. wyjaśnień nie wynika spełnienie warunku przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał: (...) c) Budowę lub Przebudowę co najmniej 1 wiaduktu kolejowego.

Z przedstawionych dokumentów wynika, że Wykonawca nie wykonywał bezpośrednio przebudowy wiaduktu kolejowego w km 67,709, ale że tylko uczestniczył w pracach prowadzonych przez konsorcjanta N. Mosty Sp. z o.o. przy przebudowie tego wiaduktu.

Zakres uczestniczenia w tych pracach polegający tylko na wykonywaniu prac z zakresu branży torowej związanych z montażem i demontażem nawierzchni torowej na obiekcie, wzmacnianiem podtorza i prac związanych z zabudową dodatkowego wyposażenia obiektu (barierki, odwodnienie kanalizacja kablowa) oraz brak udziału w pracach przy budowie samej konstrukcji wiaduktu świadczy o tym, że w trakcie realizacji prac Torkol Sp. z o.o. nie pozyskał doświadczenia w wykonywaniu przebudowy wiaduktu kolejowego.

W dniu 9 czerwca 2022 r. odwołujący złożył m. in. uzupełniony wykaz robót. Uzupełnione dokumenty zostały opatrzone pismem, w którym odwołujący wskazał, że: Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 06.06.2022r. nr IREZA 3.293.1.2022.a.33, dokonuje uzupełnienia wykazu robót budowlanych i dowodów potwierdzających należyte wykonanie, w zakresie potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt. 8.6.1 lit. c) Tomu I SWZ-IDW.

W załączeniu Wykonawca przedkłada uzupełniony wykaz robót budowlanych oraz dowody potwierdzające należyte wykonanie, a to:

1. Referencje z dnia 14.06.2018r., wystawione przez Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o. w Gdańsku,

2. Pismo Wykonawcy z dnia 07.06.2022r. do PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych w Sosnowcu, w przedmiocie potwierdzenia i uszczegółowienia referencji z dnia 14.06.2018r., wystawionych przez Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno Torowe Sp. z o.o. w Gdańsku, w zakresie pkt. 6) BRANŻA OBIEKTY INŻYNIERYJNE: Przebudowa wiaduktu w km 1+895, linii nr 150 w torze nr 1 i nr 2 podg Most Wisła - podg Ochodza.

3. Referencje z dnia 08.06.2022r., wystawione przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych w Sosnowcu znak IZ08DG.514.80.2022.j, stanowiące potwierdzenie i uszczegółowienie Referencji z dnia 14.06.2018r. wystawionych przez Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o. w Gdańsku w zakresie pkt. 6) BRANŻA OBIEKTY INŻYNIERYJNE: Przebudowa wiaduktu w km 1+895, linii nr 150 w torze nr 1 i nr 2 podg Most Wisła - podg Ochodza.

4. Uzupełniony wykaz robót budowlanych - Załącznik nr 6 do IDW.

Jednocześnie Wykonawca oświadcza, że nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż z„(...) treści przedłożonych w dniu 25.05.2022r. wyjaśnień nie wynika spełnienie warunku przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał:

(...) c) Budowę lub Przebudowę co najmniej 1 wiaduktu kolejowego.

Wykonawca bezpośrednio uczestniczył w wykonaniu robót budowlanych polegających na przebudowie wiaduktu kolejowego w km 67,709, co potwierdził Zamawiający PKP Polskie

Linie Kolejowe S.A. Region Śląski, pismem z dnia 20.05.2022r. znak IRSK4/1/3.217.07.16.2022.IRE00963-I.

Mając na uwadze powyższe Wykonawca niniejszym wykonuje wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia wykazu robót budowlanych i dowodów potwierdzających należyte wykonanie, w celu uchylenia jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego co do spełnienia przez Wykonawcę warunku określonego w pkt. 8.6.1 lit. c) Tomu I SWZ-IDW. Wykonawca składa uzupełniony

wykaz robót budowlanych - Załącznik nr 6 do IDW, uzupełniony w poz. L.p.5 o przebudowę wiaduktu kolejowego jednoprzęsłowego w ciągu linii kolejowej dwutorowej nr 150 w km 1,895 nad drogą lokalną.

Jednocześnie Wykonawca podtrzymuje w całości wyjaśnienia z dnia 25.05.2022r. oraz zastrzega sobie prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w Dziale IX Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, w związku z dokonaną przez Zamawiającego negatywną oceną spełnienia warunku określonego w pkt. 8.6.1 lit. c) Tomu I SWZ - IDW, w piśmie Zamawiającego z dnia 06.06.2022r. , a w szczególności w związku ze stwierdzeniem, iż „Torkol Sp. z o.o. nie pozyskał doświadczenia w wykonywaniu przebudowy wiaduktu kolejowego."

Uzupełniony wykaz został tak skonstruowany, że odwołujący na wcześniej złożonym wykazie, który obejmował także kwestionowane zadanie dodał stosując czcionkę koloru niebieskiego kolejne zamówienie, które miało spełnić warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 8.6.1. lit. c) IDW.

W dniu 15 czerwca 2022 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego. Jednocześnie w piśmie zawierającym informację o wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający wskazał, że odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał m. in., że: Zamawiający na podstawie art. 126 ust. 2 Ustawy wezwał w dniu 09.05.2022 r. Wykonawcę, który zaoferował najniższą cenę - TORKOL Sp. z o.o., ul. Towarowa 23, 43-100 Tychy (oferta nr 4), do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie Wykonawca przesłał żądane dokumenty. W wyniku weryfikacji wykazu robót (plik o nazwie: 1) zał. nr 6 - Wykaz robót_sign), w dniu 19.05.2022r. Wykonawca TORKOL Sp. z o.o. został wezwany do wskazania swojego udziału oraz zakresu prac jakie wykonał w ramach przebudowy wiaduktu kolejowego w km 67,709 (poz. 5 wykazu robót). Zadanie to było bowiem realizowane w konsorcjum, którego członkiem był Torkol Sp. z o.o. Z informacji posiadanych przez Zamawiającego przy przebudowie wiaduktu kolejowego w km 67,709 uczestniczyła firma N. Mosty Sp. z o.o. (konsorcjant). Z treści przedłożonych w dniu 25.05.2022r. wyjaśnień nie wynika spełnienie warunku przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał: (...) c) Budowę lub Przebudowę co najmniej 1 wiaduktu kolejowego.

Z przedstawionych dokumentów wynika, że Wykonawca nie wykonywał bezpośrednio przebudowy wiaduktu kolejowego w km 67,709, ale że tylko uczestniczył w pracach prowadzonych przez konsorcjanta N. Mosty Sp. z o.o. przy przebudowie tego wiaduktu. Zakres uczestniczenia w tych pracach polegający tylko na wykonywaniu prac z zakresu branży torowej związanych z montażem i demontażem nawierzchni torowej na obiekcie, wzmacnianiem podtorza i prac związanych z zabudową dodatkowego wyposażenia obiektu (barierki, odwodnienie kanalizacja kablowa) oraz brak udziału w pracach przy budowie samej konstrukcji wiaduktu świadczy o tym, że w trakcie realizacji prac Torkol Sp. z o.o. nie pozyskał doświadczenia w wykonywaniu przebudowy wiaduktu kolejowego.

W związku z powyższym, w dniu 06.06.2022r. Wykonawca został wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku określonego w pkt 8.6.1 lit. c) Tomu I SWZ-IDW. Złożone w dniu 09.06.2022r. dokumenty nie potwierdzają, że Wykonawca posiada doświadczenie w przebudowie wiaduktu kolejowego. Uzupełniona przez Wykonawcę robota, opisana w wykazie robót jako Przebudowa wiaduktu kolejowego jednoprzęsłowego w ciągu linii kolejowej dwutorowej nr 150 w km 1,895 nad drogą lokalną, nie jest bowiem Przebudową w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane, o czym świadczy brak opracowanego projektu budowlanego i pozwolenia na budowę oraz wykonywanie wskazanych przez Wykonawcę prac w oparciu o zgłoszenie robót budowlanych. W świetle Ustawy Prawo budowlane, bez projektu budowlanego i w oparciu o zgłoszenie robót budowlanych można realizować jedynie remont obiektu inżynieryjnego, a nie jego przebudowę.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Ustawy: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

2) została złożona przez wykonawcę: (...)
b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Złożone przez Wykonawcę dokumenty, wyjaśnienia i uzupełnienia nie potwierdzają, że Wykonawca posiada doświadczenie w Budowie lub Przebudowie wiaduktu kolejowego. W związku z nie wykazaniem przez Wykonawcę TORKOL Sp. z o.o. spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 8.6.1 lit. c) Tomu I SWZ-IDW, Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Ustawy.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp - Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:
(...)

4) zdolności technicznej lub zawodowej.;

- art. 128 ust. 1 Pzp - Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.;

- § 9 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia dokumentowego - Jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z

innymi wykonawcami, wykaz:

1) o którym mowa w ust. 1 pkt 1, dotyczy robót budowlanych, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył;

- art. 16 pkt 1 Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i przystępującego Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Skład orzekający doszedł do przekonania, że odwołujący już przy okazji wyjaśnień udzielonych w dniu 25 maja 2022 r. wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.1. lit. c) IDW. Odwołujący w wyjaśnieniach wskazał jakie prace wykonał w ramach przebudowy wiaduktu kolejowego w km 67,709. W dalszej kolejności odwołujący wyjaśnił, że w zakresie całej inwestycji, w tym również w przypadku zadania przebudowy wiaduktu kolejowego w km 67,709, aktywnie pełnił funkcję lidera konsorcjum, w tym po jego stronie leżały kwestie związane ze stałym i bieżącym udziałem w realizacji robót budowlanych we wszystkich branżach w tym na wiadukcie w km 67,709, jak również procesów związanych z bezpośrednim zarządzaniem i organizacją placu budowy w tym:

1) zarządzanie i czynne uczestnictwo w opracowaniu dokumentacji projektowej spełniającej wymagania i oczekiwania zamawiającego zgodnie z PFU,

2) organizacja procesów budowlanych, opracowanie i uzgadnianie procesów technologicznych gwarantujących terminowość realizacji zadania,

3) bezpośrednie kierowanie i udział w realizacji robót w tym na przedmiotowym wiadukcie w

km 67,709,

4) koordynacja wszystkich prac konsorcjantów, podwykonawców i dostawców,

5) zakup i zapewnienie dostaw kluczowych materiałów.

Ponadto odwołujący wymienił inne zadania, które leżały po jego stronie, obejmujące działania takie jak:

1) zapewnienie kluczowego personelu - osób zarządzających budową, pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, odpowiedzialnych za organizowanie,

prowadzenie robót kontrolę jakości i bhp (w tym m.in. kierownik budowy, kierownicy robót,

koordynator robót, inżynier budowy, inżynier ds. rozliczeń, inżynier ds. materiałowych.), prowadzenie korespondencji z podmiotami uczestniczącymi w realizacji inwestycji;

2) organizacja i bezpośredni udział w realizacji i odbiorach robót;

3) realizacja i zarządzanie jakością - wykonanie przez niego, stosownie do treści umowy nr 90/106/0056/18/Z/I następujących dokumentów dla całej inwestycji: Plan Bezpieczeństwa i Ochrony Zdrowia (str. 25 Umowy), Program Zapewnienia Jakości (str. 26 Umowy), Harmonogram Rzeczowo - Finansowy (str. 31 -32 Umowy), Specyfikacje Techniczne

Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (str. 32 Umowy), Raporty o postępie prac i robót (str. 33 Umowy), Operat kolaudacyjny, w tym dla wiaduktu w km 67, 709. Ponadto odwołujący wyjaśnił, że był odpowiedzialny był za przygotowanie w imieniu wszystkich konsorcjantów narad z postępu prac (str. 35 Umowy), zgłoszenie zamknięć (str. 36 Umowy), stały udział przy opracowaniu regulaminów tymczasowych prowadzenia ruchu;

4) spotkania robocze, narady, bezpośrednia współpraca z zamawiającym, kierowanie pracami konsorcjantów i podwykonawców;

5) rozliczenia wszystkich płatności pomiędzy zamawiającym i pozostałymi konsorcjantami;

6) ubezpieczenie wszystkich członków konsorcjum w zakresie odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności i posiadanego mienia z włączeniem odpowiedzialności za Produkt i Wykonane Usługi.

Co również bardzo istotne odwołujący nie pozostał w swoich wyjaśnieniach gołosłowny, ponieważ do złożonych wyjaśnień załączył szereg dowodów, które potwierdzały przyjęte przez niego twierdzenia. Łącznie wraz z wyjaśnieniami zostało złożonych 29 załączników, które zostały przez odwołującego przypisane do każdego z powyżej wymienionych zadań czy też zakresów prac. Żaden z załączonych do wyjaśnień dowodów nie został zakwestionowany zarówno przez zamawiającego (na etapie badania i oceny ofert, który został zakończony wyborem najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniem oferty odwołującego), ani przez przystępującego (na etapie postępowania odwoławczego - o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia). Tym samym również Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania złożonych przez odwołującego wyjaśnień, które zostały poparte stosownymi dowodami. Skład orzekający szczególną uwagę zwrócił na następujące załączniki do wyjaśnień z dnia 25 maja 2022 r.:

- załącznik nr 3, tj. protokół odbioru dokumentacji wykonawczej w dniu 28 marca 2019 r. obejmującej wiadukt kolejowy w km 67,709. Z przedmiotowego dokumentu wynikały następujące okoliczności: przedstawiciel odwołującego pan S.P. był kierownikiem budowy oraz to, że odwołujący przekazał zamawiającemu dokumentację wykonawczą;

- załączniki nr 18 i 26, tj. pismo PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Region Śląski z dnia 20 maja 2022 r., w którym przedstawiciel zamawiającego na referencyjnym postępowaniu, a dokładnie kierownik kontraktu potwierdził, że odwołujący bezpośrednio uczestniczył w wykonaniu robót budowlanych polegających na przebudowie wiaduktu kolejowego w km 67,709 oraz poinformował, że to pracownik odwołującego pan S.P. jako kierownik budowy bezpośrednio uczestniczył w realizacji przebudowy ww. wiaduktu;

- załącznik nr 21, tj. protokół przekazania placu budowy z dnia 1 sierpnia 2018 r., z którego wynikało, że pan S.P. był kierownikiem budowy oraz kierownikiem robót w specjalności obiekty budowlane (rozdział XI pkt 1 i pkt 2 lit. e);

- załącznik nr 23, tj. protokół odbioru końcowego nr 1/62/TORKOL/2020 z dnia 28 lutego 2020 r., który w branży obiektów inżynieryjnych obejmował wiadukt w km 67,709 (część I, pkt 4, lit. B - str. 4) i z którego wynikało, że w składzie komisji odbioru jako przedstawiciel wykonawcy uczestniczył pan S.P., określony jako kierownik budowy;

- załącznik nr 27, tj. oświadczenie konsorcjanta N. Mosty Sp. z o.o., w którym partner konsorcjum potwierdził, że odwołujący bezpośrednio uczestniczył w przebudowie wiaduktu kolejowego w km 67,709 oraz wskazał zakres prac wykonany przez odwołującego, który był tożsamy z zakresem wymienionym w wyjaśnieniach.

Na etapie postępowania odwoławczego przystępujący próbował zakwestionować treść załączników nr 18 i 26, tj. pisma PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Region Śląski z dnia 20 maja 2022 r. wskazując, że zostało ono podpisane przez osobę, która pełniła funkcję kierownika kontraktu dopiero w końcowym etapie realizacji inwestycji, co można było odczytać z pozostałych przedstawionych przez odwołującego dokumentów - z protokołu odbioru technicznego nr 2/08 z dnia 9-12 sierpnia 2019 r. (załącznik nr 22 do pisma odwołującego z dnia 25 maja 2022 r.) czy protokołu odbioru eksploatacyjnego nr 7 z dnia 13 sierpnia 2019 roku (załącznik nr 24 do pisma odwołującego z dnia 25 maja 2022 r.), z

których wynikało, że w rzeczonym okresie funkcję kierownika kontraktu pełnił pan A.H. Stąd przystępujący wysunął przypuszczenia, że osoba podpisująca pismo z dnia 20 maja 2022 r. mogła nie mieć bezpośredniej wiedzy na temat charakteru zaangażowania odwołującego w proces przebudowy wiaduktu.

Powyższą argumentację, w ocenie składu orzekającego, obaliły dowody złożone przez odwołującego na rozprawie w postaci poświadczeń z dnia 20 i 30 czerwca 2022 r. podpisanych przez pana A.H., którego wskazywał przystępujący. W poświadczeniu z dnia 20 czerwca 2022 r. pan A.H. podał zakres prac wykonany przez odwołującego. Ponadto wskazał, że odwołujący zakupił w większości i dostarczył na budowę materiały do przebudowy wiaduktu, bezpośrednio realizował i koordynował jako lider pełny zakres prac objętych umową, funkcję kierownika budowy pełnił pan S.P. oraz poświadczył, że odwołujący jako lider konsorcjum prowadził pełną korespondencję, rozliczanie oraz organizował, uczestniczył stale we wszelkich naradach w ramach kontraktu, samodzielnie organizował i prowadził biuro budowy jak również prowadził codzienne odprawy realizacyjne na całości kontraktu w tym na przedmiotowym obiekcie. W poświadczeniu z dnia 30 czerwca 2022 r. pan A.H. wskazał, że kierownikiem budowy na pełnym zakresie prac objętych umową był pan S.P. oraz, że dziennik budowy został podpisany w zastępstwie kierownika budowy przez kierownika robót pana A.A.

Argumentacji przystępującego nie potwierdziły także złożone przez niego dowody. Załączone do pisma procesowego referencje z dnia 2 marca 2020 r. wystawione przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Regionu Śląskiego oraz oferta

przetargowa z 27 marca 2018 r. wraz z wypełnionym Rozbiciem Cenowym Oferty w kontekście ustalonego materiału dowodowego okazały się niewystarczające. Na ich podstawie nie można było stwierdzić, że odwołujący nie brał realnego udziału w przebudowie ww. wiaduktu. Należy przypomnieć, że spółka N. Mosty oświadczyła, że odwołujący bezpośrednio uczestniczył w przebudowie wiaduktu kolejowego w km 67,709 oraz wskazała zakres prac wykonany przez odwołującego, który był tożsamy z zakresem wymienionym w wyjaśnieniach (załącznik nr 27 do wyjaśnień). Ponadto bezpośredni udział odwołującego w przebudowie wiaduktu potwierdziły osoby wskazane jako kierownicy kontraktu. Tym samym konfrontując dowody składane przez odwołującego z dokumentami załączonymi do pisma procesowego przystępującego, skład orzekający uznał, że przystępujący wysunął zbyt daleko idące wnioski w swojej argumentacji, które miały charakter co najwyżej przypuszczeń, a nie potwierdzonych faktów.

Podobnie Izba zakwalifikowała dokumenty złożone przez przystępującego na rozprawie. Przystępujący złożył dziennik budowy dotyczący rozbiórki i odbudowy przedmiotowego wiaduktu kolejowego, w którym co prawda jako kierownik budowy został wskazany pan A.A., jednakże okoliczność ta nie potwierdzała, że odwołujący nie uczestniczył bezpośrednio w robotach budowlanych dotyczących ww. zadania. Ponadto w egzemplarzu dziennika budowy, który został złożony przez przystępującego zaczernione zostały m. in. fragmenty, na których zostały złożone podpisy w części przeznaczonej na wpisy dotyczące przebiegu robót budowlanych. Jednakże odwołujący także złożył na rozprawie tożsamy dziennik budowy, przy czym wersja przedmiotowego dziennika złożona przez odwołującego nie zawierała żadnych zaczernień i przez to można było ustalić, że na dzienniku budowy podpisy składał

także przedstawiciel odwołującego - tj. pan S.P. Dodatkowo skład orzekający zwrócił uwagę na pieczęcie składane wraz z podpisami. W treści informacji określonej na pieczęci używanej przez pana S.P. zawarty został zwrot „KIEROWNIK BUDOWY". Tym samym Izba uznała, że dziennik budowy potwierdzał także udział przedstawiciela odwołującego w pracach dotyczących wiaduktu. Jednocześnie Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania poświadczenia z dnia 30 czerwca 2022 r. podpisanego przez pana A.H., co potwierdzało bezpośrednie uczestnictwo odwołującego w pracach związanych z przebudową wiaduktu. Jedynym złożonym do akt postępowania dokumentem, który wyraźnie potwierdzał przyjęcie obowiązków kierowania budową było oświadczenie z dnia 1 sierpnia 2018 r. (załącznik nr 13 do wyjaśnień), z którego wynikało, że to pan S.P. przejął obowiązki kierownika budowy przy realizacji zadania Wykonanie przebudowy infrastruktury kolejowej na stacjach Dąbrowa Górnicza Wschodnia i Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce oraz na szlaku Dąbrowa Górnicza Wschodnia-Dąbrowa Górnicza Strzemieszyce w ramach projektu inwestycyjnego pn.: Prace na liniach kolejowych nr 62,660 na odcinku Tunel-Bukowno-Sosnowiec Płd.".

Przystępujący złożył jako dowód decyzję Wojewody Śląskiego nr 10/Z/B-B/19 z dnia 19 marca 2019 r. zatwierdzającą projekt budowlany i udzielającą pozwolenia na budowę w zakresie zamierzenia budowlanego dotyczącego rozbiórki i odbudowy wiaduktu kolejowego w km 67,709, jednakże dokument ten potwierdzał wyłącznie, że przebudowa tego wiaduktu nastąpiła na podstawie ww. decyzji. Tym samym twierdzenie przystępującego wskazujące, że funkcję kierownika budowy mógł pełnić ktoś inny niż pracownik odwołującego tj. pan S.P. Izba potraktowała jako niepotwierdzone założenie.

W dalszej części Izba przyjęła, że rozpoznając przedmiotową sprawę nie sposób było nie odwołać się do tez wynikających z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt. Przy czym skład orzekający podzielił wykładnię ww. orzeczenia TSUE dokonaną przez odwołującego, która wynikała z szeregu przytoczonych przez niego orzeczeń podanych w wyjaśnieniach z dnia 25 maja 2022 r. oraz w odwołaniu. Wykładnia poczyniona przez odwołującego wpisywała się w przyjęte przez Trybunał stwierdzenie, że wykonawca powinien wykazać, że brał udział w wykonaniu zadania, w ramach którego powołuje się na nabyte doświadczenie. W ocenie składu orzekającego okoliczność faktycznego i konkretnego brania udziału w wykonaniu ww. wiaduktu została wykazana w tym postępowaniu przez odwołującego, co potwierdziło spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.1. lit. c) IDW.

W tym kontekście należy podkreślić słuszność stanowiska zawartego w wyroku z dnia 2 lipca 2019 r. o sygn. akt KIO 1082/19, w którym wskazano, że W pkt 64 orzeczenia C-387/14 Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że wykonawca nie może polegać na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. Ze stanowiska TS nie wynika zatem, jak chciałby odwołujący, możliwość powołania doświadczenia wyłącznie w zakresie prac osobiście wykonanych przez członka konsorcjum. Wymagany jest natomiast osobisty i bezpośredni udział w wykonaniu co najmniej części zamówienia (vide pkt 62 i 63 orzeczenia C- 387/14). Oznacza to, że możliwość powołania się przez wykonawcę na doświadczenie uzyskane w ramach konsorcjum należy oceniać indywidualnie, mając na względzie indywidualne okoliczności danego przypadku.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, mając na względzie indywidulane okoliczności niniejszego przypadku Izba doszła do przekonania, że odwołujący już na moment wyjaśnień udzielonych w dniu 25 maja 2022 r. potwierdził spełnienie ww. warunku.

Ponadto w ocenie składu orzekającego cenna wskazówka w zakresie nabywania doświadczenia w realizacji robót budowlanych, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, zawarta została w przywołanym przez odwołującego § 9 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia dokumentowego. Przedmiotowy przepis odwołuje się do robót budowlanych, w których wykonaniu wykonawca bezpośrednio uczestniczył. Warto w tym miejscu przypomnieć, że tożsame określenie zastosował zamawiający w pkt 9.11 IDW. Użyty w treści Rozporządzenia dokumentowego zwrot wskazujący na bezpośrednie uczestniczenie w wykonaniu roboty budowlanej należy traktować jako konsekwencję orzecznictwa kształtującego się na kanwie wyroku w sprawie Esaprojekt. Tym samym bezpośrednie uczestniczenie w wykonaniu roboty budowlanej należy rozumieć jako faktyczne i konkretnie uczestniczenie w jej realizacji.

Jak wskazano powyżej odwołujący wykazał powyżej wskazaną okoliczność tym samym wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się zasadne.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał w dniu 6 czerwca 2022 r. wezwania odwołującego do uzupełnienia wykazu robót na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp. W konsekwencji Izba nakazała unieważnienie powyższej czynności oraz czynności

będących jej bezpośrednim skutkiem, polegających na odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od przystępującego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z rachunkiem złożonym na rozprawie).

Przewodniczący: .....