

WYROK

Warszawa, dnia 24.02.2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Katarzyna Paprocka

Aleksandra Patyk

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lutego 2025 r. przez wykonawcę COLAS RAIL POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy NDI S.A. z siedzibą w Sopocie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawcę COLAS RAIL POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy COLAS RAIL POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku na rzecz zamawiającego Zarządu Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni kwotę 4056,30 zł (cztery tysiące pięćdziesiąt sześć złotych trzydzieści groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika i dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby.
- 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.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „ustawą Pzp”, na realizację zadania pn.: „Budowa terminalu intermodalnego na terenie Centrum Logistycznego Portu Gdynia”, numer referencyjny: MZ - 612/SWZ - 31/JC/2-24.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.10.2024 r., numer ogłoszenia: 634113-2024, numer wydania Dz.U. S: 205/2024. Wartość zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 7 lutego 2025 roku wykonawca COLAS RAIL POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (zwany dalej „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego skutkujących bezzasadnym odrzuceniem oferty odwołującego, a w konsekwencji wadliwym uznaniem za najkorzystniejszą oferty NDI S.A.,

podczas gdy to oferta odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 oraz 116 ust. 1 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż spełnia on warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit a) SWZ i złożył wymagane podmiotowe środki dowodowe wskazane w SWZ potwierdzające posiadanie wymaganego doświadczenia;
- 2) art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 70¹ § 4 Kodeksu cywilnego przez odejście w toku badania i oceny ofert od ustalonej przez siebie treści ogłoszenia i SWZ, co godzi w zasadę przejrzystości i prowadzi do nadania warunkowi udziału w postępowaniu charakteru nieproporcjonalnego, a więc narusza art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp;
- 3) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez uznanie za najkorzystniejszą oferty wykonawcy NDI S.A. pomimo tego, że gdyby oferta odwołującego nie została odrzucona, to powinna być uznana za najkorzystniejszą.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty NDI S.A. i czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oceny oferty odwołującego jako nie podlegającej odrzuceniu zgodnie z przepisami Pzp oraz postanowieniami SWZ.

Uzasadnienie zarzutów:

Odwołujący podnosił, że zamawiający odrzucił jego ofertę ze względu na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, tj. brak wykazania wymaganego doświadczenia. Zdaniem odwołującego spełnia on ten warunek, zaś podstawą odrzucenia jego oferty jest dokonana przez zamawiającego niewłaściwa interpretacja tego warunku, naruszająca przepisy wskazane w odwołaniu, tj. art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 70¹ § 4 k.c. Wskutek tego naruszenia i w konsekwencji bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego - doszło także do naruszenia przepisu art. 239 ustawy Pzp, tj. wyboru oferty NDI S.A. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że w rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu dotyczący wymaganego doświadczenia wykonawcy w brzmieniu:

„Wykonawca spełni warunek jeśli wykaże że: w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną budowę, przebudowę lub remont (w rozumieniu ustawy – Prawo budowlane) nawierzchni drogowo-kolejowej o długości min. 300 mb toru”. Jednocześnie poniżej (po opisanu warunków w zakresie zdolności technicznej i zawodowej) zamieścił objaśnienie o treści:

„Zamawiający uzna za spełniony warunek określony w ust. 2 pkt 4) lit. a) i b) także w przypadku, jeżeli Wykonawca złoży dokumenty potwierdzające, że wykonał ww. roboty budowlane w jednym zadaniu wraz z podaniem ich wartości, miejsca i dat ich wykonania, a także dołączy dokumenty potwierdzające wykonanie tychże robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego ich ukończenia”.

Odwołujący wskazał, że celem wykazania spełnienia warunku złożył podmiotowe środki dowodowe, potwierdzające spełnienie warunku doświadczenia ustalonego w SWZ. Potwierdziły one bowiem:

- (1) wykonanie więcej niż jednej budowy (w warunku wskazano „wykonał co najmniej jedną”),
- (2) budowy te były wykonane w okresie ostatnich 10 lat zgodnie z treścią warunku,
- (3) obejmowały łącznie roboty polegające na budowie nawierzchni kolejowo – drogowej na długości większej niż 300 mb toru.

Odwołujący wyjaśnił przy tym, że stan faktyczny - jak wynika z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego - nie jest sporny. Zamawiający przyznaje, że ze złożonych podmiotowych środków dowodowych wynika wykonanie robót w zakresie w nich przedstawionym, tj. wykonanie nawierzchni drogowo-kolejowej na łącznej długości powyżej 300 mb toru. Jednakże w ocenie zamawiającego, SWZ przesądza o tym, iż celem spełnienia warunku, długość zrealizowanej nawierzchni drogowo-kolejowej i toru powinna wynosić 300 mb w ramach jednej budowy. Brak takiego doświadczenia odwołującego legł u podstaw odrzucenia jego oferty.

W ocenie odwołującego zamawiający dokonując takiej wykładni warunku udziału w postępowaniu wykroczył poza treść SWZ i ustalone przez siebie postanowienia, którymi jest związany. Z żadnego bowiem z postanowień SWZ nie wynika, iż wymagana celem spełnienia warunku robota o długości 300 mb nawierzchni i toru ma być zrealizowana w ramach jednej budowy. W dalszej kolejności odwołujący powołał się na następującą argumentację w tym zakresie.

Po pierwsze - w sytuacji, w której dla spełnienia warunku konieczne byłoby osiągnięcie tej długości w ramach jednej budowy – całkowicie nieracjonalne byłoby wskazywanie w treści warunku w SWZ, że doświadczenie opisane w treści

warunku można nabyć wykonując „co najmniej jedną budowę”.

Po drugie - zamawiający w cytowanym wyżej postanowieniu, objaśniającym jak odczytywać m. in. sporny warunek z rozdziału IX ust. 2 pkt 4) lit. a), dotyczący doświadczenia wskazał, że uzna za spełniony „warunek określony w ust. 2 pkt 4) lit. a) i b) także w przypadku, jeżeli Wykonawca złoży dokumenty potwierdzające, że wykonał ww. roboty budowlane w jednym zadaniu...”. Powyższe oznacza, że spełnienie warunku „w jednym zadaniu” nie było konieczne. Było ono dopuszczalne, ale nie był to jedyny możliwy sposób wykazania się wymaganym doświadczeniem. Co więcej, zamawiający uznał za celowe objaśnienie właśnie tego, że dopuszcza doświadczenie w ramach jednego zadania, co oznacza, że doświadczenie zdobyte w więcej niż jednym zadaniu stanowi podstawowy sposób wykazania się doświadczeniem.

Po trzecie - wniosek wysnuwany z SWZ przez zamawiającego, wbrew treści SWZ, o konieczności nabycia doświadczenia w ramach jednego zadania stoi w sprzeczności z zasadą proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu, gdyż całkowicie abstrahuje od tego jakie doświadczenie jest konieczne dla wykonania nabywanego zamówienia. Mianowicie, w ramach OPZ przewidziano wykonywanie robót budowlanych na nawierzchni drogowo – kolejowej wraz z torem o długości 96 mb. Zdaniem odwołującego, odczytywanie warunku w taki sposób, że wymagane doświadczenie to roboty na długości ponad 300mb takiej nawierzchni i toru w ramach jednej budowy jest oczywiście sprzeczne z zasadą proporcjonalności.

W dalszej kolejności odwołujący podnosił, że nawet gdyby przyjąć, że nabycie doświadczenia w wykonaniu budowy, przebudowy lub remontu miało mieć miejsce w ramach jednej realizacji na nawierzchni drogowo - kolejowej o długości toru min 300 mb, to także wówczas brak jest podstaw do twierdzenia, że odwołujący tego warunku nie spełnia. Zdaniem odwołującego, warunek ten z racji swojej niejasności nie może być odczytywany tak, że „300 mb” to wskaźnik długości nawierzchni „drogowo – kolejowej”, lecz że ta wielkość odnosi się do długości toru. Jednocześnie tor ten winien przebiegać po nawierzchni drogowo – kolejowej, ale nie oznacza to, że musi przebiegać na całej wymaganej długości (300mb) przez nawierzchnię dwufunkcyjną.

Zdaniem odwołującego, „nawierzchnia drogowo – kolejowa”, to pojęcie niezdefiniowane i może być odczytywane zarówno tak, jak czyni to zamawiający – jako nawierzchnia dwufunkcyjna na każdym metrze swojej długości, ale może być rozumiana również tak, że na określonej liczbie metrów jest to nawierzchnia drogowa, a na drugim odcinku – nawierzchnia kolejowa. I łączna długość toru na takiej nawierzchni – w części drogowej, a w części kolejowej (czyli łącznie drogowo – kolejowej) musi osiągnąć 300 mb.

Odwołujący stwierdził, że potwierdzenie spełniania tak rozumianego warunku znajduje się w podmiotowych środkach dowodowych (referencja wystawiona przez zamawiającego – Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z dnia 20 lutego 2024 r). W referencji tej w punkcie 3 dotyczącym toru nr 37 jest ujęta realizacja robót budowlanych na nawierzchni drogowo -kolejowej z ponad 300 mb toru. Długość nawierzchni drogowej to w tym przypadku 196 mb, zaś torowej 651 mb.

Dalej odwołujący podnosił, że dokonując wykładni warunku nie można dojść do wniosku, że w sposób jasny nakazuje on wykazanie się doświadczeniem w nim opisanym zdobytym w ramach jednej budowy. Zdaniem odwołującego jest przeciwnie – warunek bowiem wprost dopuszcza posłużenie się doświadczeniem, które łącznie (poprzez np. nabycie w ramach dwóch budów) osiąga wymaganą skalę. Gdyby jednak nawet przyjąć, że warunek jest niejasny, to do jego wykładni trzeba przyjąć wykładnię wynikającą z orzecnictwa SN i zasady „*in dubio contra proferentem*” i dostrzegając brak precyzji warunku - powinno to skutkować zastosowaniem rozszerzającej wykładni, tj. przyjęcia że warunek obejmuje też takie doświadczenie, które polega na uzyskaniu doświadczenia rzeczowo zgodnego z SWZ, ale w częściach (więcej niż jednym zadaniu). Odwołujący w tym zakresie powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 października 2019 r., sygn. akt: KIO 1905/19 oraz z dnia 25 listopada 2020 r., sygn. akt: KIO 2863/20. Zatem, niejasność taka winna skutkować obowiązkiem uznania warunku za spełniony, jeśli w więcej niż jednym zamówieniu w ciągu ostatnich 10 lat wykonawca wybudował/przebudował/wyremontował w każdym z nich nawierzchnię drogowo – kolejową a łącznie długość toru i nawierzchni osiągnęła min. 300 mb.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił jak w *petitum* odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest kompleksowe wykonanie robót budowlanych obejmujących budowę *terminalu intermodalnego na terenie Centrum Logistycznego Portu Gdynia* wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie (Rozdział IV ust. 1 SWZ).

W Rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit. a) i b) SWZ zamawiający wskazał, że:

„O udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

4) zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:

a) w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną budowę, przebudowę lub remont (w rozumieniu ustawy – Prawo budowlane) nawierzchni drogowo-kolejowej o długości min. 300 mb toru;

b) w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną budowę, przebudowę lub remont (w rozumieniu ustawy – Prawo budowlane) nawierzchni drogowej w technologii betonu wylewanego „na mokro” o powierzchni min. 5000 m²;

Pod opisem warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej (także w pkt 4 ust. 2 Rozdziału IX SWZ) zamawiający wskazał:

„Zamawiający uzna za spełniony warunek określony w ust. 2 pkt 4) lit. a) i b) także w przypadku, jeżeli Wykonawca złoży dokumenty potwierdzające, że wykonał ww. roboty budowlane w jednym zadaniu wraz z podaniem ich wartości, miejsca i dat ich wykonania, a także dołączy dokumenty potwierdzające wykonanie tychże robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego ich ukończenia.”

Pismem z dnia 29.11.2024 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym do złożenia aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych określonych w Rozdziale XI SWZ.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący złożył m.in. Wykaz robót budowlanych, w którym w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w Rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ powołał się na następujące inwestycje:

1) Wykonanie robót budowlanych w ramach projektu inwestycyjnego „Rozbudowa dostępu kolejowego do zachodniej części Portu Gdynia – przebudowa i elektryfikacja” na podstawie dokumentacji projektowej pn. „Przebudowa i elektryfikacja zewnętrznego układu torowego Intermodalnego Terminalu Kolejowego oraz toru dojazdowego nr 38 w Porcie Gdynia wraz z budową urządzeń sterowania ruchem kolejowym”

- budowa i przebudowa nawierzchni drogowo-kolejowej o długości 214 mb toru wykonane na rzecz Zarządu Morskiego Portu Gdynia S.A.;

2) „Przebudowa układów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii kolejowej E 59 odcinek Słonice-Choszczno w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E 59 na odcinku Poznań Główny - Szczecin Dąbie”

- przebudowa nawierzchni drogowo-kolejowej o długości 98,4 mb toru wykonana na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.;

3) Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. „Prace na linii kolejowej nr 30 Łuków - Lublin Północny na odcinku Łuków – Parczew” w ramach Projektu „Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk - na odcinku Warszawa - Otwock - Dęblin – Lublin, etap I”

- przebudowa nawierzchni drogowo-kolejowej o długości 219 mb toru wykonana na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

Pismem z dnia 30.12.2024 r. zamawiający – na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp - wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących m.in. podmiotowych środków dowodowych złożonych celem potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wskazując:

„zgodnie z Rozdziałem IX ust. 2 pkt 4) lit a) Specyfikacji Warunków Zamówienia, Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną budowę, przebudowę lub remont (w rozumieniu ustawy – Prawo budowlane) nawierzchni drogowo-kolejowej o długości min. 300 mb toru. Po zapoznaniu się z treścią załączonych referencji wystawionych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. oraz przez Zamawiającego, nie wynika spełnienie powyższego warunku przez Wykonawcę. Zamawiający żąda złożenia wyjaśnień poprzez wskazanie lub doprecyzowanie w ramach przedstawionych dowodów w zakresie robót, które potwierdzają spełnienie wymaganego przez Zamawiającego warunku lub dołączenie dowodów na spełnienie warunku, o którym mowa powyżej”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie w piśmie z dnia 3.01.2025 r. odwołujący wyjaśnił m.in., że:

„Wskazany w Rozdziale IX ust. 2 pkt 4) lit a) SWZ warunek jako sumowalny [co najmniej jedną] zostaje spełniony jeśli w wykazanych zamówieniach [jedno lub kilka] w ciągu ostatnich 10 lat Wykonawca wybudował lub przebudował lub wyremontował nawierzchnię drogowo-kolejową, a łączna [sumaryczna] długość toru na tej nawierzchni w ramach wykazanych zamówień osiągnęła min. 300 mb. Wykonawca złożył Zamawiającemu referencje stanowiące dowód należytego wykonania oraz odbioru robót, jednocześnie przekazał wykaz, który określa w ramach których zadań była realizowana nawierzchnia drogowo-kolejowa i jaka była łączna długość toru w tej nawierzchni.

Wykonawca zwraca uwagę, iż brak jest legalnej definicji pojęcia „nawierzchnia drogowo-kolejowa”. O ile wiadomo czym jest nawierzchnia drogową zdefiniowaną w § 4 pkt 11) rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 24 czerwca 2022 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych, wiadomo także czym jest nawierzchnia kolejowa zdefiniowana w § 3 pkt 6) rozporządzenia MTiGM z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie - to definicje te nie dają łącznie definicji „nawierzchni drogowo-kolejowej”. Zgodnie zatem z zasadą „in dubio contra proferentem” nawierzchnia drogowo-kolejowa może być rozumiana jako nawierzchnia dwufunkcyjna (drogowa i kolejowa łącznie) lub jako nawierzchnia, na którą składają się dwie odrębnie występujące nawierzchnie (odrębnie drogową i odrębnie kolejową), z których każda wypełnia tylko jedną, własną funkcję. Możliwe jest zatem przyjęcie, że warunek obejmuje też takie doświadczenie, które polega na budowie nawierzchni drogowej i kolejowej o niedookreślonej powierzchni i toru który niezależnie od posadowienia (na nawierzchni dwufunkcyjnej lub tylko kolejowej) ma długość 300 mb lub więcej. (...)”.

Pismem z dnia 31.01.2025 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez wykonawcę NDI S.A. z siedzibą w Sopocie oraz o odrzuceniu oferty odwołującego.

Oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp. Zdaniem zamawiającego odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, dotyczącego wykonania należyście co najmniej jednej budowy, przebudowy lub remontu (w rozumieniu ustawy – Prawo budowlane) nawierzchni drogowo-kolejowej o długości min. 300 mb toru. Wykonawca przedstawił bowiem dokumenty poświadczające wykonanie robót z trzech zadań inwestycyjnych, ale w żadnym zadaniu nie wykonał robót spełniających powyższy warunek (w dokumentach przedstawił wykonanie nawierzchni drogowo-kolejowej o długościach 214 mb, 98,4 mb oraz 219 mb). Długość 300mb powinna zostać wykonana w ramach jednej budowy.

Powyższą czynność zamawiającego, zakwestionował odwołujący wnosząc odwołanie w dniu 7.02.2025 r., będące przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia.

W dniu 13.02.2025 roku wykonawca NDI S.A. z siedzibą w Sopocie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawcy spełnia wymagania określone w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W dniu 21.02.2025 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Także w dniu 21.02.2025 r. uczestnik postępowania odwoławczego złożył pismo procesowe, zawierające jego stanowisko w sprawie.

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

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.

W szczególności Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w części dotyczącej zarzutu wskazanego w pkt 2 odwołania, tj. dotyczącego naruszenia zasady przejrzystości i nieproporcjonalności spornego warunku udziału w postępowaniu, jako spóźnionego. Zdaniem zamawiającego tak sformułowany zarzut jest *de facto* zarzutem do treści dokumentów zamówienia, a taki można podnieść wyłącznie w odwołaniu złożonym najpóźniej w terminie 10 dni od zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej.

Izba ustaliła, że w ramach ww. zarzutu odwołujący zarzucał zamawiającemu odejście w toku badania i oceny ofert od ustalonej przez siebie treści ogłoszenia i SWZ, co godzi w zasadę przejrzystości i prowadzi do nadania warunkowi udziału w postępowaniu charakteru nieproporcjonalnego. Zatem zarzut odnosi się do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego, a jednocześnie do interpretacji samego warunku, dokonanej przez zamawiającego, a nie jest – jak twierdzi zamawiający - zarzutem skierowanym bezpośrednio do treści dokumentów zamówienia (treści

SWZ).

Wobec powyższego Izba nie uwzględniła wniosku o odrzucenie odwołania w części.

W ocenie Izby odwołanie należało oddalić w całości.

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

Zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

Natomiast stosownie do art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2024 r.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Z kolei przepis 70¹ § 4 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2024 r. poz. 1061, ze zm.) stanowi, iż organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Izba w pełni podzieliła stanowisko zamawiającego, jak i uczestnika postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – wykonawcy NDI S.A.

Słusznie zauważył odwołujący w odwołaniu, że stan faktyczny pomiędzy stronami nie jest sporny, tzn., że ze złożonych przez odwołującego podmiotowych środków dowodowych wynika wykonanie robót w zakresie w nich przedstawionym, tj. wykonanie nawierzchni drogowo-kolejowej na łącznej długości powyżej 300 mb toru.

Sporna pozostała natomiast kwestia interpretacji warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w Rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ, o treści:

„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:

a) w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną budowę, przebudowę lub remont (w rozumieniu ustawy – Prawo budowlane) nawierzchni drogowo-kolejowej o długości min. 300 mb toru”

- dokonana w kontekście oceny spełnienia tego warunku przez odwołującego.

Zdaniem odwołującego, wykładnia ww. warunku udziału w postępowaniu prowadzi do wniosku, iż zamawiający dopuścił możliwość posłużenia się doświadczeniem uzyskanym w ramach więcej niż jednej budowy, przebudowy lub remontu. Z kolei stanowiska zamawiającego, jak i uczestnika postępowania odwoławczego, wskazywały na konieczność wykazania się doświadczeniem, polegającym na wykonaniu w ramach jednej budowy, przebudowy lub remontu nawierzchni drogowo-kolejowej o długości min. 300 mb toru.

W ocenie Izby ww. warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy został sformułowany przez zamawiającego w sposób jednoznaczny i precyzyjny, a jego wykładnia literalna prowadzi do wniosku, iż zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w budowie, przebudowie lub remoncie nawierzchni drogowo-kolejowej o długości minimalnej 300 mb toru w ramach jednej budowy, przebudowy czy remontu.

Zarówno sam zamawiający, jak i wykonawcy, są związani ustalonym brzmieniem warunku. Nie jest tak jak wskazywał odwołujący, że wykładnia dokonana przez zamawiającego wykracza poza treść SWZ. Wręcz przeciwnie - jest w pełni zgodna z treścią SWZ i jej literalnym brzmieniem. Dodać także należy, że nie występuje w tym przypadku sytuacja, w której wykładnia literalna okazałaby się niewystarczająca i zachodziłaby konieczność interpretacji treści ustalonego warunku w oparciu o inne rodzaje wykładni.

Natomiast interpretacja warunku udziału w postępowaniu - przedstawiona przez odwołującego – prowadzi do wniosków, które nie są zgodne z jego brzmieniem.

Tym samym stwierdzić należy, że odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, a opisanego w Rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ, gdyż w ramach żadnej z trzech inwestycji przez niego wskazanych nie wykonał nawierzchni drogowo-kolejowej o minimalnej długości toru 300mb.

Izba nie podziela argumentacji odwołującego, że całkowicie nieracjonalne byłoby użycie przez zamawiającego w treści warunku sformułowania: „co najmniej jedną budowę”, gdyby konieczne było osiągnięcie wymaganej długości w ramach jednej budowy. Zdaniem Izby, sformułowanie powyższe należy rozumieć tylko i wyłącznie w sposób na jaki ono wskazuje, a mianowicie wykonawca winien wykazać się należytych wykonaniem co najmniej jednej budowy, przebudowy lub remontu, w ramach których wykonano nawierzchnię drogowo-kolejową o długości min. 300 mb toru. A zatem wszystkie wymagania określone w przedmiotowym warunku, czyli dotyczące wykonania nawierzchni drogowo-kolejowej, jak i odnoszące się do długości toru min. 300 mb, winny w całości charakteryzować zadanie, na jakie powołuje się wykonawca w celu wykazania, że posiada wymagane doświadczenie.

Za całkowicie bezzasadną należy uznać argumentację odwołującego, iż skoro zamawiający w objaśnieniu, zawartym na str. 20 SWZ wskazał, że uzna za spełniony: „warunek określony w ust. 2 pkt 4) lit. a) i b) także w przypadku, jeżeli Wykonawca złoży dokumenty potwierdzające, że wykonał ww. roboty budowlane w jednym zadaniu (...)”, to spełnienie warunku „w jednym zadaniu” nie było konieczne. Objasnienie to bowiem odnosi się łącznie do warunku określonego w Rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit a) i b) SWZ. Oznacza to, że zamawiający dopuścił możliwość wykazania się w ramach jednego zadania budową (przebudową/remontem) nawierzchni drogowo-kolejowej o długości toru 300 mb, jak i nawierzchni drogowej wykonanej w technologii betonu wylewanego „na mokro” o powierzchni min. 5000 m². Nie można natomiast wywodzić z tego wniosków, na jakie wskazuje odwołujący, że skoro zamawiający dopuszcza możliwość wykazania się doświadczeniem, polegającym na wykonaniu robót referujących do warunku opisanego w lit. a) i b) w jednym zadaniu, to dopuszcza też możliwość wykazania się większą ilością zadań dla potrzeb wykazania spełnienia warunku opisanego w lit. a).

Odnosząc się do podnoszonej przez odwołującego argumentacji co do proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu oraz, że w ramach tego zamówienia planowane jest wykonywanie robót budowlanych na nawierzchni drogowo-kolejowej wraz z torem o długości 96 mb (czyli znacząco mniej niż wymagane w ramach warunku), stwierdzić należy, że nie ma to wpływu na ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez odwołującego. Przedmiotem badania przez Izbę w ramach tego postępowania odwoławczego jest kwestia spełniania warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego w oparciu o treść warunku, ustaloną przez zamawiającego w SWZ, a nie ocena proporcjonalności warunku, czy też dokonywanie na obecnym etapie wykładni warunku z uwzględnieniem zasady proporcjonalności w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby nie potwierdził się przy tym zarzut odwołującego, że zamawiający w toku badania i oceny ofert odszedł od ustalonej przez siebie treści ogłoszenia i SWZ, co godzi w zasadę przejrzystości i prowadzi do nadania warunkowi udziału w postępowaniu charakteru nieproporcjonalnego.

Ponadto, w opisie warunku – wbrew twierdzeniom odwołującego - nie ma żadnych niejasności, które miałyby prowadzić do konkluzji, iż parametr długości 300 mb odnosi się tylko i wyłącznie do długości toru, który może przebiegać zarówno przez nawierzchnię drogowo – kolejową (dwufunkcyjną), jak i po części przez drogową, a po części przez nawierzchnię kolejową. W ocenie Izby, warunek w tym zakresie należy odczytywać w ten sposób, że minimalna długość 300 mb odnosi się do długości toru, który na całej wymaganej długości musi przebiegać przez nawierzchnię drogowo-kolejową. Świadczy o tym sformułowanie: „wykonał należyście co najmniej jedną budowę, przebudowę lub remont (w rozumieniu ustawy – Prawo budowlane) nawierzchni drogowo-kolejowej o długości min. 300 mb toru”. Nie sposób przy takim brzmieniu wyprowadzać wniosku, że zamawiający dopuszczał możliwość wykazania się realizacją toru o wymaganej długości, który na części odcinka przebiegałby przez nawierzchnię drogową, a na części przez nawierzchnię kolejową. Zamawiający przy tym uzasadnił w sposób wyczerpujący zarówno zasadność tak sformułowanego wymagania (w ramach zamówienia wykonawca zobowiązany będzie do wykonania skomplikowanej technologicznie nawierzchni wymagającej przestrzegania najwyższego reżimu technologicznego), jak i własną specyfikę – jako Portu, które legły u podstaw nadania tej właśnie treści warunkowi odnoszącemu się do wymaganego doświadczenia. Tym samym nie sposób uznać, że inwestycja realizowana na rzecz Zarządu Morskiego Portu Gdynia S.A., potwierdzona referencjami z dnia 20 lutego 2024 r., potwierdza spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu przez odwołującego.

W tej sprawie nie ma też podstaw do zastosowania powoływanej przez odwołującego zasady „*in dubio contra proferentem*”, gdyż nie sposób tutaj przyjąć, że warunek jest w jakimkolwiek zakresie niejasny, nieprecyzyjny. Zasadnie w tym zakresie podnosił uczestnik postępowania odwoławczego – wykonawca NDI S.A., iż: „*Tak długo zatem jak możliwe jest dokonanie jednoznacznej (bazującej na treści SWZ) interpretacji postanowień dokumentacji Postępowania, nie można mówić o konieczności rozstrzygnięcia jakichkolwiek wątpliwości na korzyść „pokrzywdzonego” wykonawcy.*”.

Konkludując, stwierdzić należy, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, o którym mowa w Rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit a) SWZ, a zarzuty odwołującego okazały się bezzasadne.

W konsekwencji Izba orzekła o oddaleniu odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3600 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

Członkowie:

.....