

WYROK

Warszawa, dnia 20 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Aneta Młacka

Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Databout spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w Warszawie przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – Konsorcjum Wykonawców: RDK Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich i Infra – Centrum Doradztwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Databout spółka z o. o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w Warszawie rzecz Databout spółka z o. o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu poniesionych kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika .

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Sygn. akt:KIO 1451/24

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Warszawa w imieniu której działa Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Rewitalizacja linii kolejowych nr 177, 294 Racibórz – Raclawice Śląskie” realizowanego w ramach Programu Uzupełnienia Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej + do 2029 roku” Nr ref. postępowania: 9090/IREZA4/14566/03740/23/P Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 07.08.2023r. nr 2023/S 150-480350.

Odwołujący: Databout Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł dnia 25 kwietnia 2024 r. odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu polegających na:

- a) niezgodnej z ustawą Pzp czynności badania i oceny ofert;
- b) niezgodnej z ustawą Pzp czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tworzących konsorcjum w składzie: RDK Projekt Sp. z o. o., Bielany Wrocławskie oraz Infra – Centrum Doradztwa Sp. z o. o., Warszawa („Konsorcjum”);
- c) zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiającemu zarzuca naruszenie w szczególności:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp tj. błędne przyjęcie, że Odwołujący podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu bowiem w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć

istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

-art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) Ustawy Pzp przez błędną ocenę i przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Mając na względzie zarzuty Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania przez nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej;

2)powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu; 3) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

UZASADNIENIE

1) dotyczy: terminu realizacji usług wskazanych w poz. 3 wykazu

Wykonawca w wykazie usług składanym na potrzeby weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykazał doświadczenie podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby – Infrsolution Sp. z o. o. w ramach zadań:

(poz. 3 wykazu) ☐ Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych na odcinku Tunel - Charsznica – Wolbrom w ramach projektu pn. „Prace na liniach kolejowych nr 62,660 na odcinku Tunel – Bukowno – Sosnowiec Płd.”

W niniejszym przypadku zgłoszenie zamiaru rozpoczęcia robót budowlanych nie wymagających pozwolenia na budowę (dalej: „zgłoszenie”) dla wskazanego zadania miało miejsce w dniu 09.08.2018 r., a więc w okresie wykraczającym poza postawiony w postępowaniu warunek.

Termin ten jednak pozostaje bez znaczenia dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z warunkiem udziału w postępowaniu określonym w pkt 8.2.3 IDW wymagane było wykazanie przez Wykonawcę „wykonania w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 2 opracowań dokumentacji projektowych (każda dokumentacja dla odrębnego zadania inwestycyjnego) w oparciu o które pozyskano ostateczne zgłoszenie robót budowlanych lub decyzję o pozwoleniu na budowę obejmujących budowę lub przebudowę infrastruktury kolejowej, w tym po minimum 8 km nawierzchni kolejowej na linii jedno lub dwutorowej dla każdego projektu, z podaniem wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy usługa została wykonana należycie”.

W niniejszym warunku jest mowa o „wykonaniu w okresie ostatnich 5 (pięciu) (...) „co najmniej 2 opracowań dokumentacji projektowych” . W warunku nie ma mowy o terminie zgłoszenia robót. Termin odnosi się więc do terminu wykonania dokumentacji projektowej, a nie terminu zgłoszenia zamiaru rozpoczęcia robót budowlanych nie wymagających pozwolenia na budowę. Co więcej dokumentacja projektowa nie stanowi nawet załącznika do tego zgłoszenia na co wyraźnie wskazuje treść zgłoszenia w którym wymienione są załączniki – a wśród nich „plan sytuacyjny z naniesioną lokalizacją planowanych robót” a nie dokumentacja projektowa.

W praktyce to są dwa zupełnie inne terminy. Zgłoszenie robót dla zadania miało miejsce w dniu 09.08.2018 r. ale dokumentacja została wykonana w październiku 2018 r. a odebrana w dniu 10.12.2018r.

Dowód nr 1: Protokół odbioru dokumentacji pomiędzy Infrsolution a Skanska z dnia 10.12.2018r. na okoliczność wykazania terminu opracowania dokumentacji.

Takie postępowanie jest zgodne z prawem i praktyką. W przypadku projektów dla PKP PLK realizowanych w formule projektuj i buduj jest to powszechna praktyka. Zgodnie z prawem budowlanym do zgłoszenia zamiaru rozpoczęcia robót budowlanych dołącza się wykaz nieruchomości, na których będą prowadzone roboty budowlane, opis realizowanych prac oraz rysunki, schematy itp. W praktyce do zgłoszenia robót nie jest potrzebny ukończony projekt budowlany czy wykonawczy a jedynie ogólne rysunki przedstawiające zakres prac.

Taka procedura została zastosowana w niniejszym przypadku. W pierwszej kolejności nastąpiło zgłoszenie robót a dopiero później został ukończony projekt, na co wskazują daty.

Projekt został ukończony w październiku 2018r. a odebrany w dniu 10.12.2018 r. zatem mieści się w warunku udziału w postępowaniu.

W świetle treści warunku Zamawiający nie ma podstaw do przyjęcia że to data zgłoszenia jest datą wykonania dokumentacji projektowej. Co więcej we wzorze tabeli opracowanej przez Zamawiającego w rubryce „Termin” jest mowa odpowiednio o „rozpoczęciu realizacji zamówienia (miesiąc/ rok) oraz „Zakończenia realizacji zamówienia (miesiąc/ rok) a nie dacie zgłoszenia robót. Tym samym odwoływanie się przez Zamawiającego do daty zgłoszenia przy ocenie terminu

wykonania usługi nie znajduje uzasadnienia w treści warunku udziału w postępowaniu, jak również w tabeli sporządzonej przez Zamawiającego na potrzeby wykazania usług w niniejszym Postępowaniu.

2) dotyczy: rodzaju usług wskazanych w poz. 3 i 4

Usługa wskazana w poz. 3 dotyczyła, zgodnie z oświadczeniem zawartym w kolumnie 6 „Przedmiot wykonywanych usług” przebudowy około 13 kilometrów nawierzchni kolejowej na linii dwutorowej (a nie jak wskazał zamawiający 20 km).

Wprawdzie w zgłoszeniu z dnia 09.08.2018 r. wpisano remont nawierzchni kolejowej oraz sieci trakcyjnej, ale jest to tylko nazwa robocza.

Podobnie usługa wskazana w poz. 4, gdzie w kolumnie 6 „Przedmiot wykonywanych usług” dla wskazanej pozycji, wpisano przebudowa, zaś w zgłoszeniu z dnia 21.11.2022 r. wskazano, że dokumentacja dotyczyła wykonania remontu torów kolejowych, remontu sieci trakcyjnej oraz remontu urządzeń SRK, elektroenergetycznych oraz telekomunikacyjnych ale nazwa ta miała charakter roboczy.

W obu wypadkach przedmiotem była przebudowa, o czym świadczy nawet pobieżna analiza faktycznie wykonanej dokumentacji.

W przypadku projektu dla linii kolejowej nr 62 na odcinku od km 1,550 do km 14,000 (usługa wskazana w pozycji nr 3) zgodnie z projektem budowlano-wykonawczym dokonano zmian geometrii poziomej i pionowej układu torowego oraz dostosowania do nacisku 221kN/oś.

Usługa wskazana w pozycji nr 4 obejmująca projekt dla linii kolejowej nr 62 na odcinku od km 35,933 do km 44,000 zgodnie z dokumentacją projektową przewidywała dostosowanie do prędkości 120km/h oraz nacisku 221kN/oś oraz zmiany niwelety toru.

W obydwu przypadkach są to prace wykraczające poza definicję remontu zawartą w art. 3 ust 7a ustawy Prawo Budowlane przez przebudowę – należy przez to 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

Z kolei remont stosownie do art. 3 ust 8 Prawa Budowlanego to wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.

Jednocześnie stosownie art. 29 ustawy zgłoszenia robót wymaga zarówno przebudowa jak i remont torów kolejowych zatem wpisanie w zgłoszeniu słowa remont pozostaje bez wpływu na jego ważność nawet jeżeli potem z zakresu prac ewidentnie wynika, że ich charakter kwalifikuje się jako przebudowa (zgodnie z definicją w Ustawie Prawo Budowlane).

W świetle powyższych faktów Odwołujący zdecydowanie miał prawo wskazać, że projekty obejmowały przebudowę nawierzchni kolejowej, gdyż na skutek prac nastąpiła zmiana parametrów użytkowych lub technicznych w postaci zwiększenia prędkości w stosunku do pierwotnej.

Remontem możemy nazwać jedynie odtworzenie stanu pierwotnego z ewentualnym wykorzystaniem innych materiałów. W kolejnictwie w przypadku nawierzchni sprowadza się to w praktyce np. do zastosowania innego typu podkładu lub szyny. Jednak jeżeli w ślad za tym idzie również zmiana geometrii skutkująca podniesieniem prędkości to mamy już do czynienia z przebudową.

Jest to potwierdzone również w publicznych dokumentach stosowanych w spółce PKP Polskie Linie Kolejowe. Obowiązująca w PKP PLK Instrukcja Id-12 Wykaz linii definiuje pojęcie „prędkości konstrukcyjnej”: *) – Prędkość konstrukcyjna V_k jest to parametr techniczny określany jako prędkość docelowa do której należy przystosować linię kolejową poprzez:

1.odnowienie infrastruktury kolejowej, jeżeli obowiązująca maksymalna prędkość rozkładowa jest niższa od prędkości konstrukcyjnej z powodu dekapitalizacji infrastruktury kolejowej,

2.modernizację infrastruktury kolejowej, gdy maksymalna prędkość rozkładowa wynikająca z wyposażenia linii jest mniejsza od V_k . W takim przypadku podwyższenie maksymalnej prędkości rozkładowej można uzyskać poprzez wykonanie robót modernizacyjnych linii w wyniku, których uzyskany profil prędkości będzie spełniał warunki określone w opracowaniu pn. „Standardy Techniczne – Szczegółowe warunki techniczne dla modernizacji lub budowy linii kolejowych

do prędkości $V_{max} \leq 200$ km/h (dla taboru konwencjonalnego) / 250 km/h (dla taboru z wychylnym pudłem)" w Tomie I - Droga Szynowa – Załącznik ST-T1-A6 „Układy geometryczne torów”.

Natomiast, aby odszukać obowiązującą na linii prędkość, należy powołać się na instrukcję Id-12 obowiązującą do 2014 roku. Wówczas parametr prędkości konstrukcyjnej miał w ww instrukcji inną definicję i oznaczał prędkość do której linia jest faktycznie przystosowana.

Na tej podstawie bez problemu możemy odczytać dla linii kolejowej nr 62 na obydwu wskazanych wyżej odcinkach maksymalna prędkość pociągów wynosiła 100 km/h i nie było to spowodowane zużyciem infrastruktury czy też awariami ale wynikało wprost z geometrii toru, która nie pozwalała na poruszanie z prędkością 120 km/h. Stan istniejący nawierzchni w zakresie dopuszczalnej prędkości rozkładowej został również przedstawiony przez Zamawiającego w PFU dla usługi wskazanej w pozycji nr 4. Pkt. 2.2.2.1 PFU, dla toru nr 1 jest to 40km/h natomiast dla toru nr 2 – 100km/h. Oznacza to, że nastąpiła przebudowa – zmieniono parametry techniczne lub użytkowe. Podkreślić należy, iż to faktycznie zrealizowane prace, a nie nazwy robocze decydują o kwalifikacji usługi i jej charakterze, tym bardziej że w niniejszym przypadku Odwołujący opisał faktycznie wykonany zakres usług.

Dla usługi w pozycji nr 3 brak jest w ogóle wskazania w PFU prędkości maksymalnej/rozkładowej w stanie istniejącym. Jest natomiast jasno zapisane w pkt 3.1:

„Realizacja zamówienia ma na celu osiągnięcie następujących parametrów eksploatacyjnych oraz cech użytkowych zgodnych z przyjętą kategorią linii wg. TSI: 1) Kategoria linii wg. TSI P5/F3; 2) Prędkość maksymalna dla:

a) pociągów pasażerskich – 120 km/h;

b) pociągów towarowych – 80 km/h;” ponadto dalej w tym samym punkcie widnieje zapis:

„W wyniku realizacji przedmiotu zamówienia w oparciu o zatwierdzoną przez Zamawiającego dokumentację projektową wymagane jest osiągnięcie projektowych parametrów linii kolejowej (w miarę możliwości korektę położenia osi torów, celem uzyskania jak najwyższej prędkości maksymalnej), podstawowo poprzez usunięcie przyczyn istniejących ograniczeń w zakresie maksymalnej prędkości pociągów”.

Oznacza to, że osiągnięcie prędkości 120km/h było dopiero efektem niniejszego projektu, a nie stanem istniejącym. Tym samym opracowania dotyczyły „przebudowy” a nie „remontu”.

Biorąc pod uwagę treść dokumentacji technicznej w oparciu o którą Odwołujący wypełniał wykaz usług, a która wyraźnie potwierdza, że w obu przypadkach mamy do czynienia z „przebudową”, zarzut Zamawiającego o wprowadzeniu w błąd uznać należy za całkowicie chybiony.

Dowód nr 2:

a) wyciąg z „Opracowania dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych na odcinku Tunel – Charsznica - Wolbrom Olkuski w ramach projektu „Prace na liniach kolejowych nr 62, 660 na odcinku Tunel – Bukowno – Sosnowiec Płd.”

b) wyciąg z dokumentacji np. „Zaprojektowanie i wykonanie robót na odcinku Jarosławiec Olkuski – Olkusz – Bukowno (...)

c) PFU dla ww projektów oraz

d) kopie instrukcji Id-12 z listopada 2013 roku i obecnej na okoliczność faktycznego zakresu usług, którym była przebudowa.

3) Dotyczy: zarzutu wykonania usług wskazanych w poz. 1 i 2 wykazu w ramach jednej umowy i wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia:

„wykonania w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 2 opracowań dokumentacji projektowych (każda dokumentacja dla odrębnego zadania inwestycyjnego) w oparciu o które pozyskano ostateczne zgłoszenie robót budowlanych lub decyzję o pozwoleniu na budowę obejmujących budowę lub przebudowę infrastruktury kolejowej, w tym po minimum 8 kilometrów nawierzchni kolejowej na linii jedno lub dwutorowej dla każdego projektu, z podaniem wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy usługa została wykonana należycie”

Usługi wskazane na potrzeby weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu realizowane przez podmiot trzeci

udostępniający Odwołującemu zasoby – Infra – Projekt Sp. z o. o. tj.:

(poz. 1 wykazu) □ Remont, przebudowa oraz rozbudowa linii kolejowej nr 288 od km 0,236 do km 26,453 w ramach umowy pn.: Opracowanie dokumentacji projektowej w zakresie obejmującym projekt budowlany wraz z kosztorysem inwestorskim oraz pozwolenie na budowę na roboty budowlane dla zadania: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 288 Nysa – Brzeg” w ramach RPO województwa opolskiego na lata 2014 – 2020r.”

(poz. 2 wykazu) □ Remont, przebudowa oraz rozbudowa linii kolejowej nr 288 od km 27,638 do km 47,631 w ramach umowy pn.: Opracowanie dokumentacji projektowej w zakresie obejmującym projekt budowlany wraz z kosztorysem inwestorskim oraz pozwolenie na budowę na roboty budowlane dla zadania: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 288 Nysa – Brzeg” w ramach RPO województwa opolskiego na lata 2014 – 2020r.”

- były wykonane w ramach jednej umowy.

Jednocześnie jednak nie można zgodzić się z zarzutami postawionymi przez Zamawiającego, że ww. usługi nie spełniają warunków udziału w postępowaniu oraz że wprowadzają Zamawiającego w błąd.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż w żadnym punkcie SWZ zamawiający nie postawił zakazu zgodnie z którym wykazywane usługi miały być wykonane w ramach osobnych umów. W warunku jest mowa o „odrębnych zadaniach inwestycyjnych” a nie „odrębnych umowach” jak obecnie próbuje interpretować warunek Zamawiający. Prezentowana obecnie przez Zamawiającego interpretacja warunku udziału w postępowaniu nie tylko nie znajduje uzasadnienia w literalnej jego treści ale jest całkowicie nieuzasadniona merytorycznie. Gdyby wymaganiem Zamawiającego było aby każde opracowanie było wykonane w ramach osobnej umowy wówczas takie wymaganie powinno zostać wyraźnie wskazane w treści warunku.

Ponadto podkreślić należy, iż w żadnym punkcie złożonego wykazu Odwołujący nie twierdził, że niniejsze usługi zostały wykonane w ramach odrębnych umów. Co więcej jest wręcz odwrotnie bowiem na fakt, że niniejsze usługi były realizowane w ramach jednej umowy wyraźnie wskazuje treść wykazu przedłożonego przez Odwołującego.

W rubryce „Numer umowy” Odwołujący wskazał odpowiednio, w przypadku poz. 1 – nr umowy 90/106/0111/19/Z/I oraz w przypadku poz. 2 nr umowy 90/106/0111/19/Z/I. Tym samym Odwołujący jasno i precyzyjnie wskazał na tą samą umowę – zresztą zrealizowaną a na rzecz PKP PLK S.A.

Tym samym zarzut o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd jest całkowicie chybiony. Taki zarzut miałby uzasadnienie gdyby Odwołujący wskazał w wykazie, że niniejsze usługi zostały zrealizowane na podstawie odrębnych umów – wówczas twierdzenie byłoby nieprawdziwe, ale taka sytuacja nie miała miejsca.

Dowód nr 3: wykaz usług złożony w Postępowaniu.

Ponadto zauważyć należy, iż Zamawiający w niniejszym warunku posługuje się pojęciem „zadania inwestycyjnego” a nie umowy. Zgodnie z powszechną definicją przez „zadanie inwestycyjne – należy rozumieć wyodrębnioną część zakresu rzeczowego przedsięwzięcia, stanowiącą ograniczoną całość gospodarczą, zdolną po zakończeniu i przekazaniu do eksploatacji uzyskać określony efekt użytkowy”. Warto w tym miejscu odwołać się do definicji "Słownika terminów i skrótów związanych z procesem inwestycyjnym" dr hab. inż. M. Połńskiego. Zgodnie z nim przedsięwzięcie inwestycyjne to planowane zadanie inwestycyjne o wymiarze rzeczowo-finansowym w znaczeniu całościowym zaś „zadanie inwestycyjne” to części składowe przedsięwzięcia, poszczególne zadania powinny być tak wyodrębnione z przedsięwzięcia, aby można je było objąć jednym projektem, z chwilą ich ukończenia można było rozpocząć ich eksploatację zgodnie z docelowym przeznaczeniem.

W praktyce naszych doświadczeń w przetargach organizowanych przez PKP PLK zdarzały się przetargi, w których PKP PLK definiowała wymagania w tym zakresie i wskazywała, że za jedną dokumentację uznaje taką na podstawie której uzyskano co najmniej jedno pozwolenie na budowę.

W niniejszym przetargu nie było jakiegokolwiek definicji przyjęliśmy zatem, że jedno zadanie inwestycyjne to takie, na które zamawiający może ogłosić osobny przetarg na roboty budowlane, co miało miejsce w niniejszym przypadku bowiem dla każdego z wykazanych odcinków (poz. 1 i 2 wykazu usług) uzyskano osobne pozwolenia na budowę w różnych terminach i można je realizować niezależnie (nawet same wnioski o pozwolenia i dokumentacja projektowa były składane niezależnie w różnych terminach).

Powyższe stanowisko Odwołującego jest jednoznacznie potwierdzone przez zapisy OPZ dla ww. zadania. W pkt 1.3.2 OPZ zawarto bowiem zapis: „Projekt obejmuje linię kolejową nr 288 Nysa – Brzeg planowaną do rewitalizacji w 3 lotach, która może być realizowana w poszczególnych lotach łącznie lub rozłącznie”. Powyższe przeczy zupełnie stanowisku

Zamawiającego, że ww. usługi nie spełniają warunku udziału w postępowaniu, gdyż sam zamawiający żądał aby dokumentacja projektowa była wykonana w sposób umożliwiający jej realizację w ramach odrębnych zadań, co zostało przez projektanta zrealizowane. Zadania są niezależne i można je realizować odrębnie. Spełniony jest zatem warunek zgodnie z którym „każda dokumentacja dla odrębnego zadania inwestycyjnego”.

Dowód nr 4:

a) Opis przedmiotu zamówienia NA OPRACOWANIE DOKUMENTACJI PROJEKTOWEJ W ZAKRESIE OBEJMUJĄCY PROJEKT BUDOWLANY WRAZ Z KOSZTORYSEM INWESTORSKIM ORAZ POZWOLENIE NA BUDOWĘ ROBÓT „REWITALIZACJA LINII KOLEJOWEJ NR 288 NYSA – BRZEG” W RAMACH RPO WOJEWÓDZTWA OPOLSKIEGO NA LATA 2014 – 2020” (w szczeg. Str. 7 pkt 1.3.2.)

b) Decyzja pozwolenia na budowę nr 40/Z/2021

c) Decyzja pozwolenia na budowę nr 29/Z/2021

na okoliczność, że mamy do czynienia z odrębnymi zadaniami inwestycyjnymi.

Powyższe ma potwierdzenie także w stanowisku Zamawiającego wyrażonym w piśmie z dnia 22.12.2023r. „Odpowiedź na odwołanie”, które zostało wniesione w niniejszym postępowaniu w dniu 8.12.2023 r. do Krajowej Izby Odwoławczej.

W niniejszym piśmie Zamawiający wskazał, że „Pojęcie „zadanie inwestycyjne” nie zostało wprawdzie zdefiniowane w dokumentacji przetargowej, ale potoczne rozumienie oznacza ciąg czynności i działań, prowadzących do realizacji i ukończenia przedsięwzięcia budowlanego. Nie można również interpretować tego pojęcia w oderwaniu od dalszej części zdania, w którym to pojęcie się znalazło, a więc pozyskania ostatecznego zgłoszenia robót budowlanych lub ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę. Nadto podnieść należy, iż jedna dokumentacja miała być opracowana dla jednego zadania inwestycyjnego, natomiast Zamawiający nie uzależnił sporządzenia dokumentacji projektowej z pojęciem „umowy” lub „projektu” (w znaczeniu finansowym).

W interpretacji należy kierować się wykładnią językową, ale nie w oderwaniu od innych sformułowań zawartych w interpretowanym zdaniu. Dodatkowo w cytowanym przez Odwołującego wyroku KIO 432/23 wskazano, iż: „[...] zgodnie z wyrokiem SN z 8 maja 1998 r. I CKN 664/97: "W doktrynie i judykaturze sformułowana została reguła określająca następującą kolejność różnych sposobów wykładni: wykładnia językowa, wykładnia systemowa, wykładnia funkcjonalna (celowościowa). W myśl zasady interpretatio cessat in claris nie zawsze zachodzić będzie jednak konieczność użycia kolejno wszystkich tych sposobów, w szczególności nie będzie potrzeby sięgania po dyrektywy celowościowe, jeżeli już po zastosowaniu dyrektyw językowych, czy też językowych i systemowych, uda się uzyskać właściwy wynik wykładni, to jest ustalić znaczenie interpretowanej normy [...] ". Dlatego też podnieść należy, iż w omawianym wyroku KIO z dnia 3 marca 2023 r. dano prymat wykładni językowej, natomiast nie pominięto potrzeby zastosowania innych wykładni w sytuacji, gdy nie udało się ustalić właściwego wyniku wykładni”.

Dowód nr 5: pismo Zamawiającego z dnia 22.12.2023 r. na okoliczność dotychczasowego stanowiska Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe stanowisko Zamawiającego wyrażone w niniejszym piśmie obecna radykalna zmiana w tym zakresie jest zaskakująca. Zamawiający bowiem wyraźnie wskazał, że „nie uzależnił sporządzenia dokumentacji projektowej z pojęciem „umowy” lub „projektu” (w znaczeniu finansowym)”. Na tym tle obecne żądanie wykazania zrealizowania usług w ramach dwóch odrębnych umów nie ma uzasadnienia w treści warunku udziału w postępowaniu i stanowisku Zamawiającego potwierdzonym w jego korespondencji.

Powstaje także pytanie z jakiego powodu Zamawiający pomija fakt, iż dla każdego z zadań wskazanych w poz. 1 i 2 wykazu zostały wydane dwa osobne pozwolenia na budowę (nr 40/Z/2021 z dnia 05.10.2021r. oraz nr 29/Z/2021 z dnia 06.09.2021r.) choć w cytowanym piśmie stwierdził, że „Nie można również interpretować tego pojęcia w oderwaniu od dalszej części zdania, w którym to pojęcie się znalazło, a więc pozyskania ostatecznego zgłoszenia robót budowlanych lub ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę”.

Działania Zamawiającego nie mają oparcia nie tylko w przepisach ale także w ugruntowanym orzecznictwie. I tak np. z wyroku KIO 840/21 wynika, że skoro zamawiający nie wskazał w SIWZ w jaki sposób rozumieć należy pojęcie "zadania", a w szczególności, iż każde zadanie ma być wykonywane na podstawie odrębnej umowy, odrębnego pozwolenia na budowę, w ramach jednego etapu to odmowa przyznania punktów z tych względów była bezzasadna. Zamawiający posłużył się nie tylko pojęciem "zadania", ale także sformułowaniem - "wykonywanych usług", których sposób rozumienia także nie został przez zamawiającego w SIWZ podany. Niewiadomym pozostaje także i to, w jakiej relacji pozostają pojawiające się w SIWZ: "zadania" i "wykonywane usługi". W ocenie Izby niejasności te (co do sposobu rozumienia

"zadania", "wykonanych usług", ich wzajemnej relacji), zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, nie mogą być poczytywane na niekorzyść wykonawcy (odwołującego). I jakkolwiek wyrok dotyczył oceny w ramach kryteriów oceny ofert zasady obowiązujący w tym zakresie są identyczne także w przypadku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Podkreślić także należy, iż nawet jeżeli Zamawiający miał wątpliwości (co jak wykazano nie powinno mieć miejsca bo nie było wymagania dwóch odrębnych umów) to zapisy w swz powinny być tłumaczone zgodnie z ich literalnym brzmieniem. A ewentualne wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny ofert tylko w odniesieniu do postanowień zawartych w swz, a nie do własnych interpretacji czy intencji (tak wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z 18 marca 2015, III Ca 70/15). W wyroku KIO 2100/18, Izba stwierdziła, że w przypadku możliwości interpretacji zapisów SIWZ w różny sposób, wszelkie niejasności, które mogą odnosić się do złożonych w postępowaniu ofert, odczytywać należy na korzyść wykonawców (tak w uchwale z 3 sierpnia 2017 r., KIO/KD 38/17). Także SN w wyroku z 4 lipca 2019 r., IV CSK 363/18 wskazał, że jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SIWZ muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy.

Resumując zarzuty Zamawiającego, iż wykazane usługi (poz. 1 i 2 wykazu) nie spełniają warunku udziału w postępowaniu a Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd są całkowicie bezzasadne bowiem:

-Z punktu widzenia „odrębnego zadania inwestycyjnego” bez znaczenia pozostaje fakt czy usługi były objęte jedną umową czy dwiema – istotny jest fakt czy dotyczyły samodzielnych całości (objętych osobnymi pozwoleniami).

-W warunku udziału w postępowaniu nie było wymogu aby usługi były wykonane na podstawie dwóch odrębnych umów – ten wymóg pojawił się dopiero przy ocenie ofert nie znajdując oparcia w literalnym brzmieniu warunku. Co więcej wbrew stanowisku Zamawiającego, które prezentował w niniejszym Postępowaniu.

-Wykonawca zawarł w wykazie informacje, że usługi z poz. 1 i 2 były wykonane na podstawie tej samej umowy (przywołując nawet numer tej umowy) – tym samym zarzut o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd jest całkowicie chybiony.

Mając powyższe na względzie wnosi jak na wstępie.

Załączniki:

Dowód nr 1: Protokół odbioru dokumentacji pomiędzy Infrasolution a Skanska z dnia 10.12.2018r

Dowód nr 2:

a)wyciąg z „Opracowania dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych na odcinku Tunel – Charsznica - Wolbrom Olkuski w ramach projektu „Prace na liniach kolejowych nr 62, 660 na odcinku Tunel – Bukowno – Sosnowiec Pół.”

b)wyciąg z dokumentacji np. „Zaprojektowanie i wykonanie robót na odcinku Jaroszewiec Olkuski – Olkusz – Bukowno (...)

c) PFU dla ww projektów oraz

d) kopie instrukcji Id-12 z listopada 2013 roku i obecnej

Dowód nr 3: wykaz usług złożony w Postępowaniu.

Dowód nr 4:

a)Opis przedmiotu zamówienia NA OPRACOWANIE DOKUMENTACJI PROJEKTOWEJ W ZAKRESIE OBEJMUJĄCY PROJEKT BUDOWLANY WRAZ Z KOSZTORYSEM INWESTORSKIM ORAZ POZWOLENIE NA BUDOWĘ ROBÓT „REWITALIZACJA LINII KOLEJOWEJ NR 288 NYSA – BRZEG” W RAMACH RPO WOJEWÓDZTWA OPOLSKIEGO NA LATA 2014 – 2020” (w szczeg. Str. 7 pkt 1.3.2.)

b)Decyzja pozwolenia na budowę nr 40/Z/2021

c)Decyzja pozwolenia na budowę nr 29/Z/2021

Dowód nr 5: pismo Zamawiającego z dnia 22.12.2023 r.

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe SA w odpowiedzi na odwołanie

wniósł o oddalenie odwołania w całości.

UZASADNIENIE

Zarzuty odwołania Zamawiający uznaje w całości jako bezzasadne.

Ad. 1 Co do terminu realizacji usług wskazanych w poz. 3 wykazu – twierdzenia Odwołującego należy uznać za chybione.

Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z pkt. 8.6.1 SWZ „wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę wykonania w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) co najmniej 2

opracowań dokumentacji projektowych (każda dokumentacja dla odrębnego zadania inwestycyjnego) w oparciu o które pozyskano ostateczne zgłoszenie robót budowlanych lub decyzję o pozwoleniu na budowę obejmujących budowę lub przebudowę infrastruktury kolejowej, w tym po minimum 8 kilometrów nawierzchni kolejowej na linii jedno lub dwutorowej dla każdego projektu, z podaniem wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy usługa została wykonana należyście. (...).

Tak więc w oparciu o przedstawioną przez Wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia dokumentację projektową winno pozyskać decyzję lub zgłoszenie robót budowlanych. Wskazany czasownik „pozyskano ostateczne” wskazuje na obowiązek uzyskania zgłoszenia w oparciu o przedstawioną dokumentację przez zastosowanie formy dokonanej czasownika, natomiast zgodnie z twierdzeniami Odwołującego nie jest to tożsame z pozyskaniem zgłoszenia lub decyzji w oparciu o inne dokumenty niż dokumentację projektową. Wykładnia językowa wskazuje w sposób wyraźny na pozyskanie zgłoszenia w oparciu o dokumentację projektową, a więc ustala linie czasową w zakresie przedmiotowych dokumentów. Dodatkowo stwierdzenia użyte w dokumentacji Zamawiającego są na tyle jasne i nie pozostawiające wątpliwości w tym zakresie, że nie jest niezbędne posługiwanie się wykładnią celowościową i funkcjonalną.

Odwołujący sam przyznał, iż załącznikiem do zgłoszenia były inne dokumenty, a nie dokumentacja projektowa na jaką się on powołuje. Nie ma więc podstaw, aby przyjąć, iż przedmiotowe zgłoszenie zostało pozyskane w oparciu o dokumentację projektową. Zastosowane słowo „w oparciu” zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego to wyrażenie zaznaczające, co jest podstawą wykonania danej czynności, dzieła, utworu lub przedmiotu. Prof. Walery Pisarek zauważa, że w języku polskim czasowników opierać się, oprzeć się można użyć w dwóch znaczeniach: dosłownym, w odniesieniu do konkretnych przedmiotów, i w przenośnym, przy czym w każdym z nich występuje odmienna konstrukcja. Trzeba zatem odróżnić opieranie się o coś pionowego, czyli inaczej 'wspieranie się o coś, żeby się nie przewrócić, bądź opieranie się na czymś poziomym od opierania się w znaczeniu przenośnym ('uzasadniać, mieć coś za podstawę').

W tym miejscu podnieść należy, iż nie ma znaczenia w niniejszej sprawie wskazywana przez Odwołującego rzekoma powszechna praktyka u Zamawiającego w przypadku projektów realizowanych w formule projektuj i buduj uzyskiwania przed sporządzeniem dokumentacji projektowej po zgłoszeniu robót i zgodności danych działań z porządkiem prawnym. Powyższe okoliczności w ocenie Zamawiającego nie mają znaczenia, z jasnymi w tej kwestii postanowieniami SWZ, które wskazują na wymóg uzyskania zgłoszenia na podstawie dokumentacji projektowej. Daje to Zamawiającemu gwarancję i jest formą zapewnienia, że wykonana dokumentacja projektowa jest zgodna z wiedzą specjalistyczną i poprawna.

Odwołujący złożył dokumenty, w których wykazuje w pozycji nr 3, że wykonał opracowanie

dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych na odcinku Tunel – Charsznica – Wolbrom w ramach projektu pn. „Prace na liniach kolejowych nr 62, 600 na odcinku Tunel

– Bukowno – Sosnowiec Płd.”. Z zebranych przez Zamawiającego informacji wynika, że zgłoszenie robót datowane było na dzień 09.08.2018 r. Zamawiający wystąpił o przesłanie w/w zgłoszenia. Niniejsze zgłoszenie uzyskano w okresie dłuższym niż 5 lat a także uzyskane zgłoszenie nie jest konsekwencją wykonania projektu. Nadto w zgłoszeniu widnieje informacja, że prace jakie mają być prowadzone na podstawie zgłoszenia określone są jako „Remont”. W związku z rozbieżnościami między uzyskanymi informacjami, a informacjami wskazanymi przez odwołującego, Zamawiający zdecydował o zbadaniu powyższej kwestii: czy w niniejszej sprawie mamy do czynienia z pracami remontowymi czy budową lub przebudową infrastruktury kolejowej.

Zamawiający zwrócił się o informacje o charakterze umowy i otrzymano e-mail w tej sprawie z dnia 17.01. 2024 r. Z jego treści wynika, że zakres prac miały charakter remontowy. Na około 13 km linii dwutorowej Wykonawca miał wykonać na długości 1,800 km oczyszczenie podsypki. Pozostałe prace polegały na wymianie podkładów i szyn na nowe, co

świadczy o remontowym charakterze zadania. Według przedstawionej dokumentacji Wykonawca nie wykonywał żadnych robót podtorowych (układanie warstw niesortu, nie układał geowłókniny, nie wykonywał wzmocnień podtorza).

Zamawiający uznaje za bezzasadne twierdzenia Odwołującego w zakresie przyjęcia przez

Zamawiającego, iż data zgłoszenia i data wykonania dokumentacji projektowej jest tożsama. Nie wynika to z uzasadnienia informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający uważa, że data usługi przy ocenie wykonania usługi ma znaczenie na podstawie treści postanowienia SWZ w zakresie uzyskania na jej podstawie zgłoszenia na roboty lub decyzji o pozwoleniu na budowę.

W zakresie rodzaju usług w poz. 3 i 4

Zamawiający uważa, iż wpisanie remontu w zgłoszeniach robót nie jest, jak wskazuje

Odwołujący „nazwą roboczą”, ale rzeczywistym zakresem robót w ramach umowy nr 90/103/0112/18/Z/I.

Zgodnie z wiadomością e-mail z dnia 17.01.2024 r. zakres prac w ramach umowy nr 90/103/0112/18/Z/I przedstawiał wskazany w wiadomości zarzut oraz załącznik do umowy.

Prace miały charakter wyłącznie remontowy, natomiast nie obejmowały przebudowy.

Z załączonego zakresu wyraźnie wynika, iż zakres robót podstawowych jak i towarzyszących nie potwierdza stanowiska Odwołującego, a potwierdza stanowisko Zamawiającego.

Zgodnie z załączonym do odwołania projektem budowlanym/wykonawczym (dowód nr 2 pkt a)) przedmiotem opracowania jest „[...] projekt remontu układu torowego na szlaku Tunel

– Charsznica – Wolbrom [...] W ramach przedmiotowej inwestycji planowane jest zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych na dwutorowej linii kolejowej nr 62 na odcinku od km 1,550 do km 14,00 polegających na wymianie elementów nawierzchni kolejowej wraz z robotami towarzyszącymi. [...]”. W pkt. 5.5 ww. dowodu pt. „układ geometryczny torów” wskazano, iż prace obejmują jedynie częściową wymianę nawierzchni kolejowej, a projektowana geometria torów bazuje na stanie istniejącym.

Dodatkowo w przedmiotowych zgłoszeniach wyraźnie wskazano, iż prace objęte ww. umowami (nr 90/103/0112/18/Z/I oraz nr 90/103/1112/18/Z/I) nie zmieniły charakterystycznych parametrów obiektów, w tym technicznych lub użytkowych, a prace miały na celu przywrócenie stanu poprzedniego.

Dodatkowo nawet w dokumentach załączonych do odwołania przez samego Odwołującego nie wskazano, aby prace przeprowadzone w ramach wskazanej przez niego umowy zmieniały parametry techniczne obiektów w ramach umowy.

Przez remont należy rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym, 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).

W niniejszej sprawie Zamawiający zweryfikował informacje uzyskane w ramach prowadzonego postępowania. Zgodnie z załączonymi do niniejszej sprawy zgłoszeniami widniejącymi w wykazie usług – prace powyższe miały cechy remontu, nie przebudowy. Dodatkowo podmiot, na jaki powołuje się Odwołujący w wykazie usług, oświadczył w przedmiotowym dokumencie, iż prace mają charakter remontowy i nie zmieniają parametrów użytkowych ani technicznych.

W zgłoszeniu robót z dnia 9.08.2018 r. w pkt. 1 ppkt. 1) w zakresie LK 62 na km 0,900 do 14,000 podpisanym przez A.Ł. (Prezesa Zarządu Infrasolution Sp. z o.o.) wskazano, iż zakres robót obejmuje :

1/ „[...] remont nawierzchni kolejowej (wymianę podkładów i szyn, wymianę podsypki, podbicie i regulację położenia torów w planie i profilu (nie nastąpi zmiana przebiegu torów, przebudowane tory będą ułożone w śladzie torów istniejących)), a dalej wskazał iż w wyniku wykonanych robót budowlanych nie nastąpi zmiana charakterystycznych parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego tj. kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość. [...]

2/ [...] remont peronów kolejowych - na przystankach osobowych Gajówka i Jeżówka, na peronach przy torze nr 2 zostaną wykonane roboty w zakresie: wymiana nawierzchni na peronie nr 1 w Gajówce (od km 12,412 do km 12,615)

oraz na peronie nr I w Jeżówce (od km 16,795 do km 16,955); wymiany nawierzchni dojeżdż; demontażu i ponownym montażu elementów małej architektury — wiat peronowych, tablic, piktogramów (wyeksploatowane elementy zostaną wymienione na nowe); wymiany słupów oświetleniowych i opraw. [...]

3/ [...] remont sieci elektroenergetycznych - w ramach remontu sieci elektroenergetycznych zostanie wyremontowana sieć trakcyjna w torze nr I i 2 linii kolejowej nr 62 na odcinku od km 12,020 do km 21 ,635 (szlak kolejowy Charsznica — Wolbrom)

W wyniku wykonanych robót budowlanych nie nastąpi zmiana charakterystycznych parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego takich jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość. [...]"

Dowód:

1.e-mail z dnia 17.01.2024 r.

2.zgłoszenie robót budowlanych z dnia 9.08.2018 r. dot. LK nr 62 km 0,900 do 21,635

3.zgłoszenie z dnia 13.03.2023 r.

4.zgłoszenie z dnia 21.11.2022 r.

Tym samym nawet na etapie składania odwołania Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd co do przesłanek spełnienia warunków.

Podnieść należy, iż stanowisko Zamawiającego co do wprowadzenia w błąd Odwołującego jest zasadne.

Wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub którzy zataili te informacje lub nie są w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Mowa tutaj przede wszystkim o sytuacji, w której wykonawca celowo oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności. Złożenie nieprawdziwych informacji polega na rozbieżności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistym stanem rzeczy. Zatem do przyjęcia, że zamawiający został wprowadzony w błąd, wystarczające jest, że sama treść przedstawionych informacji, bez ich szczególnego badania i weryfikacji, prowadziła go do wniosku, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony (por. wyrok KIO 618/17).

Ad. 2 Co więcej Zamawiający zbadał również Odwołującego pod kątem pojęcia zadania inwestycyjnego. Zamawiający podtrzymuje dotychczasowe stanowisko, na podstawie którego po powtórny zbadaniu Odwołującego, nie spełnia on również tej przesłanki.

Zamawiający w pkt. 8.6.1. SWZ nie posłużył się pojęciami takimi jak: „projekt”, „umowa”, „inwestycja”, ale „zadania inwestycyjnego” oraz „ [...] dokumentacji projektowej [...] w oparciu o którą pozyskano ostateczne zgłoszenie robót budowlanych lub decyzję o pozwoleniu na budowę [...]” Pojęcie „zadanie inwestycyjne” nie zostało wprowadzone zdefiniowane w dokumentacji przetargowej, ale potoczne rozumienie oznacza ciąg czynności i działań, prowadzących do realizacji i ukończenia przedsięwzięcia budowlanego. Nie można również interpretować tego pojęcia w oderwaniu od dalszej części zdania, w którym to pojęcie się znalazło, a więc pozyskania ostatecznego zgłoszenia robót budowlanych lub ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę. Nadto podnieść należy, iż jedna dokumentacja miała być opracowana dla jednego zadania inwestycyjnego, natomiast Zamawiający nie uzależnił sporządzenia dokumentacji projektowej z pojęciem „umowy” lub „projektu” (w znaczeniu finansowym).

W interpretacji należy kierować się wykładnią językową, ale nie w oderwaniu od innych sformułowań zawartych w interpretowanym zdaniu. Dodatkowo w cytowanym przez Odwołującego wyroku KIO 432/23 wskazano, iż: „[...] zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 8 maja 1998 r. sygn. I CKN 664/97: "W doktrynie i judykaturze sformułowana została reguła określająca następującą kolejność różnych sposobów wykładni: wykładnia językowa, wykładnia systemowa, wykładnia funkcjonalna (celowościowa). W myśl zasady interpretatio cessat in claris nie zawsze zachodzić będzie jednak konieczność użycia kolejno wszystkich tych sposobów, w szczególności nie będzie potrzeby sięgania po dyrektywy celowościowe, jeżeli już po zastosowaniu dyrektyw językowych, czy też językowych i systemowych, uda się uzyskać właściwy wynik wykładni, to jest ustalić znaczenie interpretowanej normy [...] ". Dlatego też podnieść należy, iż w omawianym wyroku KIO z dnia 3 marca 2023 r. dano prymat wykładni językowej, natomiast nie pominięto potrzeby zastosowania innych wykładni w sytuacji, gdy nie udało się ustalić właściwego wyniku wykładni.

W niniejszej sprawie w związku z wykazem usług objętych pkt. 1 i 2 nie możemy mówić o odrębnych zadaniach inwestycyjnych, nawet biorąc pod uwagę definicję przedstawioną przez Odwołującego na potrzeby niniejszego odwołania.

Zamawiający wskazał, iż powyższe usługi w rzeczywistości dotyczyły nie tylko jednej umowy, ale i zostały wykonane w jednym terminie, tak więc nie stanowiły dwóch odrębnych zadań inwestycyjnych, ale jedną całość pod względem gospodarczym i funkcjonalnym.

Odwołujący na stronie 7 odwołania wskazuje, iż jego zdaniem zadanie inwestycyjne stanowi ograniczona całość gospodarczą zdolną po zakończeniu i przekazaniu do eksploatacji uzyskać określony efekt użytkowy.

W ramach definicji wskazane przez Odwołującego usługi stanowią jednak pojedyncze zadanie inwestycyjne, albowiem tworzą określony efekt użytkowy i stanowią gospodarczą całość. Wskazywana definicja (określona jako wskazywana w „słowniku terminów i skrótów związanych z procesem inwestycyjnym” również w zakresie zadania i przedsięwzięcia inwestycyjnego posługuje się pojęciem zadania inwestycyjnego w szerszym kontekście, co wskazuje na niezasadność stanowiska i zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Odwołujący przyjął również, iż „[...] przyjęliśmy zatem, że jedno zadanie inwestycyjne to takie na które zamawiający może ogłosić osobny przetarg na roboty budowlane [...]”. Podnieść należy, iż Odwołujący błędnie przyjął zadanie w ramach umowy nr 90/106/0111/19/Z/I jako dwie odrębne zadania inwestycyjne, albowiem wykonywane roboty mogły być objęte (i były) jednym postępowaniem przetargowym i stanowiły gospodarczą całość.

W przedstawionym jako dowód nr 4 lit. a) OPZ zamówienia na opracowanie dokumentacji projektowej na rewitalizację LK 288 w pkt. 47 (Definicje) Zamawiający w prowadzonym postępowaniu wskazał, iż Zamówienie/Umowa to zamówienie publiczne, którego przedmiot został w sposób szczegółowy opisany w niniejszym opisie przedmiotu zamówienia. Zgodnie z pkt. 4.1 Ogólny opis przedmiotu zamówienia: Przedmiotem zamówienia jest przygotowanie dokumentacji projektowej w zakresie obejmującym projekt budowlany wraz z kosztorysem inwestorskim i uzyskanie pozwolenia na budowę, niezbędnej dla realizacji przedsięwzięcia pn. „Rewitalizacja linii kolejowych nr 288 Nysa – Brzeg w ramach RPO Województwa Opolskiego na lata 2014-2020”. Natomiast przez dokumentację projektową Zamawiający rozumiał całość dokumentacji niezbędnej do prawidłowej realizacji Zamówienia wraz z uzyskaniem wszelkich niezbędnych decyzji, pozwoleń, technicznych warunków przyłączenia i uzgodnień dotyczących tego Zamówienia. W pkt. 3 przedmiotowego OPZ w zakresie ryzyk wskazywano jako przedmiot zamówienia - jedno zadanie, prowadzone prace winny być prowadzone równolegle, tak więc Zamawiający traktował to jako jedno zadanie inwestycyjne i gospodarczą oraz funkcjonalną całość.

Podnieść również należy, iż Zamawiający ponownie przeanalizował, po wypełnieniu przez Wykonawców wezwań kierowanych do nich, czy Odwołujący spełnia przesłanki udziału w postępowaniu. Trudno więc odnosić się do poprzedniego pisma Zamawiającego, ponieważ stanowisko to straciło na aktualności w świetle okoliczności faktycznych sprawy. Wskazać należy, iż Zamawiający radykalnie nie zmienił swego stanowiska, ale zbadał ponownie przedstawione przez Odwołującego informacje i dokonał ich weryfikacji zgodnie z przepisami.

Reasumując wskazać należy, iż stanowisko Odwołującego uznać należy za bezzasadne.

Załączono: 3.e-mail z 17.01.2024 r. 4.zgłoszenie robót budowlanych z 9.08.2018 r. dot. LK nr 62 km 0,900 do 21,635 5.zgłoszenie z 13.03.2023 r. ,6.zgłoszenie z 21.11.2022 r.

Przystępujący do postępowania po stronie zamawiającego Konsorcjum: RDK Projekt sp. z o.o., Bielany Wrocławskie i Infra-Centrum Doradztwa sp. z o.o.

z/s w Warszawie wniósł o oddalenie odwołania.

Strony i uczestnik przedstawili stanowiska do protokołu na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie uwzględniwszy dokumentację postępowania przedstawioną przez zamawiającego oraz rozważywszy stanowiska stron i uczestnika stwierdziła, co następuje.

Oczywisty jest interes odwołującego w rozumieniu art. 505 ustawy pzp zainteresowanego udzieleniem mu zamówienia w wyniku przywrócenia do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił w swym odwołaniu naruszenie przez Zamawiającego:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp tj. błędne przyjęcie, że Odwołujący podlega wykluczeniu a jego oferta odrzuceniu bowiem w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził

Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) Ustawy Pzp poprzez błędną ocenę i przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej informacji z dnia 15.04.2024 r. wskazał, iż oferta odwołującego podlegała odrzuceniu bowiem oferta została złożona przez Wykonawcę wykluczonego z postępowania, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ponadto, a w istocie, przede wszystkim, zamawiający uznał, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Ustalono, iż w dniu 3 stycznia 2024 zamawiający wezwał Wykonawcę Databout Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień dotyczących poprawności uzupełnienia wykazu dokonań w zakresie inwestycji wskazanych w pkt. 3 i 4 wykazu, a w przypadku, gdy podane w wykazie wykonanych usług informacje są nieprawidłowe, do poprawienia wykazu.

W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie Wykonawca Databout Sp. z o. o., złożył wyjaśnienia oraz poprawiony wykaz wykonanych usług. Po dokonaniu analizy przedstawionych wyjaśnień oraz załączonych dokumentów i stwierdzono, iż Wykonawca w wykazie usług składanym na potrzeby weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykazał doświadczenie podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby – Infrasolution Sp. z o. o. w ramach zadań:

Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych na odcinku Tunel - Charsznica – Wolbrom w ramach projektu pn. „Prace na liniach kolejowych nr 62,660 na odcinku Tunel – Bukowno – Sosnowiec Płd.”

Zgłoszenie robót dla wskazanego zadania miało miejsce dnia 9 sierpnia 2018 r., a więc, w okresie wykraczającym poza postawiony w postępowaniu warunek wykazania wykonania 2 dokumentacji projektowych (każda dokumentacja dla odrębnego zadania inwestycyjnego) w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert w oparciu o które pozyskano ostateczne zgłoszenie robót budowlanych lub decyzję o pozwoleniu na budowę obejmujących budowę lub przebudowę infrastruktury kolejowej, w tym po minimum

8 kilometrów nawierzchni kolejowej na linii jedno lub dwutorowej dla każdego projektu (...). Ponadto Wykonawca w kolumnie 6 „Przedmiot wykonywanych usług” dla wskazanej pozycji, wskazał, iż opracowanie dotyczyło przebudowy około 20 kilometrów nawierzchni kolejowej na linii jednotorowej, co w ocenie zamawiającego stanowiło wprowadzenie go w błąd, bowiem zgodnie ze zgłoszeniem z dnia 09.08.2018 r. wskazana dokumentacja dotyczyła wykonania remontu nawierzchni kolejowej oraz sieci trakcyjnej.

Zaprojektowanie i wykonanie robót na odcinku Jaroszewiec Olkusi – Olkusz – Bukowno w ramach projektu pn. „Prace na liniach kolejowych nr 62, 660 na odcinku Tunel – Bukowno – Sosnowiec Płd”.

Ponadto w kolumnie 6 „Przedmiot wykonywanych usług” dla wskazanej pozycji, wskazał, iż opracowanie dotyczyło przebudowy około 14 kilometrów nawierzchni kolejowej na linii dwutorowej, a jak stwierdził zamawiający, zgodnie ze zgłoszeniem z dnia 21 listopada 2022 r. wskazana dokumentacja dotyczyła wykonania remontu torów kolejowych, remontu sieci trakcyjnej oraz remontu urządzeń SRK, elektroenergetycznych oraz telekomunikacyjnych.

Powyższe doprowadziło zamawiającego do wniosku, że wykonawca Databout Sp. z o. o. podlega wykluczeniu z postępowaniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, bowiem w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiający dalej wskazał, iż Wykonawca w wykazie usług składanym na potrzeby weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykazał doświadczenie podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby: Infra – Projekt Sp. z o. o. w ramach zadań:

Remont, przebudowa oraz rozbudowa linii kolejowej nr 288 od km 0,236 do km 26,453 w ramach umowy pn.: Opracowanie dokumentacji projektowej w zakresie obejmującym projekt budowlany wraz z kosztorysem inwestorskim oraz pozwolenie na budowę na roboty budowlane dla zadania: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 288 Nysa – Brzeg” w ramach RPO województwa opolskiego na lata 2014 – 2020 r.”

Remont, przebudowa oraz rozbudowa linii kolejowej nr 288 od km 27,638 do km 47,631 w ramach umowy pn.: Opracowanie dokumentacji projektowej w zakresie obejmującym projekt budowlany wraz z kosztorysem inwestorskim oraz pozwolenie na budowę na roboty budowlane dla zadania: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 288 Nysa – Brzeg” w ramach RPO województwa opolskiego na lata 2014 – 2020 r.”

Zamawiający stwierdził, że powyższe prace na linii 288 wykonywane były w ramach jednej umowy, w tym samym terminie, zatem nie spełniony został wymóg opracowania 2 dokumentacji projektowych dotyczących odrębnych zadań inwestycyjnych.

Tym samym wskazane doświadczenie nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Wykonawcy.

Analizując powyższe okoliczności skład orzekający uznał, że stanowisko zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie ze względów, jak poniżej.

W zakresie terminu realizacji usług wskazanych w poz. 3 wykazu.

Wykonawca w wykazie usług składanym na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykazał doświadczenie podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby – Infracolution Sp. z o. o. w ramach zadań:

- Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych na odcinku Tunel - Charsznica – Wolbrom w ramach projektu pn. „Prace na liniach kolejowych nr 62,660 na odcinku Tunel – Bukowno – Sosnowiec Płd.”

Potwierdzić należy, że w niniejszym przypadku zgłoszenie zamiaru rozpoczęcia robót budowlanych nie wymagających pozwolenia na budowę dla wskazanego zadania miało miejsce w dniu 9 sierpnia 2018 r., a więc w okresie wykraczającym poza postawiony w postępowaniu warunek. Termin ten jednak pozostaje bez znaczenia dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z warunkiem udziału w postępowaniu określonym w pkt 8.2.3 Instrukcji dla wykonawców wymagane było wykazanie przez Wykonawcę „wykonania w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 2 opracowań dokumentacji projektowych (każda dokumentacja dla odrębnego zadania inwestycyjnego) w oparciu o które pozyskano ostateczne zgłoszenie robót budowlanych lub decyzję o pozwoleniu na budowę obejmujących budowę lub przebudowę infrastruktury kolejowej, w tym po minimum 8 km nawierzchni kolejowej na linii jedno lub dwutorowej dla każdego projektu, z podaniem wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy usługa została wykonana należycie”.

Abstrahując od stwierdzenia w SWZ o pozyskaniu ostatecznego zgłoszenia robót budowlanych jest wadliwe, jako że zgłoszenie jest czynnością inwestora dokonaną wobec organu administracji architektoniczno budowlanej, a w jej wyniku nie następuje żadne „pozyskanie”, istotne jest zauważenie, iż we wskazanym warunku jest mowa o „wykonaniu w okresie ostatnich 5 (pięciu) (...) „co najmniej 2 opracowań dokumentacji projektowych”. W warunku nie ma mowy o terminie zgłoszenia robót. Termin odnosi się zatem, co jest zrozumiałe, do terminu wykonania dokumentacji projektowej, a nie terminu zgłoszenia zamiaru rozpoczęcia robót budowlanych nie wymagających pozwolenia na budowę. Można zauważyć, że zgodnie z prawem budowlanym zarówno remont, jak i przebudowa, w określonym przepisami zakresie, mogą być wykonywane właśnie na podstawie zgłoszenia. Co więcej dokumentacja projektowa nie musi, a w sprawie ocenianej, nie stanowiła załącznika do zgłoszenia, na co wyraźnie wskazuje treść zgłoszenia w którym wymienione są załączniki – a wśród nich „plan sytuacyjny z naniesioną lokalizacją planowanych robót” a nie dokumentacja projektowa. Izba uznała za udowodnione, że zgłoszenie robót dla zadania miało wprawdzie miejsce w dniu 09.08.2018 r., jednakże dokumentacja została wykonana w październiku 2018 r., a odebrana w dniu 10.12.2018 r., co oznacza, iż usługę wykonano w granicach limitu czasowego ustalonego przez zamawiającego. Protokół odbioru dokumentacji pomiędzy Infracolution a Skanska z dnia 10.12.2018 r. uznano za dowód w tym zakresie.

Można przy tym zauważyć, że we wzorze tabeli opracowanej przez Zamawiającego w rubryce „Termin” jest mowa odpowiednio o „rozpoczęciu realizacji zamówienia (miesiąc/ rok) oraz „Zakończenia realizacji zamówienia (miesiąc/ rok), a nie dacie zgłoszenia robót. Tym samym odwoływanie się przez Zamawiającego do daty zgłoszenia przy ocenie terminu wykonania usługi nie znajduje uzasadnienia w treści warunku udziału w postępowaniu.

Argumentacja Zamawiającego, iż dokumentacja ta nie mogła być podstawą zgłoszenia w ocenie składu orzekającego wynika li tylko z ustalenia, iż nie była ona opracowana przed zgłoszeniem.

W ocenie składu orzekającego wniosek ten jest tylko w części uzasadniony, gdyż jak stwierdził sam Zamawiający podstawą zgłoszenia mogły być rysunki i inne wstępne założenia, które następnie zostały rozbudowane w dokumentacji projektowej. W sprawie nie budziło sporu, iż zgłoszenie dotyczyło wykonania robót, które realizowane miały być na

podstawie wykonanej dokumentacji projektowej.

W toku wyjaśnień składanych na rozprawie ustalono z udziałem Zamawiającego, iż nie ma on żadnej wiedzy w zakresie istnienia innej dokumentacji projektowej dla przedmiotowej inwestycji. Dalsze rozważania co do uznania takiego zgłoszenia za prawidłowe, w świetle ustawy Prawo budowlane, nie miały w ocenie Izby znaczenia dla oceny, czy wskazana w wykazie dokumentacja została sporządzona w okresie ostatnich 5 lat, a to ta kwestia miała wskazywać na wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Co istotne w sprawie Zamawiający nie dokonał pełnej oceny doświadczenia wskazanego w wykazie uznając, iż został wprowadzony w błąd co do części doświadczenia, którego nie oceniła, co wynika z zawiadomienia o odrzuceniu oferty. Przed zakończeniem oceny merytorycznej całości wskazanego doświadczenia przez Zamawiającego, rozstrzygnięcie w tej materii na gruncie niniejszego odwołania wykraczałoby poza zakres zarzutu i okoliczności wynikających z czynności podjętych w postępowaniu, które doprowadziły do odrzucenia oferty Odwołującego.

W zakresie rodzaju usług wskazanych w poz. 3 i 4 wykazu usług referencyjnych stwierdza się, że usługa wskazana w poz. 3 dotyczyła, zgodnie z oświadczeniem „Przedmiot wykonywanych usług” przebudowy około 13 kilometrów nawierzchni kolejowej na linii dwutorowej (a nie jak wskazał zamawiający 20 km). Rzeczywiście w zgłoszeniu z dnia 9 sierpnia 2018 r. wpisano remont nawierzchni kolejowej oraz sieci trakcyjnej, znaczenie ma jednakże rzeczywisty zakres i rodzaj prac, który prowadzi do wniosku, iż usługa dotyczy przebudowy. Analogicznie usługa wskazana w poz. 4, gdzie w kolumnie 6 „Przedmiot wykonywanych usług” dla wskazanej pozycji, wpisano przebudowa, zaś w zgłoszeniu z dnia 21.11.2022 r. wskazano, że dokumentacja dotyczyła wykonania remontu torów kolejowych, remontu sieci trakcyjnej oraz remontu urządzeń SRK, elektroenergetycznych oraz telekomunikacyjnych ale nazwa ta miała charakter roboczy.

Wniosek, iż w obu wypadkach przedmiotem była przebudowa, świadczy pobieżna analiza faktycznie wykonanej dokumentacji, a w konsekwencji zakres pracy na podstawie tej dokumentacji wykonywanych.

W przypadku projektu dla linii kolejowej nr 62 (usługa wskazana w pozycji nr 3) zgodnie z projektem budowlano-wykonawczym dokonano zmian geometrii poziomej i pionowej układu torowego oraz dostosowania do nacisku 221kN/oś.

Usługa wskazana w pozycji nr 4 obejmująca projekt dla linii kolejowej nr 62 na odcinku od km 35,933 do km 44,000 zgodnie z dokumentacją projektową przewidywała dostosowanie do prędkości 120km/h oraz nacisku 221kN/oś oraz zmiany niwelety toru.

W obydwu przypadkach są to prace wykraczające poza definicję remontu zawartą w art. 3 ust 7a ustawy Prawo Budowlane przez przebudowę – należy przez to 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.

Z kolei remont stosownie do art. 3 ust 8 Prawa Budowlanego to wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.

Stosownie art. 29 ustawy zgłoszenia robót wymaga zarówno przebudowa jak i remont torów kolejowych zatem wpisanie w zgłoszeniu słowa remont pozostaje bez wpływu na jego ważność nawet jeżeli potem z zakresu prac ewidentnie wynika, że ich charakter kwalifikuje się jako przebudowa (zgodnie z definicją w Ustawie Prawo Budowlane).

W świetle powyższych faktów odwołujący miał prawo wskazać, że projekty obejmowały przebudowę nawierzchni kolejowej, gdyż na skutek prac nastąpiła zmiana parametrów użytkowych lub technicznych w postaci zwiększenia prędkości w stosunku do pierwotnej, co wykraczało poza ustawową definicję remontu, który polega na odtworzeniu stanu pierwotnego z ewentualnym wykorzystaniem innych materiałów.

Można bowiem zauważyć, która to okoliczność nie została zaprzeczona, że dla linii kolejowej nr 62 na odcinku wskazanych wyżej odcinkach maksymalna prędkość pociągów wynosiła 100 km/h i nie było to spowodowane zużyciem infrastruktury czy też awariami ale wynikało wprost z geometrii toru, która nie pozwalała na poruszanie z prędkością 120 km/h. Stan istniejący nawierzchni w zakresie dopuszczalnej prędkości rozkładowej został również przedstawiony przez Zamawiającego w PFU dla usługi wskazanej w pozycji nr 4. Pkt. 2.2.2.1 PFU, dla toru nr 1 jest to 40km/h natomiast dla toru nr 2 – 100km/h.

Oznacza to, że nastąpiła przebudowa – zmieniono parametry techniczne lub użytkowe. Podkreślić należy, iż to

faktycznie zrealizowane prace, a nie nazwy robocze decydują o kwalifikacji usługi i jej charakterze, tym bardziej że w niniejszym przypadku Odwołujący opisał faktycznie wykonany zakres usług.

Dla usługi w pozycji nr 3 zapisano w pkt 3.1: „Realizacja zamówienia ma na celu osiągnięcie następujących parametrów eksploatacyjnych oraz cech użytkowych zgodnych z przyjętą kategorią linii wg. TSI: 1) Kategoria linii wg. TSI P5/F3; 2) Prędkość maksymalna dla: pociągów pasażerskich – 120 km/h; pociągów towarowych – 80 km/h;” ponadto dalej w tym samym punkcie widnieje zapis: „W wyniku realizacji przedmiotu zamówienia w oparciu o zatwierdzoną przez Zamawiającego dokumentację projektową wymagane jest osiągnięcie projektowych parametrów linii kolejowej (w miarę możliwości korektę położenia osi torów, celem uzyskania jak najwyższej prędkości maksymalnej), podstawowo poprzez usunięcie przyczyn istniejących ograniczeń w zakresie maksymalnej prędkości pociągów”.

Oznacza to, że osiągnięcie prędkości 120km/h było dopiero efektem przedmiotowego projektu, a nie stanem istniejącym. Tym samym opracowania dotyczyły „przebudowy” a nie „remontu”.

Biorąc pod uwagę treść dokumentacji technicznej w oparciu o którą Odwołujący wypełniał wykaz usług, a która wyraźnie potwierdza, że w obu przypadkach mamy do czynienia z „przebudową”, zarzut Zamawiającego o wprowadzeniu w błąd uznać należy za nieprawidłowy.

W zakresie zarzutu wykonania usług wskazanych w poz. 1 i 2 wykazu w ramach jednej umowy i wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia:

„wykonania w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 2 opracowań dokumentacji projektowych (każda dokumentacja dla odrębnego zadania inwestycyjnego) w oparciu o które pozyskano ostateczne zgłoszenie robót budowlanych lub decyzję o pozwoleniu na budowę obejmujących budowę lub przebudowę infrastruktury kolejowej, w tym po minimum 8 kilometrów nawierzchni kolejowej na linii jedno lub dwutorowej dla każdego projektu, z podaniem wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy usługa została wykonana należycie”

Usługi wskazane na potrzeby weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu realizowane przez podmiot trzeci udostępniający zasoby – Infra – Projekt Sp. z o. o. tj.:

(poz. 1 wykazu) Remont, przebudowa oraz rozbudowa linii kolejowej nr 288 od km 0,236 do km 26,453 w ramach umowy pn.: Opracowanie dokumentacji projektowej w zakresie obejmującym projekt budowlany wraz z kosztorysem inwestorskim oraz pozwolenie na budowę na roboty budowlane dla zadania: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 288 Nysa – Brzeg” w ramach RPO województwa opolskiego na lata 2014 – 2020r.”

(poz. 2 wykazu) Remont, przebudowa oraz rozbudowa linii kolejowej nr 288 od km 27,638 do km 47,631 w ramach umowy pn.: Opracowanie dokumentacji projektowej w zakresie obejmującym projekt budowlany wraz z kosztorysem inwestorskim oraz pozwolenie na budowę na roboty budowlane dla zadania: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 288 Nysa – Brzeg” w ramach RPO województwa opolskiego na lata 2014 – 2020r.”

Niesporne jest, że wymienione usługi były wykonane w ramach jednej umowy.

Jednakże zauważyć należy, iż w żadnym punkcie SWZ zamawiający nie postawił zakazu zgodnie z którym wykazywane usługi miały być wykonane w ramach osobnych umów. W warunku jest mowa o „odrębnych zadaniach inwestycyjnych” a nie „odrębnych umowach” jak następnie w toku postępowania twierdzą zamawiający i przystępujący. Istotą jest ocena, czy w tym zakresie mamy do czynienia z dwoma zadaniami inwestycyjnymi. W ocenie składu orzekającego nie ma przeszkód do takiego stwierdzenia.

Ponadto podkreślić należy, iż w żadnym punkcie złożonego wykazu odwołujący nie twierdził, że niniejsze usługi zostały wykonane w ramach odrębnych umów.

Tym samym zarzut o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd jest chybiony, co potwierdza treść złożonego wykazu usług.

W niniejszym przetargu dopuszczalne zatem było przyjęcie, że jedno zadanie inwestycyjne to takie, na które zamawiający może ogłosić osobny przetarg na roboty budowlane, co miało miejsce w niniejszym przypadku bowiem dla każdego z wykazanych odcinków (poz. 1 i 2 wykazu usług) uzyskano osobne pozwolenia na budowę w różnych terminach i można je realizować niezależnie (nawet same wnioski o pozwolenia i dokumentacja projektowa były składane niezależnie w różnych terminach).

Powyższe przeczy stanowisku zamawiającego, że ww. usługi nie spełniają warunku udziału w postępowaniu, gdyż sam

zamawiający żądał aby dokumentacja projektowa była wykonana w sposób umożliwiający jej realizację w ramach odrębnych zadań, co zostało przez projektanta zrealizowane. Zadania są niezależne i można je realizować odrębnie. Spełniony jest zatem warunek zgodnie z którym „każda dokumentacja dla odrębnego zadania inwestycyjnego”.

W konsekwencji za niezasadne należało uznać zarzuty Zamawiającego, że wykazane usługi w poz. 1 i 2 wykazu nie spełniają warunku udziału w postępowaniu, a odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd.

Mając powyższe na uwadze, odwołanie zostało uwzględnione wobec stwierdzenia uchybień w czynnościach zamawiającego dokonującego oceny oferty odwołującego w zakresie spełnienia postawionych warunków udziału w postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....