Sygn. akt: KIO 2978/23

WYROK

z dnia 23 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:

Emilia Garbala

Protokolant:

Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2023 r. przez wykonawcę Track Tec Construction sp. z o.o., ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,

przy udziale wykonawcy INTOP Warszawa sp. z o.o., ul. Łukasza Drewny 70, 02-968 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: Track Tec Construction sp. z o.o., ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław, i:

    2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 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.

Przewodnicząca: ……

Sygn. akt KIO 2978/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla projektu pn.: „Rewitalizacja linii kolejowej na odcinku Ostrów Mazowiecka – Małkinia" realizowanego w ramach Programu Uzupełniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej + do 2029 roku", numer referencyjny: 9090/IRZR2/07742/01939/23/P. Ogłoszenie

o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.04.2023 r., nr 2023/S 084-253676.

W dniu 09.10.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym wykonawca Track Tec Construction sp. z o.o., ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław (dalej: „Odwołujący") zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", poprzez niezasadne jego zastosowanie polegające na skierowaniu do Odwołującego wezwania z dnia 28 września 2023 r. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału, o którym mowa w punkcie 8.6.1. lit. g) Instrukcji dla Wykonawców, stanowiącej Tom I Specyfikacji Warunków Zamówienia, podczas gdy dotychczasowo przedłożone dokumenty potwierdzają spełnienie przez Track Tec przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu,

2) art. 128 ust. 1 i 4 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez niezasadne skierowanie do Track Tec

wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych składanych na wykazanie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu z 8.6.1. lit. g) IDW, co doprowadzić może do bezpodstawnego odrzucenia oferty Track Tec z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy Odwołujący właściwie wykazał, że posiada doświadczenie, o którym mowa w pkt. 8.6.1. lit. g) IDW,

3) art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„2 . Jeden z warunków udziału w Postępowaniu (pkt 8.6.1. lit. g) IDW) nakłada na wykonawców biorących udział w Postępowaniu obowiązek dysponowania doświadczeniem w wykonaniu „co najmniej 1 (jednej) dokumentacji projektowej dla robót budowlanych polegających na Budowie lub Przebudowie Infrastruktury kolejowej. Dokumentacja projektowa powinna obejmować co najmniej 4 (cztery) branże:

1) torowa wraz z odwodnieniem;

2) sieć trakcyjna;

3) obiekty inżynieryjne; oraz

4) SRK (sterowanie ruchem kolejowym).

Na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej uzyskano ostateczne decyzje pozwolenia na budowę obejmujące co najmniej ww. branże. Zamawiający uzna dokumentację projektową jeżeli będzie obejmować projekt budowlany i wykonawczy dla poszczególnych branż. Dla branży SRK (sterowanie ruchem kolejowym) Zamawiający dopuszcza tylko projekt budowlany”.

3. W celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w Postępowaniu, Odwołujący przedłożył Wykaz robót budowlanych („Wykaz robót”), z którego wynika, że opracował właściwą dokumentację projektową w ramach zadań: (…)

4. Pismem z dnia 29 września 2023 r. Zamawiający skierował do Odwołującego Wezwanie, w treści którego zobowiązał Odwołującego m.in. do uzupełnienia:

(1) Wykazu robót o inne doświadczenie Wykonawcy, potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.6.1. lit. g) IDW; oraz

(2) dowodów potwierdzających należyte wykonanie tj. dokumenty, o których mowa w punkcie 9.6.2 i 9.6.3 IDW. (…)

II.1. Track Tec spełnia warunki udziału w Postępowaniu

7. Odwołujący pragnie w pierwszej kolejności podkreślić, że w prawidłowy sposób wykazał, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1. lit. g) IDW, co czyni zasadniczą treść Wezwania bezprzedmiotową. Track Tec posłużył się bowiem (w ślad za literalnym brzmieniem ww. warunku) „co najmniej 1 (jedną) dokumentacją projektową”, na co składały się wymagane przez Zamawiającego branże.

11. Przechodząc do analizy językowej oraz prawnoporównawczej warunku udziału z pkt. 8.6.1. lit. g) IDW na tle pozostałych warunków - po pierwsze – jego treść w ocenie Odwołującego nie budzi zasadniczo wątpliwości interpretacyjnych. Z pkt 8.6.1. lit. g) IDW już na „na pierwszy rzut oka” płyną bowiem wnioski, iż Zamawiający wymaga od wykonawców opracowania co najmniej jednej dokumentacji projektowej, na co składać się będą określone branże przez Zamawiającego, dopuszczając niejako „sumowanie doświadczenia” wykonawcy na kilku zadaniach. Skoro bowiem Zamawiający posługuje się pojęciem „co najmniej 1 dokumentacja projektowa”, to ponad wszelaką wątpliwości przyznał wykonawcom prawo do posiłkowania się wieloma dokumentacjami projektowymi, celem tylko zdobycia doświadczenia w zakresie odpowiednich branż. Na gruncie tak zinterpretowanego ww. warunku udziału, Odwołujący przedstawił kilka zadań (kilka dokumentacji projektowych), które wzajemnie się uzupełniają i rozpatrywane łącznie, dowodzą o nabyciu przez Trac Tec wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia.

12. Po drugie, uwzględnić należy sposób przygotowania pozostałych warunków udziału w Postępowaniu przez Zamawiającego, na gruncie, których zaakcentowano ewentualny obowiązek nabycia doświadczenia w toku jednego tylko zadania/umowy. Taka praktyka Zamawiającego zdaje się przy tym potwierdzać, że jeśli Zamawiający faktycznie tego oczekiwał, to wprost właściwie wskazywał na tę okoliczność w treści warunku. Taka sytuacja występuje w przypadku następujących warunków udziału:

a) pkt 8.6.1. lit. a) IDW – „robotę budowlaną w ramach jednej umowy (…)”;

b) pkt 8.6.1. lit. b) IDW – „robotę budowlaną w ramach jednej umowy (…)”;

c) pkt 8.6.1. lit. c) IDW – „roboty budowlane w ramach jednej umowy (…)”;

d) pkt 8.6.1. lit. f) IDW – „roboty budowlane w ramach jednej umowy (…)".

Z kolei w przypadku pozostałych warunków udziału (w tym w odniesieniu do pkt. 8.6.1. lit. g) IDW) analogicznego oczekiwania nie artykułował.

13. Ponadto, Zamawiający zastosował analogiczną zasadę, formułując wymagania dotyczące personelu zarządzającego kontraktem. Przykładowo, w przypadku Dyrektora Kontraktu, określono, że wymagane doświadczenie powinno być zdobyte „na minimum 2 (dwóch) inwestycjach". Natomiast w przypadku Kierownika Budowy oraz Kierownika robót elektrycznych oraz elektroenergetycznych z doświadczeniem w dziedzinie sieci trakcyjnych, Zamawiający nie określił takiego wymagania, skupiając się jedynie na liczbie lat pracy na danym stanowisku. To pokazuje, że Zamawiający świadomie i spójnie określał ograniczenia dotyczące liczby zadań tam, gdzie uznał to za odpowiednie. (…)

15. Po trzecie, na gruncie IDW, Zamawiający nie podjął decyzji o określeniu, co obejmuje pojęcie „dokumentacja projektowa" (nie zostało ono zdefiniowane). W pkt 8.6.1. lit. g) IDW jedynie wskazano, że „dokumentację projektową" stanowią projekty budowlane i wykonawcze dla 4 wymienionych branż określonych w warunkach udziału. Ponownie więc można by przypuszczać, że jeśli Zamawiający zamierzał, aby ta dokumentacja była opracowywana w ramach jednego zadania, to takie wymaganie powinno zostać wyraźnie sprecyzowane w treści IDW (np. przez określenie, że „dokumentacja projektowa" to projekty dla wskazanych branż, które mają być opracowane w ramach jednego zadania). W przeciwnym razie można uznać za uzasadnione założenie, że dokumentacja dla poszczególnych branż mogła pochodzić z różnych zadań.

16. Po czwarte, treść warunku z pkt 8.6.1. lit. g) stanowi: „Na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej uzyskano ostateczne decyzje pozwolenia na budowę obejmujące co najmniej ww. branże". Jak wynika z przytoczonego fragmentu Zamawiający w odniesieniu do pozwolenia na budowę posługuje się sformułowaniem w liczbie mnogiej („ostateczne decyzje"). W sposób ewidentny dopuszcza zatem wielość decyzji. Tymczasem zgodnie z dyspozycją art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane: „Pozwolenie na budowę dotyczy całego zamierzenia budowlanego". Oczywiście w dalszej części

przywołanego przepisu ustawodawca podaje warunki, w jakich dojść może do etapowania realizacji określonego zamierzenia budowlanego, nie zmienia to jednak faktu, że zasadą jest realizacja całego zamierzenia w oparciu o jedno pozwolenie. Potwierdza to bogate orzecznictwo sądów administracyjnych: „Przepis art. 33 ust. 1 p.b. wskazuje, iż regułą przy wydawaniu pozwolenia na budowę musi być to, że obejmuje ono całe zamierzenie". Ten fragment warunku jednoznacznie potwierdza zatem, że Zamawiający akceptuje, że w oparciu o opracowaną przez wykonawcę dokumentację wydanych zostanie kilka pozwoleń na budowę. Tym samym godzi się na posłużeniem się przez wykonawcę więcej niż jednym zadaniem/zamierzeniem budowlanym (wszak co do zasady jednemu zadaniu/ zamierzeniu budowlanemu odpowiada jedna decyzja pozwolenie na budowę).

17. Po piąte, w treści warunku z pkt. 8.6.1. lit. g) IDW Zamawiający posługuje się pojęciem „robót budowlanych" (liczba mnoga), co tym bardziej pozwalało zakładać, że na dokumentację mogą składać się projekty z różnych zamierzeń inwestycyjnych (w takim bowiem przypadku mamy do czynienia z robotami budowlanymi). Gdyby intencją Zamawiającego było, aby dokumentacja opracowana została w ramach jednego zadania, Zamawiający najpewniej zdecydowałby się na użycie sformułowania „roboty budowlanej" (liczba pojedyncza), tak jak uczynił to np. w treści warunku z pkt. 8.6.1. lit. a) oraz lit. b) IDW.

18. Co więcej, o wielości zadań na potrzeby wykazania spełnienia warunku świadczy również użycie przez Zamawiającego w treści tego warunku słowa „poszczególnych" (w odniesieniu do tych branż). Jak wskazuje się w słowniku języka polskiego PWN „poszczególny" oznacza „każdy z wielu, pojedynczo rozpatrywany". Również zatem użycie przez Zamawiającego tego pojęcia zdaje się oddawać Jego rzeczywiste intencje.

20. Po szóste, o tym, że pojęcie „dokumentacja projektowa" powinno zostać zdefiniowane (o ile oczywiście Zamawiający zamierza z określonego rozumienia tego pojęcia wyciągać skutki w stosunku do wykonawców ubiegających się o zamówienie) świadczy chociażby TOM II Specyfikacji Warunków Zamówienia – Warunki Umowy. W treści § 1 pkt 4) Zamawiający stwierdza bowiem, że: „Dokumentacja Projektowa – oznacza dokumentację, na którą składa się Projekt Budowlany, Projekty Wykonawcze, projekty powykonawcze, obliczenia, programy komputerowe i inne oprogramowanie, rysunki, podręczniki, modele, oraz inne dokumenty o charakterze technicznym (sporządzone na potrzeby danej inwestycji), a także uzgodnienia, opinie, raporty, prognozy, badania, inwentaryzacje dostarczane przez Wykonawcę zgodnie z § 14".

21. A zatem Zamawiający w treści Warunków Umowy dostrzegł konieczność nadania temu pojęciu określonego brzmienia. Oczywiste jest, że definicja ta służy celom związanym z realizacją umowy, zupełnie zrozumiałe jest także, że nie daje ona wprost odpowiedzi na pytanie o wykładnię warunku udziału. Niemniej jednak nie sposób pominąć, że sam Zamawiający dostrzega konieczność narzucenia temu pojęciu określonego rozumienia (dla

potrzeb realizacji kontraktu). A contrario, gdyby analogiczne (tj. związane z określonym rozumieniem pojęcia „dokumentacja projektowa") oczekiwanie Zamawiający miał w stosunku do warunku udziału w Postępowaniu, powinien sporządzić stosowną definicję (podobniej jak czyni to w przypadku Warunków Umowy). Przy czym dla koncepcji prezentowanej aktualnie przez Zamawiającego, w pełni wystarczające byłoby wskazanie, że dokumentacja obejmująca projekty dla wszystkich 4 wymaganych branż musi być wykonana w ramach jednego zadania. Tymczasem ponownie należy podkreślić, że wymagania takiego Zamawiający nie sformułował.

22. Jak zatem wynika z powyższego, literalna wykładnia warunku udziału, o którym mowa w pkt. 8.6.1. lit. g) IDW

pozwala na jednoznaczne przyjęcie, że oczekiwanie Zamawiającego nie sprowadza się do wykonanie projektów dla wszystkich wymaganych branż w ramach jednego zadania.

II.3. Wykładnia celowościowa warunku udziału w Postępowaniu

24. Z perspektywy oceny doświadczenia wykonawcy (a temu służą przecież warunki udziału) okolicznością pozbawioną znaczenia jest czy projekty dla poszczególnych branż wykonano w ramach jednego czy też kilku zadań. Przenosząc to na przykład mający miejsce w Postępowaniu – doświadczenie wykonawcy, który wykonał dokumentację projektową w zakresie branży torowej wraz z odwodnieniem, branży sieć trakcyjna oraz branży obiekty inżynieryjne w ramach jednego zadania, a dokumentację dla branży SRK w ramach innego nie jest ani mniejsze ani większe od doświadczenia wykonawcy, który projekty dla tych wszystkich branż opracował w ramach jednego zadania. Oczekiwanie zatem, aby wszystkie te branże ujęte zostały w ramach jednego zadania jest nieuzasadnione i tak długo jak wymaganie takie nie wynika wprost z dokumentacji postępowanie nie powinno być egzekwowane.

25. Co więcej – jeśli na gruncie wymaganych przez Zamawiającego 4 branż (torowa wraz z odwodnieniem, sieć trakcyjna, obiekty inżynieryjne oraz SRK) można by jednak mówić o istnieniu między nimi faktycznej zależności (powiązania), co miałoby świadczyć o tym, że intencją Zamawiającego było, aby pochodziły one z jednego zadania, to z całą pewnością nie dotyczy to branży SRK.

26. Branża SRK jest bowiem często traktowana całkowicie niezależnie, o czym świadczyć może chociażby fakt, że na wielu inwestycjach jest zlecana jako osobne zamówienie (czego dowodzą inwestycje wskazane w Wykazie robót Odwołującego). Ponadto wskazać należy, że projekt wykonawczy dla SRK jest bardzo często opracowywany przez konkretnego producenta urządzeń albo przynajmniej w ścisłej z nim współpracy. (…)

29. Powyższe dowodzi ponad wszelką wątpliwość, że nawet jeśli w treści analizowanego warunku można by się doszukiwać ograniczenia uniemożliwiającego posłużenie się kilkoma zadania (choć ograniczenie takie nie wynika z treści IDW), to z całą pewnością nie powinno

to dotyczyć branży SRK, która, co do zasady, w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego traktowana jest jako odrębny zakres inwestycji. Oznacza to z kolei, że dzięki inwestycjom wskazanym w poz. 1 i 3 Wykazu robót spełniony jest warunek udziału, o którym mowa w pkt. 8.6.1. lit. g) IDW.

II.4. Dodatkowe argumenty przemawiające za wykładnią prezentowaną przez Odwołującego

30. Dodatkowym argumentem przemawiającym za wykładnią prezentowaną przez Odwołującego jest generalna zasada nakazująca akceptować łączenie potencjałów na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. (…)

33. Odwołujący podkreśla przy tym, że z przywołanego (odnoszącego się do konsorcjum) postanowienia wysnuć można jeszcze dalej idący wniosek. Otóż skoro Zamawiający nie ogranicza możliwości sumowania doświadczenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (co jest w pełni zgodne z obowiązującymi zasadami i praktyką), to tym bardziej przyznać należy prawo do sumowania potencjałów z różnych zadań zrealizowanych przez tego samego wykonawcę (o ile, co należy jeszcze raz podkreślić, Zamawiający nie postanowi w treści dokumentacji inaczej). Wskazać należy bowiem, że spośród tych dwóch przypadków większe ryzyko wypaczenia sensu nadanego warunkom ustalonym przez zamawiającego niesie nieograniczone łączenie potencjałów przez różnych wykonawców. W przypadku natomiast, gdy suma doświadczenia sprowadza się do potencjału jednego podmiotu co do zasady trudniej o sytuację, w której można by uznać, że pomimo sumowania potencjału doświadczenie wykonawcy nie jest wystarczające (oczywiście nie dotyczy to przypadków, w których zamawiający weryfikuje „wielkość" referencyjnej inwestycji, o czym poniżej). (…)

II.5. Nabycie doświadczenia przez wykonawcę w toku realizacji kilku umów

40. Wskazać przy tym należy, że skoro Zamawiający literalnie nie wskazał w pkt 8.6.1. lit. g) IDW, że wymaga dysponowania doświadczeniem zdobytym w toku realizacji jednej dokumentacji projektowej (a wręcz przeciwnie – wskazał, że Wykonawcy winni dysponować doświadczeniem w realizacji co najmniej jednej dokumentacji projektowej), to słusznie należało przyjąć, że ww. doświadczenie może zostać nabyte w toku przygotowania kilku dokumentacji projektowych. Posiłkując się w tym miejscu per analogiam zasadą wyrażoną w ustawie z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców z art. 8 - co nie jest [prawem] zabronione, jest dozwolone - skoro zatem Zamawiający nie zabronił powoływania się na kilka/kilkanaście dokumentacji projektowych, obwarowując ten warunek przykładowo fragmentem „w toku jednej (tylko) dokumentacji projektowej", to Odwołujący mógł przedstawić przedmiotowe doświadczenie nabyte na dowolnej ilości dokumentacji. (…)

II.6. Rozstrzyganie wątpliwości na korzyść wykonawcy

45. Niezależnie od powyższego, nie należy zapominać o zasadzie rozstrzygania wątpliwości interpretacyjnych na korzyść wykonawcy. W ocenie Odwołującego, nawet jeśli w analizowanym zakresie możliwa była odmienna interpretacja postanowień związanych z możliwością posłużenia się przez wykonawców więcej niż jedną dokumentacją projektową przy wykazaniu spełnienia warunków udziału w Postępowaniu z pkt 8.6.1. lit. g) IDW, w tym w zakresie liczby branż w ramach danej dokumentacji projektowej, to z literalnej wykładni postanowień wprost wynika, że Zamawiający zamierzał dopuścić do udziału w Postępowaniu wykonawców charakteryzujących się realnie zdobytym doświadczenie w zakresie projektowania dot. właściwych branż. A zatem - skoro Odwołujący

posiada realne doświadczenie, (przedstawiając w Wykazie robót przedsięwzięcia, które dowodzą, że zrealizował dokumentację projektową w zakresie każdej ze wskazanych przez Zamawiającego branż), to nie sposób nie uznać, że spełnił warunki udziału w Postępowaniu. 46. W ślad za dominującym stanowiskiem Izby, Odwołujący podnosi, iż w przypadku odmiennej interpretacji postanowień dokumentacji, wszelkie wątpliwości interpretacyjne odnoszące się do warunków udziału w postępowaniu czy kryteriów oceny ofert powinny być rozstrzygane na podstawie wykładni postanowień specyfikacji i ogłoszenia przy zastosowaniu interpretacji korzystnych dla wykonawcy. (…)

II.7. Zgłoszenie wykonania robót budowlanych

50. Kierując się ostrożnością, Odwołujący wskazuje na dodatkową okoliczność przemawiającą za uznaniem, że Track Tec spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.6.1. lit. g) IDW. W treści Wezwania Zamawiający (słusznie) stwierdza, że na podstawie zadania wskazanego w poz. 4 Wykazu robót dokonano zgłoszenia wykonania robót budowlanych (nie wydano pozwolenia na budowę).

51. (…) Podnieść bowiem należy, że niezależnie od tego czy na podstawie opracowanej dokumentacji wydano pozwolenie na budowę czy też dokonano zgłoszenia wykonania robót budowlanych, zaangażowanie, zakres czynności (a w efekcie – doświadczenie) wykonawcy są tożsame. W licznych przypadkach dochodzi bowiem do sytuacji, w której zakres prac na etapie opracowywania projektów przez wykonawcę nie różni się od siebie, niezależnie od tego czy inwestor wystąpi o wydanie pozwolenia na budowę czy też dokona zgłoszenia. (…) 56. Syntetycznie rzecz ujmując, różnica między zgłoszeniem robót a procedurą uzyskania pozwolenia na budowę polega na stopniu skomplikowania i ryzyka związanego z danym projektem budowlanym. Niemniej jednak, istota procedury zgłoszenia robót jak i uzyskania pozwolenia na budowę jest identyczna – obydwa ww. instrumenty prawne prowadzą do realizacji danej inwestycji. Zarówno zatem prawidłowe zgłoszenie robót jak i prawidłowe uzyskanie pozwolenia na budowę dowodzi, że dokumentacja projektowa została wytworzona w sposób prawidłowy, co przesądza o nabyciu przez wykonawcę właściwego doświadczenia."

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wezwania Odwołującego w części dotyczącej uzupełniania podmiotowych środków dowodów przedkładanych na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.6.1. lit. g) IDW (pkt II Wezwania),

2) uznania, że Odwołujący wykazał (za pomocą dokumentów składanych w trybie, o którym mowa w art. 126 ust. 1 Pzp), że spełnia warunek, o którym mowa w pkt. 8.6.1. lit. g) IDW.

Pismem z dnia 12.10.2023 r. wykonawca INTOP Warszawa sp. z o.o., ul. Łukasza Drewny 70, 02-968 Warszawa, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 20.10.2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy Strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla projektu pn.: „Rewitalizacja linii kolejowej na odcinku Ostrów Mazowiecka - Małkinia" w ramach Programu Uzupełniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej+ do 2029 r.

W rozdziale 8 specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ") Zamawiający w pkt 8.6.1. opisał warunki od a) do g) i w warunku z lit. g) wskazał: „wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał:

g) co najmniej 1 (jedną) dokumentację projektową dla robót budowlanych polegających na Budowie lub Przebudowie Infrastruktury kolejowej. Dokumentacja projektowa powinna obejmować co najmniej 4 (cztery) branże: torowa wraz z odwodnieniem, sieć trakcyjna, obiekty inżynieryjne oraz SRK (sterowanie ruchem kolejowym).

Na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej uzyskano ostateczne decyzje pozwolenia na budowę obejmujące co najmniej ww. branże.

Zamawiający uzna dokumentację projektową jeżeli będzie obejmować projekt budowlany i wykonawczy dla poszczególnych branż. Dla branży SRK (sterowanie ruchem kolejowym) Zamawiający dopuszcza tylko co najmniej projekt budowlany.

Każde wykazane zadanie/realizacja może jednocześnie potwierdzać spełnianie kilku z powyższych warunków."

Pismem z dnia 07.09.2023 r. Zamawiający, na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W odpowiedzi Odwołujący złożył m.in. wykaz robót, w którym w zakresie warunku z pkt 8.6.1. lit. g) IDW wskazał następujące inwestycje:

1) Wykonanie robót modernizacji linii kolejowej nr 7 na odcinku Nałęczów – Lublin W km 146,320 do km 175,850/pierwotnie lot c – odcinek Dęblin – Lublin/ w ramach projektu pn.: „Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa – Dorohusk na odcinku Warszawa - Otwock– Dęblin – Lublin, etap I" - Dokumentacja projektowa dla robót budowlanych polegających na budowie Infrastruktury kolejowej obejmującej budowę łącznicy między linią kolejową nr 7 a linią kolejową nr 68 (w km171-,600-172,00, lk 7÷2,900-3,500 lk 68) Dokumentacja projektowa obejmowała projekty budowlane i projekty wykonawcze w następujących branżach: układ torowy z odwodnieniem, układ drogowy, obiekty inżynieryjne, elektroenergetyka nietrakcyjna, sieć trakcyjna, geotechnika,

2) Wykonanie robót budowlanych w stacji Przeworsk oraz wykonanie niezbędnej dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych w stacji Jarosław w ramach zadania pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 91 Kraków Główny Osobowy -Medyka i linii nr 92 Przemyśl-Medyka, odcinek Rzeszów-granica państwa - Dokumentacja projektowa dla robót budowlanych polegających na przebudowie Infrastruktury kolejowej na st. Jarosław. Dokumentacja projektowa obejmowała projekt budowlany i wykonawczy w następujących branżach: peron, odwodnienie, energetyka, sterowania ruchem kolejowym, elementy małej architektury, teletechnika. Na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej uzyskano ostateczną decyzję o pozwoleniu na budowę obejmujące ww. branże. Dokumentacja projektowa dla robót budowlanych polegających na przebudowie Infrastruktury kolejowej na p.o. Ostrowiecko Dokumentacja projektowa obejmowała projekt budowlany i wykonawczy w następujących branżach: budowa peronu i dojść do peronów, układ drogowy, sieć trakcyjna, telekomunikacja, srk, elektroenergetyka, mała architektura. Na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej uzyskano ostateczną decyzję o pozwoleniu na budowę obejmujące ww. branże.

3) Wykonanie prac projektowych i robót budowlanych dla zadania pn.: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 131 Chorzów Batory - Tczew, odcinek Bydgoszcz Główna - Zduńska Wola -Chorzów Batory", w torze nr 2 na szlaku Dąbie - Ponętów, PODG Borysławice oraz stacja Dąbie - Dokumentacja projektowa dla robót budowlanych polegających na przebudowie Infrastruktury kolejowej. Dokumentacja projektowa obejmowała projekty budowlane i projekty wykonawcze w następujących branżach: tory, odwodnienie, obiekty inżynieryjne, urządzenia srk, drogi sieć trakcyjna, energetyka nietrakcyjna, geotechnika. W ramach opracowywanej dokumentacji pozyskano wszelkie niezbędne uzgodnienia i decyzje oraz dokonano skutecznego zgłoszenia wykonania robót w ww. branżach.

Pismem z dnia 28.09.2023 r. Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia wykazu robót „o inne doświadczenie Wykonawcy, potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.6.1 lit. g) IDW". W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:

„1 . Pozycja 1 Wykazu robót „Wykonanie robót modernizacyjnych linii kolejowej nr 7 na odcinku Nałęczów – Lublin w km 146,320 do km 175,850 /pierwotnie lot c-odcinek Dęblin– Lublin/ w ramach projektu pn.: ,,Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Warszawa – Otwock – Dęblin – Lublin, etap I".

Wykazana w tej pozycji dokumentacja projektowa nie obejmowała swoim zakresem branży SRK (sterowanie ruchem kolejowym), co wprost wynika z treści oświadczenia Wykonawcy zawartego w Wykazie Robót. W rezultacie dokumentacja projektowa wykazana w poz. 1 nie może być uznana przez Zamawiającego jako spełniająca warunek udziału w postępowaniu określony w punkcie 8.6.1 lit. g) IDW.

2. Pozycja 3 Wykazu robót „Wykonanie robót budowalnych w stacji Przeworsk oraz wykonanie niezbędnej dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych w stacji Jarosław w ramach zadania pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 91 Kraków Główny Osobowy – Medyka i linii nr 92 Przemyśl – Medyka, odcinek Rzeszów – granica państwa".

a) Stacja Jarosław

Dokumentacja projektowa dotycząca stacji Jarosław nie obejmowała swoim zakresem branży torowej wraz z odwodnieniem, branży sieć trakcyjna oraz branży obiekty inżynieryjne, co wynika wprost z treści oświadczenia Wykonawcy zawartego w Wykazie robót. Ponadto, decyzja o pozwoleniu na budowę nie obejmowała ww. branż. W rezultacie dokumentacja projektowa nie może być uznana przez Zamawiającego jako spełniająca warunek udziału w postępowaniu określony w punkcie 8.6.1 lit. g) IDW.

b) p.o. Ostrowiecko

Dokumentacja projektowa dotycząca p.o. Ostrowiecko nie obejmowała swoim zakresem branży torowej wraz z odwodnieniem oraz branży obiekty inżynieryjne, co wynika wprost z treści oświadczenia Wykonawcy zawartego w Wykazie robót. Ponadto, decyzja -o pozwoleniu na budowę nie obejmowała ww. branż. W rezultacie dokumentacja projektowa nie może być uznana przez Zamawiającego jako spełniająca warunek udziału w postępowaniu określony w punkcie 8.6.1 lit. g) IDW.

3. Pozycja 4 Wykazu robót ,,Wykonanie prac projektowych i robót budowalnych dla zadania pn.: ,,Rewitalizacja linii kolejowej nr 131 Chorzów Batory – Tczew, odcinek Bydgoszcz Główna – Zduńska Wola – Chorzów Batory", w torze nr 2 na szlaku Dąbie – Ponętów, PODG Borysławice oraz stacja Dąbie".

Wykazana w tej pozycji dokumentacja projektowa nie spełnia warunku udziału postępowaniu z punktu 8.6.1 lit. g) IDW,

ponieważ na jej podstawie dokonano jedynie zgłoszenia wykonania robót budowlanych, co wprost wynika z treści oświadczenia Wykonawcy zawartego w Wykazie Robót. Zamawiający wymagał, aby na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej uzyskano ostateczne decyzje pozwolenia na budowę obejmujące konkretne branże."

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Analizując przedmiotową sprawę należy przede wszystkim przytoczyć raz jeszcze treść spornego warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.6.1. lit. g) IDW:

„wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał:

> g) co najmniej 1 (jedną) dokumentację projektową dla robót budowlanych polegających na Budowie lub Przebudowie Infrastruktury kolejowej. Dokumentacja projektowa powinna obejmować co najmniej 4 (cztery) branże: torowa wraz z odwodnieniem, sieć trakcyjna, obiekty inżynieryjne oraz SRK (sterowanie ruchem kolejowym).

Na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej uzyskano ostateczne decyzje pozwolenia na budowę obejmujące co najmniej ww. branże.

Zamawiający uzna dokumentację projektową jeżeli będzie obejmować projekt budowlany i wykonawczy dla poszczególnych branż. Dla branży SRK (sterowanie ruchem kolejowym) Zamawiający dopuszcza co najmniej projekt budowlany.

Każde wykazane zadanie/realizacja może jednocześnie potwierdzać spełnianie kilku z powyższych warunków."

W świetle ww. warunku sporne między Stronami jest to, czy wszystkie 4 branże w nim wymienione mają być wykazane z ramach jednej dokumentacji projektowej – jak rozumie to Zamawiający, czy też każda branża może być wykazana w ramach innej

dokumentacji projektowej wykonanej w ramach innego zadania - jak rozumie to Odwołujący. Odwołujący wykazał bowiem w wykazie robót trzy spośród czterech ww. branż w ramach inwestycji nr 1, zaś ostatnią branżę SRK – w ramach inwestycji nr 3 (inwestycja nr 4 natomiast nie odpowiada treści warunku z uwagi na brak pozwolenia na budowę). Zatem żadna z wykazanych przez Odwołującego inwestycji nie potwierdza spełnienia warunku rozumianego zgodnie z przyjętą przez Zamawiającego wykładnią.

W ocenie Izby, wykładnia Zamawiającego jest właściwa. Przede wszystkim należy zauważyć, że niezależnie od braku zdefiniowania przez Zamawiającego w ww. warunku pojęcia „dokumentacji projektowej", nie ulega wątpliwości, że posługuje się on w tym zakresie konsekwentnie liczbą pojedynczą. Zamawiający żąda bowiem co najmniej jednej „dokumentacji projektowej" i wprost wskazuje, że ta jedna „dokumentacja projektowa powinna obejmować co najmniej 4 (cztery) branże". Już tylko z tego zdania wynika, że dokumentacja projektowa musi być jedna i jako jedna musi łącznie obejmować wszystkie cztery branże. Również w kolejnych dwóch zdaniach Zamawiający posługuje się pojęciem „dokumentacji projektowej" w liczbie pojedynczej, co dowodzi, że konsekwentnie uznaje on, że tylko wykazanie wszystkich czterech branż w ramach jednej dokumentacji pozwoli na spełnienie warunku.

W zdaniu: „Na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej uzyskano ostateczne decyzje pozwolenia na budowę obejmujące co najmniej ww. branże." Zamawiający wskazuje wprawdzie na decyzje o pozwoleniu na budowę w liczbie mnogiej, ale nie zmienia to faktu, że decyzje te mają być uzyskane na podstawie jednej (w liczbie pojedynczej) dokumentacji projektowej. Sporna treść warunku dotyczy zaś dokumentacji projektowej, a nie decyzji o pozwoleniu na budowę. Zresztą słusznie Zamawiający podnosi, że mimo opracowania jednej dokumentacji projektowej wykonawca może uzyskiwać odrębne pozwolenia na budowę dla każdej z branż, dlatego w zakresie samych decyzji została użyta liczba mnoga. Potwierdza to także treść art. 33 ust. 1 ustawy Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 682 ze zm.), który przewiduje wprawdzie zasadę wydawania jednego pozwolenia na budowę dla całego zamierzenia budowlanego, ale przewiduje także wyjątki od tej zasady. Podkreślić jednak należy, że niezależnie od wskazania w opisie warunku decyzji pozwolenia na budowę w liczbie mnogiej, samo pojęcie „dokumentacji projektowej" kolejny raz zostało użyte w liczbie pojedynczej.

W zdaniu: „Zamawiający uzna dokumentację projektową jeżeli będzie obejmować projekt budowlany i wykonawczy dla poszczególnych branż. Dla branży SRK (sterowanie ruchem kolejowym) Zamawiający dopuszcza co najmniej projekt budowlany." Zamawiający użył zwrotu „dla poszczególnych branż", ale liczba mnoga słowa „branż" ponownie potwierdza, że w ramach jednej dokumentacji mają być wykazane wszystkie branże, przy

czym wydzielenie branży SRK do kolejnego zdania ma na celu jedynie zaznaczenie, że inne są w stosunku do niej

wymagania w zakresie rodzaju wykazywanego projektu (tylko budowlany, zamiast budowlanego i wykonawczego).

Wreszcie zdanie: „Każde wykazane zadanie/realizacja może jednocześnie potwierdzać spełnianie kilku z powyższych warunków" odnosi się do wszystkich warunków oznaczonych w punkcie 8.6.1. literami a) – g) i wynika z niego, że każde zadanie/realizacja w liczbie pojedynczej może potwierdzać jeden lub więcej z tych warunków, natomiast niedopuszczalna jest sytuacja odwrotna: że do wykazania jednego warunku z danej litery konieczne będzie doświadczenie pochodzące łącznie z dwóch lub więcej zadań/realizacji. W przypadku warunku z lit. g) oznacza to, że wykonawca może wykazać kilka różnych dokumentacji projektowych, z których każda spełnia ten warunek, czyli obejmuje wszystkie cztery branże, natomiast nie może wykazać różnych zadań z różnymi dokumentacjami projektowymi, z których każda obejmuje tylko niektóre branże i dopiero łącznie pozwalają one wykonawcy na wykazanie wszystkich czterech branż wymaganych w treści tegoż warunku.

W ocenie Izby zatem, analiza treści ww. warunku prowadzi do wniosku, że Zamawiający wymagał, aby w ramach jednej dokumentacji projektowej wykonanej w ramach jednego zadania wykonawca wykazał wszystkie cztery branże, co wynika już choćby tylko ze zdania: „dokumentacja projektowa powinna obejmować co najmniej 4 (cztery) branże".

Niezależnie od powyższego odnosząc się do argumentacji Odwołującego należy zauważyć, że sformułowanie „co najmniej" wskazane na początku opisu warunku oznacza jedynie, że wykonawca może wykazać warunek przedstawiając więcej niż jedną dokumentację, ale nie wpływa na to, że każda taka dokumentacja musi obejmować wszystkie cztery branże, co wynika z wyżej już omówionych fragmentów tego warunku.

Powyższego nie zmienia także fakt, że część warunków opisanych w pkt 8.6.1. IDW zawierała sformułowanie „w ramach jednej umowy", podczas gdy warunek z lit. g) nie zawierał takiego sformułowania. Jak już bowiem wyżej stwierdzono, nawet bez wskazania, że chodzi o jedną umowę, samo posługiwanie się pojęciem „dokumentacja projektowa" w liczbie pojedynczej i wpisanie wprost, że ta jedna dokumentacja ma obejmować cztery branże, świadczy o tym, że niedopuszczalne było wykazanie tych branż w ramach więcej niż jednej dokumentacji.

Odwołujący wskazywał także, że ww. warunek można było napisać precyzyjniej, np. poprzez zdefiniowanie „dokumentacji projektowej", podobnie jak Zamawiający uczynił to w projekcie umowy zamieszczając w nim na potrzeby realizacji zamówienia - definicję Dokumentacji Projektowej. Niemniej jednak, w ocenie Izby, brak takiej definicji sformułowanej na potrzeby warunku udziału w postępowaniu nie wpływa na fakt, że z opisu

tego warunku wynika, że dokumentacja obejmująca projekty dla wszystkich czterech wymaganych branż musi być wykonana w ramach jednego zadania. Skoro bowiem dokumentacja musi być jedna i musi obejmować cztery branże, to nie może być mowy o wykazaniu spełnienia ww. warunku w ramach różnych zadań dla różnych branż.

Odwołujący ma przy tym rację, że prace w zakresie branży SRK stanowią często przedmiot odrębnych zamówień, niemniej jednak nie oznacza to, że taka musi być stała praktyka Zamawiającego. W sytuacji, gdy Zamawiający realizuje szeroki zakres modernizacji linii kolejowej, SRK może wchodzić w zakres jednego zamówienia wraz z innymi branżami i wówczas także warunki udziału w postępowaniu mogą ten stan rzeczy odzwierciedlać. Tym samym żądanie wykazania dokumentacji projektowej obejmującej branżę SRK wraz z innymi może być uzasadnione (i nie było w tym postępowaniu kwestionowane przed terminem składania ofert), a w tym wypadku Zamawiający tłumaczy to potrzebą posiadania przez wykonawcę doświadczenia w zakresie koordynacji prac dotyczących wszystkich wymaganych branż.

Odwołujący powoływał się też na zasadę łączenia potencjałów na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jednocześnie słusznie zauważając, że możliwość taka zależy od sposobu sformułowania danego warunku. W niniejszej sprawie warunek z pkt 8.6.1. lit. g) IDW został, zdaniem Izby, opisany w taki sposób, że nie jest możliwe spełnienie go poprzez wykazanie jednej branży w ramach dokumentacji projektowej pochodzącej z jednego zadania i pozostałych trzech branż w ramach innej dokumentacji pochodzącej z innego zadania. Dlatego też zasada łączenia potencjałów nie ma w tym wypadku zastosowania.

Ponadto nie można uznać, że Odwołujący wykazał spełnienie ww. warunku przez wskazanie w wykazie robót inwestycji nr 4 obejmującej wszystkie cztery branże. Należy bowiem zauważyć, że w ramach tej inwestycji nie uzyskano pozwolenia na budowę, a jedynie dokonano zgłoszenia robót. W warunku zaś Zamawiający jednoznacznie żądał wykazania takiej dokumentacji projektowej, na podstawie której uzyskano ostateczne decyzje pozwolenia na budowę, zatem zgłoszenie robót nie pozwala przyjąć, że inwestycja nr 4 odpowiada treści tegoż warunku.

Jednocześnie Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, jakoby określone dostrzeżone przez niego niedociągnięcia w opisie warunku z pkt 8.6.1. lit. g) IDW miały takie znaczenie dla sposobu rozumienia tego warunku, że zastosowanie znalazłaby zasada rozstrzygania niejasności treści SWZ na korzyść wykonawców. W ocenie Izby warunek jest wystarczająco jasno napisany i bez względu na to, czy Zamawiający będzie chciał go w przyszłości „dopracować", już na obecnym etapie jego treść nie daje podstaw do przyjęcia wykładni prezentowanej przez Odwołującego.

Z uwagi na powyższe Izba stwierdziła, że w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący przedstawił wykaz robót, którego treść nie potwierdza spełnienia warunku doświadczenia z pkt 8.6.1. lit. g) IDW. W konsekwencji wezwanie do uzupełnienia wykazu w oparciu o art. 128 ust. 1 ustawy Pzp było zasadne i nie stanowiło naruszenia tego przepisu. Dlatego odwołanie zostało oddalone.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska

Stron przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych. Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody złożone przez Zamawiającego w postaci obowiązujących w innych postępowaniach opisów ww. warunku oraz w postaci siedmiu wykazów robót innych wykonawców, których oferty zostały uznane za najkorzystniejsze w innych postępowaniach.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: ...……..