

Sygn. akt: KIO 298/20

KIO 356/20

## WYROK

z dnia 06 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Aneta Mlącka  
**Członkowie:** Piotr Kozłowski  
Izabela Niedziałek - Bujak  
**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 04 marca 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 13 lutego 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TORPOL S.A., Budimex S.A.,**

B. w dniu 20 lutego 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **China Civil Engineering Construction Corporation, China Railway 19th Bureau Group Co., Ltd.**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **China Civil Engineering Construction Corporation, China Railway 19th Bureau Group Co., Ltd.** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 298/20 po stronie Odwołującego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TORPOL S.A., Budimex S.A.** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 356/20 po stronie Odwołującego,
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., Stecol Corporation, Sinohydro Corporation Limited** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 298/20 oraz KIO 356/20 po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 192 ust. 2 i 3 pkt 1) w zw. z art. 197 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 1212 §1 k.p.c. i art. 185 ust. 7 p.z.p. (opisanego w punkcie 1.1. odwołania o sygnaturze akt KIO 298/20)
2. A. oddała odwołanie o sygn. akt KIO 298/20 w pozostałym zakresie  
B. oddała odwołanie o sygn. akt KIO 356/20
3. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TORPOL S.A., Budimex S.A.**, oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **China Civil Engineering Construction Corporation, China Railway 19th Bureau Group Co., Ltd.** i
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), w tym:
    - A. kwotę 20000 zł 00gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TORPOL S.A., Budimex S.A.** tytułem uiszczzonego wpisu od odwołania o sygnaturze akt KIO 298/20,
    - B. kwotę 20000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **China Civil Engineering Construction Corporation, China Railway 19th Bureau Group Co., Ltd.** tytułem wpisu od odwołania o sygnaturze akt KIO 356/20,
  - 3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TORPOL S.A., Budimex S.A.** na rzecz Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w postępowaniu o sygnaturze akt KIO 298/20,
  - 3.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **China Civil Engineering Construction Corporation, China Railway 19th Bureau Group Co., Ltd.** na rzecz Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w postępowaniu o sygnaturze akt KIO 356/20,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest Wykonanie robót budowlanych na odcinku Czyżew - Białystok od km 107,260 do km 178,500 w ramach projektu „Prace na linii E75 na odcinku Czyżew - Białystok”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 03 kwietnia 2019 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem numer: 2019/S 066-155626.

Odwołujący: Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia TORPOL S.A. BUDIMEX S.A. wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 192 ust. 2 i 3 pkt 1) w zw. z art. 197 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 1212 §1 k.p.c. i art. 185 ust. 7 p.z.p., poprzez zaniechanie wykonania wyroku KIO z 31 stycznia 2020 roku, zapadłego w sprawie o sygn. akt KIO 10/20 i KIO 16/20, tj. zaniechania wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8.6.1 IDW, a w konsekwencji naruszenie art. 26 ust. 3 p.z.p., poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Intercor do przedstawienia uzupełnień w zakresie spełniania warunków udziału w Postępowaniu określonych w pkt 8.6.1. lit. c) — h) IDW; art. 26. ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) p.z.p., poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Intercor do przedstawienia wyjaśnień w zakresie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu określonych w pkt. 8.6.1. lit. a - b IDW, tj. w zakresie tego czy i jakie konkretnie doświadczenie „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor” sp. z o.o. nabyło w ramach realizacji roboty wskazanej w pozycji 2 Wykazu robót budowlanych przedłożonego na wezwanie z dnia 3 lutego 2020 r., podczas gdy ww. roboty były wykonywane w ramach konsorcjum, w którym „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor” sp. z o.o. pełniło funkcję Lidera, w zatem wątpliwości budzi faktyczny udział tej spółki w realizacji całej wskazanej inwestycji, a co za tym idzie - możliwości powoływania się na doświadczenie nabyte przy realizacji tej inwestycji na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt. 8.6.1. lit. a) - b) IDW; art. 24 ust. 1 pkt. 12 p.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Intercor, podczas gdy Konsorcjum Intercor nie wykazało, aby w ramach zamówienia wskazanego w pozycji 1 oraz 2 Wykazu robót budowlanych przedłożonego na wezwanie z dnia 3 lutego 2020 r. spełnia warunek udziału w postępowaniu określonych punktem 8.6.1. lit. a) - b) IDW; alternatywnie art. 26 ust. 4 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Intercor do przedstawienia wyjaśnień w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w punktem 8.6.1. lit. a) - b) IDW, podczas gdy Konsorcjum Intercor nie wykazało, aby zamówienia wskazane w pozycji 1 oraz

2 Wykazu robót budowlanych przedłożonego na wezwanie z dnia 3 lutego 2020 r. zostały należycie wykonane; art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadą przejrzystości, który to zarzut stanowi konsekwencję ww. naruszeń;

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności ponownego wyboru najkorzystniejszej, wykluczenia Konsorcjum Intercor z postępowania; alternatywnie nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz wezwania konsorcjum Intercor do wyjaśnień w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w punkcie 8.6.1. lit. a) - b) IDW, w zakresie tego czy zamówienia wskazane w pozycji 1 oraz 2 Wykazu robót budowlanych przedłożonego na wezwanie z dnia 3 lutego 2020 r. zostały należycie wykonane; nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum Intercor do przedstawienia wyjaśnień w zakresie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu określonych w pkt. 8.6.1. lit. a) - b) IDW, tj. w zakresie tego czy i jakie konkretnie doświadczenie „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor” sp. z o.o. nabyło w ramach realizacji roboty wskazanej w poz. 2 Wykazu robót budowlanych przedłożonego na wezwanie z dnia 3 lutego 2020 r., nakazanie Zamawiającemu wykonania wyroku KIO z 31 stycznia 2020 roku, zapadłego w sprawie o sygn. akt KIO 10/20 i KIO 16/20, poprzez wezwanie konsorcjum Intercor na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1. IDW.

Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31.01.2020 roku o sygn. akt KIO 10/20 i 16/20 Zamawiający został zobowiązany do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórnego badania i oceny ofert, w tym do wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Intercor sp. z o.o., Stelcol Corporation, Sinohydro Corporation Limited na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.6.1. IDW.

Zamawiający pismem z dnia 03.02.2020 roku zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i tego samego dnia wezwał konsorcjum Intercor do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w punkcie 8.6.1. a) - b) IDW w terminie do 10.02.2020 roku.

Konsorcjum Intercor w dniu 10.02.2020 roku złożyło odpowiedź na wezwanie z art. 26 ust. 3 p.z.p. przedkładając nowy Załącznik nr 13 do IDW-Wykaz robot budowlanych oraz dwa pisma z dnia 06.02.2020 roku stanowiące potwierdzenie wykonania robót budowlanych

określonych punktem 8.6.1. a)- b) IDW. W wykazie pokazały się dwie nowe inwestycje:

Wykonanie robót budowlanych na odcinku Sadowne - Czyżew wraz z urządzeniami srk od km 71,800 do km 107,260 w ramach projektu CEF dla linii E 75 obejmujący odcinek Sadowne - Czyżew, umowa numer 90/101 /0039/17/Z/I (dalej zwana „umową Sadowne - Czyżew”) w ramach której stwierdził, że wykonał przebudowę nawierzchni torowej toru szlakowego głównego nr 1 w ilości 35,460 km toru oraz przebudowę sieci trakcyjnej w torze nr 1 w ilości 35,460 km, przy czym zaznaczył, że realizacja zamówienia trwa nadal.

Roboty budowlane w ramach projektu prace na linii kolejowej Warszawa Włochy - Grodzisk Mazowiecki (linia 447), umowa numer 90/101/0003/17/Z/I; w ramach tej pracy stwierdził, że wykonał przebudowę nawierzchni torowej w ilości 41,650 km, a 21,060 km robót wykonana została przy prowadzonym ruchu pojazdów kolejowych po torach sąsiednich oraz przebudowę sieci trakcyjnej w torze nr 1 w ilości 21,600 km, przy czym zaznaczył, że realizacja zamówienia trwa nadal.

Jako dowód określający należyte wykonanie robót budowlanych konsorcjum Intercor złożył dwa pisma PKP PLK S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Centralny datowane na ten sam dzień 06.02.2020 rok.

Zamawiający pismem z dnia 11.02.2020 roku zawiadomił wykonawców o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej konsorcjum Intercor.

Zarzut naruszenia art. 192 ust. 2 i 3 pkt 1) w zw. z art. 197 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 1212 §1 k.p.c. i art. 185 ust. 7 p.z.p.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 31 stycznia 2020 roku w sprawie o sygn. akt KIO 16/20 w pkt 2. uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego nr 7 w odwołaniu dotyczącego zaniechania wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8.6.1 IDW i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Stecol Corporation oraz Sinohydro Corporation Limited na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.6.1 IDW.

Zdaniem Odwołującego, Izba w wyroku z 31 stycznia 2020 r. jednoznacznie przesądziła, iż uwzględniła odwołanie Konsorcjum CCECC w zakresie zarzutu oznaczonego nr 7 dotyczącego zaniechania wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8.6.1 IDW, a zatem zarówno pkt. 8.6.1 lit. a - b IDW, jak i pkt. 8.6.1 lit. c - h IDW.

Zamawiający uwzględnił ww. zarzut odwołania. Przystępujący - Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Stecol Corporation oraz Sinohydro Corporation Limited – oświadczył w trakcie posiedzenia z udziałem stron, że nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania w całości.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp:

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Intercor w poz. 2 Wykazu robót budowlanych wykazało się robotą budowlaną realizowaną w ramach konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. (Lider konsorcjum), MOSTY ŁÓDŹ S.A. (Partner konsorcjum). Robota ta wskazana była na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8.6.1. a) i b) IDW. Pomimo faktu, iż poprzednie postępowanie, zakończone wyrokiem KIO z 31 stycznia 2020 r. dotyczyło analizy faktycznie realizowanych robót budowlanych przez członka konsorcjum, Zamawiający nie wezwał Konsorcjum Intercor do wyjaśnień czy i jaki zakres robót był realizowany przez Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. w ramach projektu na linii kolejowej Warszawa Włochy - Grodzisk Mazowiecki (linia 447), a zatem w konsekwencji nie zostało w sposób jednoznaczny wykazane, czy Konsorcjum Intercor legitymuje się doświadczeniem określonym w pkt. 8.6.1. lit. a) i b) IDW.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, stanowi istotne naruszenie przepisu art. 26 ust. 4 p.z.p. w zw. z art. 26 ust. 1 pkt 12 p.z.p., a także przepisu art. 7 ust. 1 p.z.p., który nakazuje Zamawiającemu prowadzenie postępowania w sposób przejrzysty i równy.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 p.z.p. oraz art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p.

W zakresie robót wykazanych w treści wykazu przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Stecol Corporation oraz Sinohydro Corporation Limited, Odwołujący wskazał, że przedstawione w wykazie roboty były realizowane na podstawie umów, które opierają się na warunkach kontraktu FIDIC, zgodnie z którymi Roboty (roboty budowlane) uznaje się na należycie wykonane oraz wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone po Odbiorze Końcowym Robót (lub Odcinka) lub wystawieniu Świadectwa Przejęcia dla Robót (lub Odcinka).

Odwołujący wskazał na treść Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia i podniósł argument, iż konsorcjum Intercor winno złożyć dowody określające czy roboty budowlane wskazane w wykazie zostały wykonane należycie, w szczególności informację o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których

mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty. Z powyższego Odwołujący wywiódł, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu musi opierać się na wykonanych i odebranych robotach budowlanych.

Odwołujący podkreślił, że Konsorcjum Intercor wykazało się dwiema inwestycjami, których termin realizacji do dziś dnia nie uległ zakończeniu.

W ramach umowy Sadowne - Czyżew, Odwołujący dodatkowo wskazał, że dla oceny czy roboty budowlane wykonywane w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC zostało wykonane w sposób prawidłowy należy stosować klauzule warunków kontraktowych FIDIC.

Odwołujący wskazał na Subklauzulę 8.1 WSz Umowy Sadowne - Czyżew, z której wywiódł, że roboty będą obejmowały każdą pracę, która jest konieczna do spełnienia wymagań Specyfikacji, a zatem skwitowanie należytego lub nienależytego wykonania prac na tej inwestycji obejmować będzie całość Robót (lub całość Robót w podziale na Odcinki). Zdaniem Odwołującego, nie można przyjąć, że wykonanie części prac składających się na Roboty, może dowodzić zdobyte doświadczenie. Roboty te nie zostały bowiem „kontraktowo” odebrane. Kontraktowo odebrane, czyli w taki sposób aby zdecydowanie stwierdzić, wykonanie należyte i zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

Umowa dotycząca odcinka Sadowne - Czyżew nie ma podziału robót budowlanych, które umożliwiłyby odbiory i przejęcia częściowe Robót w zakresie części A tj. odbioru osobno torów nr 1 czy osobno sieci trakcyjnej, co oznacza, że konsorcjum Intercor nie może legitymować się tą inwestycją, ponieważ prace te nie zostały jeszcze odebrane w myśl Umowy Sadowne - Czyżew.

Odwołujący wskazał na definicje, takie jak: Okres Zgłaszania Wad - subklauzula 1.1.3.7., Odbiór końcowy - subklauzula 1.1.6.25, które w jego ocenie dowodzą, że strony umowy w myśl art. 647(1) k.c. przyjęły możliwość Odbioru końcowego całości Robót lub Odbioru końcowego Odcinka Robot, o ile takie odcinki zostały w umowie wyodrębnione. Odwołujący wywiódł, że tylko Odbiór końcowy (całości Robót lub Odcinka) jest czynnością, potwierdzającą należyte wykonanie Robót w ramach umowy Sadowne - Czyżew. Po dokonaniu takiego Odbioru końcowego (całości Robót lub Odcinka) wystawia się Protokół Odbioru Końcowego, a finalnie inwestor może wystawić wykonawcy referencje.

Odwołujący podkreślał, że aby dokonać prawidłowego stwierdzenia, że w ramach umowy Sadowne - Czyżew, wykonano należycie roboty budowlane (torowe i sieciowe), należy przedstawić do oceny Protokół Odbioru Końcowego. Ponadto, o tym, czy Roboty zostały



wykonane w myśl umowy Sadowne - Czyżew świadczy również dokument o nazwie Świadcstwo Przejęcia, wydawany na podstawie subklauzuli 10.1 oraz 10.2 WSz umowy Sadowne - Czyżew. Zgodnie z subklauzulą 10.1 WSz umowy Sadowne - Czyżew zamawiający przejmuje Roboty lub ich Odcinki, wykonane zgodnie z kontraktem i jego zmianami, w drodze wystawienia świadectw przejęcia. Do dowodów należytego wykonania robót zalicza się pomyślne wyniki prób końcowych oraz podpisanie Protokołu Odbioru Końcowego, o których mowa w subklauzuli 2.7 WSz umowy Sadowne - Czyżew i subklauzuli 9 WSz umowy Sadowne - Czyżew.

Zatem w ocenie Odwołującego, Świadcstwo Przejęcia uznaje się za dokument potwierdzający zakończenie robót i ich prawidłowe wykonanie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej jako odpowiednik protokołu odbioru. Natomiast w przypadku umowy Sadowne - Czyżew dla Robót lub Odcinków do dziś dnia nie wydano Świadcstwa Przejęcia, co zdaniem Odwołującego oznacza, że Roboty lub Odcinki nie zostały jeszcze wykonane. Brak tych dokumentów, w opinii Odwołującego nie pozwala konsorcjum Intercor na wykazanie się zdobytym doświadczeniem w wykonaniu przebudowy nawierzchni torowej oraz przebudowy sieci trakcyjnej. Wykonywanie tych prac bowiem nadal trwa.

Dalej Odwołujący wskazał na klauzulę 10.2 WSz, zgodnie z którą, przed wystawieniem Świadcstwa Przejęcia zamawiający jest uprawniony jedynie do tzw. tymczasowego użytkowania wykonanych robót w sposób uzgodniony między stronami lub przewidziany kontraktem. Powyższe zdaniem Odwołującego oznacza, że nawet jeśli roboty torowe i sieciowe wykonane przez konsorcjum Intercor są obecnie tymczasowo użytkowane przez Zamawiającego, co nie jest niczym nadzwyczajnym na gruncie procesu budowlanego, to nie oznacza, że zostały należycie wykonane. Taka konstrukcja umowy, jak wskazywał Odwołujący, ma na celu pozwolić Zamawiającemu na ciągle prowadzenie ruchu pociągów, pomimo braku zakończenia Robót. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający dokonał odbioru Robót lub Odcinków wykonanych przez konsorcjum Intercor, a w świetle warunków FIDIC tylko takie czynności świadczą o ich (należyty) wykonaniu.

Odwołujący podniósł analogiczną argumentację w odniesieniu do Inwestycji pn. Roboty budowlane w ramach projektu prace na linii kolejowej Warszawa Włochy - Grodzisk Mazowiecki (linia 447), umowa numer 90/101/0003/17/Z/I, gdyż postanowienia tej umowy są zbieżne z postanowieniami umowy Sadowne - Czyżew.

Również w zakresie tej umowy Odwołujący wskazał, że do dziś dnia nie została wykonana, a wykonawca pozostaje opóźniony w stosunku do pierwotnie przyjętych terminów.

Odwołujący również w zakresie tej umowy podkreślał, że Zamawiający aktualnie interpretuje ww. warunek udziału w ten sposób, że uznaje go za spełniony także przez wykonawców, którzy nadal realizują określone w nim roboty, a zatem niezgodnie z przepisami m.in.

rozporządzenia dotyczącego rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców.

Odwołujący wskazywał, że za przyjętym przez niego rozumieniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 8.6.1. IDW przemawiają przepisy prawa, m.in. art. 3 pkt 13 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, zgodnie z którym dokumentami kwitującymi wykonanie robót budowlanych są protokoły odbiorów częściowych i końcowych robót budowlanych. Odwołujący wskazał także na § 8 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia, zgodnie z którym protokoły związane z budową lub sporządzane w trakcie wykonywania robót budowlanych wpisuje się do dziennika budowy. Oznacza to, że gdyby doszło do odbioru kwitującego należyte wykonanie przebudowy nawierzchni torowej oraz przebudowy sieci trakcyjnej, to takie wpisy winny znaleźć się w tych dokumentach (wpisy zarówno inwestora, inspektora nadzoru inwestorskiego, projektanta, kierownika budowy, kierowników robót budowlanych - upoważnionych uczestników procesu budowlanego w rozumieniu art. 17 ustawy Prawo budowlane).

W ocenie Odwołującego niewykonanie w/w umów, w rozumieniu ich zapisów, stawia pod znakiem zapytania możliwość legitymowania się doświadczeniem wykonania przebudowy nawierzchni torowej oraz przebudową sieci trakcyjnej na w/w inwestycjach. Przyjęcie stanowiska przeciwnego zaburzyłoby dotychczasową praktykę przyjętą przy wykazywaniu się doświadczeniem w wykonaniu kontraktów opartych na warunkach FIDIC.

Odwołujący przywołał także treść Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym referencję przywołuje się jako dokument potwierdzający należyte wykonanie umowy. Jednak, jak zaznaczył Odwołujący, w tym konkretnym przypadku, referencje z dnia 06.02.2020 roku należy przyjąć z dużą dozą ostrożności, gdyż dokument taki winien być wystawiony po wykonaniu całości Robót (lub Odcinka) potwierdzone Protokołem Odbioru Końcowego Robót (lub Odcinka) oraz Świadectwem Przejęcia Robót (lub Odcinka). Zdaniem Odwołującego, tylko referencja wystawiona po Odbiorze końcowym Robót zamówienia mogłaby odzwierciedlać rzeczywisty stan faktyczny, potwierdzający wykonanie robót budowlanych torowych i sieciowych w ramach Umowy Sadowne - Czyżew oraz Umowy linii 447.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający otrzymując od konsorcjum Intercor wykaz niewykonanych inwestycji, powinien zbadać przyjęte na tych inwestycjach warunki kontraktowe i ocenić, czy dokonanie odbioru eksploatacyjnego (więc jedynie użytkowanie tymczasowe Robót) będzie odpowiadało wymogowi: wykonania robót budowlanych. W tym przypadku Zamawiający zaniechał czynności wezwania konsorcjum Intercor do złożenia

wyjaśnień w zakresie doświadczenia jakim chce się legitymować na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W opinii Odwołującego, Zamawiający miał obowiązek wyjaśnić treść wykazu i referencji, nie powinien poprzestać na bezkrytycznym przyjęciu złożonego tam oświadczenia, w szczególności posiadając wiedzę o tym, że wskazane w wykazie robót w pozycji nr 1 i 2 zamówienia nadal trwają i nie odbyły się Odbiory Końcowe.

W ocenie Odwołującego, wystawione w dniu 06.02.2020 roku referencje, nieoprowadzone stosownymi odbiorami dokonanymi przez inspektorów nadzoru, użytkowników i zamawiającego, a finalnie bez Świadectwa Przejęcia, są dokumentem bezwartościowym i nie poświadczającym spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

### **Sygn. akt: KIO 356/20**

Odwołujący - Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w składzie: China Civil Engineering Construction Corporation, China Railway 19th Bureau Group CO., LTD. wnieśli odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Intercor Sp. z o.o., Stecol Corporation, Sinohydro Corporation Limited.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z §2 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Intercor z Postępowania, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu określonych w punktach 8.6.1 lit. a) - b), ponieważ przedstawione przez tego wykonawcę w wyniku uzupełnienia roboty budowlane dotyczące Inwestycji Sadowne-Czyżew, jak i Inwestycji na Linii 447, nie zostały prawidłowo ukończone na dzień składania ofert w Postępowaniu, a już w szczególności powyższe nie zostało przez Konsorcjum Intercor wykazane, ewentualnie zarzucił naruszenie: art. 26 ust. 4 PZP w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z §2 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia Dokumentowego poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Intercor do przedstawienia wyjaśnień w zakresie uzupełnionych przez tego wykonawcę dokumentów, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu określonych w punktach 8.6.1 lit. a) - b), ponieważ przedstawione przez tego wykonawcę w wyniku uzupełnienia roboty budowlane dotyczące Inwestycji Sadowne-Czyżew, jak i Inwestycji na Linii 447, nie zostały prawidłowo ukończone na dzień składania ofert w Postępowaniu, a już w szczególności powyższe nie zostało przez Konsorcjum Intercor wykazane.

Odwołujący zarzucił także Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Intercor z Postępowania,

podczas gdy wykonawca ten, działając co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające go w błąd w zakresie zgodności robót budowlanych realizowanych na Inwestycji na Linii 447 z warunkami udziału w Postępowaniu określonymi w punkcie 8.6.1 lit. a) - b) IDW, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum Intercor z Postępowania, ewentualnie w przypadku uwzględnienia wyłącznie zarzutu oznaczonego w punkcie 2 - nakazanie Zamawiającemu wezwanie Konsorcjum Intercor do przedstawienia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 PZP, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, według norm przypisanych na podstawie przedłożonej faktury VAT.

Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 31 stycznia 2020 r. wydała wyrok w sprawie o sygn. KIO 16/20. Zgodnie z sentencją wyroku, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Konsorcjum Intercor do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w art. 8.6.1 IDW. W związku z powyższym w dniu 3 lutego 2020 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu i wezwał Konsorcjum Intercor, pod rygorem wykluczenia z Postępowania, do uzupełnienia dokumentów (wykazu robót budowlanych, dokumentów potwierdzających, że roboty budowlane wskazane w wykazie zostały wykonane zgodnie z przepisami Prawa budowlanego i prawidłowo ukończone) w zakresie warunków, o których mowa w punkcie 8.6.1 lit. a) - b) IDW.

Konsorcjum Intercor zostało zobowiązane do wykazania, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał:

a) co najmniej dwie roboty budowlane, każda wykonana w ramach jednej umowy, na zakres których składają się Budowa lub Przebudowa nawierzchni torowej na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, gdzie suma długości Budowanych lub Przebudowywanych torów szlakowych i torów głównych zasadniczych wynosiła łącznie co najmniej 20.0 km. przy czym co najmniej 10.0 km robót wykonana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich.

b) co najmniej dwie roboty budowlane, każda wykonana w ramach jednej umowy, na zakres których składają się Budowa lub Przebudowa sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, gdzie suma długości Budowanej

lub Przebudowywanej sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi dla torów szlakowych i torów głównych zasadniczych wynosiła łącznie co najmniej 20,0 km, przy czym co najmniej 10,0 km robót wykonana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich.

Konsorcjum Intercor odpowiedziało na wezwania Zamawiającego, uzupełniło przedłożony pierwotnie wykaz robót budowlanych o dwie pozycje.

Jedną z nich było zamówienie polegające na wykonaniu robót budowlanych na odcinku Sadowne - Czyżew wraz z urządzeniami srk od km 71,800 do km 107,260 w ramach projektu CEF dla Unii E75 obejmujący odcinek Sadowne - Czyżew („Inwestycja Sadowne-Czyżew”).

W ramach Inwestycji odbyła się przebudowa nawierzchni torowej na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej. Całość robót wykonywana była przy prowadzonym ruchu pojazdów kolejowych po torze sąsiednim. Powyższe miało potwierdzać spełnienie warunku z punktu 8.6.1 lit. a) IDW. W ramach tej samej inwestycji miała być także realizowana przebudowa sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi toru szlakowego i toru głównego zasadniczego nr 1 na dwutorowej, zelektryfikowanej linii kolejowej nr 6 od km 71,800 do km 107,260 - tj. 35,460 km sieci trakcyjnej. Przy czym całość tych robót wykonywana była przy prowadzonym ruchu pojazdów kolejowych po torze sąsiednim. Powyższe miało potwierdzać spełnienie warunku z punktu 8.6.1 lit. b) IDW.

Do wykazu zostało dołączone referencje, w których znalazła się informacja, że opisane roboty zrealizowane zostały w okresie od dnia 13 czerwca 2017 r. (data podpisania umowy) do dnia 10 marca 2019 r. (data przekazania do eksploatacji toru nr 1), a także potwierdzenie, że ww. roboty wykonano zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i sztuką budowlaną. Roboty we wskazanym powyżej zakresie zostały odebrane Protokołem odbioru i oddane do eksploatacji z prędkością rozkładową.

Jednocześnie w treści wykazu robót budowlanych w kolumnie „Zakończenie realizacji zamówienia” Konsorcjum Intercor wskazało, że roboty budowlane w zakresie warunku udziału w Postępowaniu wskazanym w punkcie 8.6.1 lit. a) oraz b) IDW zostały zakończone dla Inwestycji Sadowne-Czyżew w marcu 2019 r., a realizacja zamówienia w odniesieniu do innych prac nadal trwa.

Konsorcjum Intercor dodatkowo wskazało jeszcze jedną pozycję obejmującą roboty budowlane w ramach projektu prace na linii kolejowej Warszawa Włochy - Grodzisk Mazowiecki (linia 447).

W ramach tej Inwestycji odbyła się przebudowa nawierzchni torowej na linii kolejowej dwutorowej, zelektryfikowanej przy łącznej długości przebudowywanych torów szlakowych i torów głównych zasadniczych 41,650 km, przy czym 21,600 km robót wykonywana była przy

prowadzonym ruchu pojazdów kolejowych po torach sąsiednich. Powyższe miało potwierdzać spełnienie warunku z punktu 8.6.1 lit. a) IDW. W ramach tej samej inwestycji miała być także realizowana przebudowa sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii kolejowej dwutorowej, zelektryfikowanej przy łącznej długości przebudowywanej sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi dla torów szlakowych i torów głównych zasadniczych 36,800 km, przy czym co najmniej 10,0 km robót wykonywana była przy prowadzonym ruchu pojazdów kolejowych po torach sąsiednich. Powyższe miało potwierdzać spełnienie warunku z punktu 8.6.1 lit. b) IDW.

Do wykazu zostało dołączone także pismo, w którym znalazła się informacja, że opisane powyżej roboty zrealizowane zostały w okresie od dnia 3 kwietnia 2017 r. (data podpisania umowy) do dnia 8 listopada 2018 r. (data odbioru eksploatacyjnego), a także potwierdzenie, że ww. roboty wykonano zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i sztuką budowlaną. Roboty we wskazanym powyżej zakresie zostały odebrane protokołem odbioru technicznego i eksploatacyjnego. Jednocześnie w treści wykazu robót budowlanych w kolumnie *Zakończenie realizacji zamówienia* Konsorcjum Intercor wskazało, że roboty budowlane w zakresie warunku udziału w Postępowaniu wskazanym w punkcie 8.6.1 lit. a) oraz b) IDW zostały zakończone dla Inwestycji na Unii 447 w listopadzie 2018 r., a realizacja zamówienia w odniesieniu do innych prac nadal trwa.

Zamawiający zaakceptował przedłożone mu dokumenty odnoszące się zarówno do Inwestycji Sadowne-Czyżew, jak również Inwestycji na Linii 447, co w konsekwencji doprowadziło do ponownego wyboru w dniu 11 lutego 2020 r. w Postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Intercor.

Odwołujący podkreślił, że zarówno roboty budowlane na Inwestycji Sadowne-Czyżew, jak i na Inwestycji na Linii 447, nie zostały prawidłowo ukończone na dzień składania ofert w Postępowaniu tj. na 19 sierpnia 2019 r.

Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie spełnienia któregośkolwiek z warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego przez wykonawcę doświadczenia (punkt 8.6.1 IDW) wykonawca zobowiązany był posiadać doświadczenie w wykonaniu (aspekt dokonany), a nie w wykonywaniu (aspekt niedokonany) wskazanych w kolejnych literach robót budowlanych.

Przyjęcie, jak czyni to obecnie Zamawiający, że możliwe było wykazanie się także doświadczeniem w realizacji inwestycji zakończonej po 19 sierpnia 2019 r. (a nawet taką, która w ogóle jeszcze nie została zakończona), byłoby zdaniem Odwołującego, nie do pogodzenia z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał na treść Rozporządzenia Dokumentowego, w szczególności §2 ust. 4 pkt 1, zgodnie z którym do wykazu robót budowlanych wykonawcy dołączają dowody określające czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji

o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Nie można uznać, że Rozporządzenie dopuszcza wykazanie się doświadczeniem w robotach budowlanych wykonywanych (wciąż) a nawet tych, które są już w trakcie ukończenia.

Bez znaczenia w ocenie Odwołującego, pozostaje podjęta przez Konsorcjum Intercor próba „wydzielenia” z całych inwestycji jedynie pewnego zakresu robót, który (po takim „formalnym” wyodrębnieniu) rzekomo miałby potwierdzać spełnienie warunków udziału w Postępowaniu wskazanych w punkcie 8.6.1 lit. a) oraz b) IDW. Nie jest w ogóle możliwe wydzielenie wymaganych IDW robót budowlanych z Inwestycji Sadowne-Czyżew, jak i z Inwestycji na Linii 447. Roboty budowlane, którymi stara się wykazać Konsorcjum Intercor, nie stanowią odrębnych (od całych inwestycji) bytów i jako takie stanowią elementy składowe tych inwestycji.

Odwołujący wskazywał na dokument w postaci Świadectwa Przejęcia, które w jego ocenie jako jedyne (potwierdzające wykonanie wydzielonych robót budowlanych przed 19 sierpnia 2019 r.) mogłoby być ewentualnie właściwym dokumentem potwierdzającym prawidłowe ukończenie danego zakresu (wydzielonych z całej inwestycji) robót. Jak wskazał dalej Odwołujący, zgodnie z umową zawartą na wykonanie Inwestycji Sadowne-Czyżew, ewentualne uzyskanie Świadectw Przejęcia było uzależnione od uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Dokument ten jest zatem dużo dalej idącym niż sam odbiór techniczny lub eksploatacyjny (co w ocenie Konsorcjum Intercor miałoby być wystarczające na potrzeby wykazania prawidłowości ukończenia tego fragmentu robót).

Odwołujący analogiczną argumentację odniósł do Inwestycji na Linii 447.

Podkreślił, że ani na Inwestycji Sadowne-Czyżew, ani na inwestycji na Linii 447, nie wydano jakichkolwiek Świadectw Przejęcia, które mogłyby w jakimkolwiek stopniu potwierdzać, że sztucznie „wydzielone” przez Konsorcjum Intercor roboty budowlane były prawidłowo ukończone na dzień złożenia ofert w Postępowaniu (tj. na 19 sierpnia 2019 r.). W przypadku obu inwestycji występowały opóźnienia w realizacji robót budowlanych, co także mogło mieć wpływ na brak możliwości uzyskania przez Konsorcjum Intercor stosownych dokumentów (poświadczeń) dotyczących całych inwestycji.

Odwołujący wskazał także, że na dzień składania ofert w Postępowaniu wykonawca omawianych inwestycji nie był jeszcze zobowiązany do świadczeń w ramach rękojmi czy gwarancji, co pośrednio mogłoby wskazywać na fakt prawidłowego ukończenia tych robót.

Nie zostało jeszcze także zwrócone wówczas (w odniesieniu do „wydzielonych” robót budowlanych) zabezpieczenie należytego wykonania umowy, co oznacza, że nie można uznać, że „wydzielone” roboty budowlane zostały prawidłowo ukończone.

Odwołujący podkreślił, że dla „wydzielonych” z Inwestycji Sadowne-Czyżew jak i na

Inwestycji na Linii 447 robót budowlanych nie przedstawiono zgodnych z treścią Rozporządzenia Dokumentowego dowodów potwierdzających wprost, że zostały one (zgodnie z treścią §2 ust. 4 pkt 1) prawidłowo ukończone.

Odwołujący wskazał, że wobec faktu, że Konsorcjum Intercor było już raz wzywane na podstawie art. 26 ust. 3 PZP do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w punktach 8.6.1 lit. a) oraz b), nie jest możliwe na obecnym etapie ponowne wezwanie tego wykonawcy do jakichkolwiek uzupełnień. W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, Konsorcjum Intercor powinno zostać wykluczone z Postępowania z uwagi na ziszczenie się przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP.

Odwołujący podniósł alternatywnie, że nawet gdyby uznać, że Konsorcjum Intercor nie podlega wykluczeniu (z czym Odwołujący się nie zgadza), to powinno ono zostać wezwane w trybie art. 26 ust. 4 PZP do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień odnoszących się do Inwestycji Sadowne-Czyżew jak i z Inwestycji na Unii 447 w kontekście spełnienia przez roboty budowlane realizowane na tych inwestycjach warunków udziału w Postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, Konsorcjum Intercor podlega także wykluczeniu z Postępowania z uwagi na ziszczenie się przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP w odniesieniu do informacji przekazanych przez Konsorcjum Intercor w zakresie Inwestycji na Linii 447.

Jak wskazał Odwołujący, Konsorcjum Intercor przekazało Zamawiającemu informację, zgodnie z którą roboty budowlane obejmujące przebudowę nawierzchni torowej na linii kolejowej dwutorowej przedstawione w wykazie były wykonywane przy prowadzonym ruchu pojazdów kolejowych po torach sąsiednich.

Powyższe stanowiło wymóg z punktu 8.6.1 lit. a) do b) IDW, który należy odczytywać w świetle przedmiotu zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie.

Linia kolejowa, która będzie realizowana w ramach niniejszego zamówienia (tj. linia kolejowa E75), jest linią kolejową dwutorową. Prace na niej będą właśnie odbywały się w ten sposób, że najpierw wyłączony zostanie jeden odcinek tej linii (i cały ruch zostanie skierowany na drugi tor, przy toczących się robotach budowlanych na pierwszym torze), po czym nastąpi zmiana i roboty budowlane rozpoczną się na drugim torze (przy skierowaniu całego ruchu kolejowego na pierwszy tor). W przypadku linii kolejowej 447 obejmuje ona dwa tory (tor 3 oraz tor 4). W trakcie realizacji Inwestycji na Linii 447 zarówno jeden jak i drugi tor były praktycznie przez cały okres realizacji inwestycji (nie licząc zaledwie 14 dni), tj. robót torowych i trakcyjnych, wyłączony z ruchu pojazdów kolejowych.

W trakcie realizacji Inwestycji na Linii 447 zapewniona była dla pasażerów autobusowa



komunikacja zastępcza.

Dodatkowo Odwołujący zauważył, że przez okres od 3 września 2017 r. do 4 września 2018 r. na żadnym torze linii kolejowej 447 nie odbywał się jakikolwiek ruch pojazdów kolejowych. W konsekwencji nie jest zdaniem prawdziwym, że jakiegokolwiek roboty budowlane dotyczące toru 3 lub toru 4 tej linii odbywały się w tym okresie przy prowadzonym ruchu pojazdów kolejowych po torze sąsiednim. Trudno też twierdzić, że w okresie od 5 września 2018 r. do 20 września 2018 r. (tj. przez 15 dni), kiedy po jednym z torów linii kolejowej 447 prowadzony był już ruch pojazdów kolejowych, wykonane zostały wszystkie roboty budowlane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie punktu 8.6.1 lit a) do b) IDW.

Odwołujący podkreślił, że bez znaczenia pozostaje fakt, że Konsorcjum Intercor przedstawiło „nadprogramowo” dwie inwestycje na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, w sytuacji kiedy w zupełności wystarczającym (w razie potwierdzenia spełnienia warunku udziału) byłoby wykazanie wyłącznie jednej. W stosunku do każdego z przekazywanych doświadczeń wykonawca zobowiązany jest podać tylko prawdziwe informacje.

Zdaniem Odwołującego, nie można również przyjąć, że w tym konkretnym przypadku Zamawiający nie mógł zostać wprowadzony w błąd wyłącznie z uwagi na fakt, że on sam był inwestorem przy realizacji Inwestycji na Linii 447.

W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, Konsorcjum Intercor powinno zostać wykluczone z Postępowania z uwagi na ziszczenie się przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP.

**Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

### **Sygn. akt KIO 298/20**

Zamawiający na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania złożył oświadczenie, że uwzględni zarzut odwołania o sygnaturze akt KIO 298/20, opisany w punkcie 1.1 odwołania, dotyczący naruszenia przez Zamawiającego artykułu 192 ust. 2 i 3 pkt 1) w zw. z art. 197 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 1212 § 1 k.p.c. i art. 185 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykonania wyroku KIO z 31 stycznia 2020 roku, zapadłego w sprawie o sygn. akt KIO 10/20 i KIO 16/20, tj. zaniechania wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8.6.1 IDW, a w konsekwencji naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o., Stecol Corporation, Sinohydro

Corporation Limited do przedstawienia uzupełnień w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt 8.6.1. lit. c) — h) IDW.

Przystępujący po stronie Zamawiającego - Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o., Stecol Corporation, Sinohydro Corporation Limited nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego powyższego zarzutu.

Wobec powyższego, odwołanie w zakresie przedmiotowego zarzutu podlegało umorzeniu.

W pozostałym zakresie odwołanie o sygnaturze akt KIO 298/20 podlegało oddaleniu.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczący braku możliwości powoływania się przez Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum z Mosty Łódź S.A. nie zasługuje na uwzględnienie.

Wykonawca – Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o., Stecol Corporation, Sinohydro Corporation Limited w treści wykazu powołał się na doświadczenie w ramach inwestycji, którą realizowało Konsorcjum, w skład którego wchodziły podmioty Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. oraz Mosty Łódź S.A.

Zamawiający wyjaśnił, że na etapie badania i oceny spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dokonał weryfikacji posiadanej dokumentacji związanej z realizacją tego zamówienia. Przedstawił jako dowód Umowę konsorcjum z dnia 24 marca 2017 r., w której strony w § 7 ustaliły procentowy udział w realizacji zamówienia. Z treści umowy wynika, że lider Konsorcjum – Przedsiębiorstwo Usług technicznych Intercor sp. z o.o. zobowiązał się do realizacji 99,5 % prac związanych z inwestycją na linii 447. Wykonawca – Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o., Stecol Corporation, Sinohydro Corporation Limited potwierdził w trakcie rozprawy, że firma Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. zrealizowała całość tego zamówienia.

Zamawiający powoływał się również na dowód w postaci sprawozdania z monitoringu wizyjnego - potwierdzający, że firma Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. uczestniczyła w realizacji zamówienia.

Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, tak w treści odwołania, jak i podczas rozprawy, z którego wynikałaby okoliczność, że Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. nie nabyło doświadczenia przy realizacji inwestycji linii 447 w ramach konsorcjum z firmą Mosty Łódź S.A., uprawniającego go do legitymowania się doświadczeniem określonym w punkcie 8.6.1. lit a i b IDW.

W powyższych okolicznościach należało uznać, że nie istniała podstawa do stwierdzenia, aby Wykonawca – Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o.,

Stecol Corporation, Sinohydro Corporation Limited nie mógł powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach realizacji inwestycji (zrealizowanej przez jednego z konsorcjantów Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. wspólnie z Mosty Łódź S.A.).

Izba uznała za zasadne twierdzenie Zamawiającego, że wobec okoliczności, że w pełni dysponował wiedzą dotyczącą sposobu wykonywania zamówienia oraz podziału prac pomiędzy poszczególnych konsorcjantów, kierowanie do firmy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. wezwania do złożenia wyjaśnień co do zakresu realizowanych przez nią prac w ramach konsorcjum byłoby działaniem nadmiarowym, stojącym w sprzeczności z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który umożliwia Zamawiającego żądanie jedynie tych dokumentów, jakie są niezbędne dla przeprowadzenia postępowania. Nie zaistniała zatem podstawa do kierowania wezwania do Przystępującego Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o., Stecol Corporation, Sinohydro Corporation Limited do złożenia wyjaśnień co do zakresu prac realizowanych przez firmę Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. w ramach konsorcjum z Mosty Łódź S.A. przy realizacji inwestycji na linii 447. Zamawiający nie naruszył art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem zarzut podniesiony przez Odwołującego jest bezzasadny. W konsekwencji należało uznać, że nie zachodziła także podstawa do wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych.

### **Sygn. akt KIO 298/20 i KIO 356/20**

Bezzasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 24 ust. 1 pkt 12 oraz artykułu 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący (w sprawie o sygnaturze akt KIO 298/20 i 356/20) zakwestionowali możliwość uznania, że doświadczenie nabyte w ramach Inwestycji Czyżew - Białystok oraz Linii 447 może zostać uznane jako wystarczające na potrzeby uznania, że Wykonawca – Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o., Stecol Corporation, Sinohydro Corporation Limited spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. 8.6.1 SIWZ- IDW.

Okolicznością bezsporną jest, że dla inwestycji Sadowne – Czyżew oraz inwestycji na linii 447 zostały dokonane odbiory eksploatacyjne. W ocenie Odwołujących jedynie w przypadku wykonania wszystkich robót wchodzących w zakres przedmiotu umowy i uzyskania świadectwa przejęcia, wykonawca miałby możliwość powoływania się na zdobyte

doświadczenie w ramach danego zamówienia. Swoje twierdzenia Odwołujący opierali na treści umowy dotyczącej Inwestycji.

Zamawiający w piśmie procesowym potwierdził, że roboty zostały wykonane w sposób zgodny z projektem, Zamawiający dokonał odbioru robót, a aktualnie wybudowana infrastruktura kolejowa jest eksploatowana przez Zamawiającego. W tym zakresie Zamawiający przedstawił jako dowód protokoły odbiorów eksploatacyjnych dla Inwestycji Sadowne - Czyżew, z których wynika, że Zamawiający dokonał pozytywnego odbioru robót (wydzielona część zamówienia - wbrew twierdzeniom Odwołującego), a wykonane roboty w dalszej kolejności będą umożliwiać Zamawiającemu korzystanie z wybudowanych elementów infrastruktury kolejowej. Przedstawił także protokół odbioru eksploatacyjnego dla Linii 447, z którego wynika, że Zamawiający dokonał pozytywnego odbioru robót (wydzielona część zamówienia - wbrew twierdzeniom Odwołującego), a wykonane roboty w dalszej kolejności będą umożliwiać Zamawiającemu korzystanie z wybudowanych elementów infrastruktury kolejowej.

Żaden z Odwołujących nie wykazał okoliczności przeciwnych. Odwołujący nie wykazali, aby wymagane w treści warunku prace nie zostały wykonane należycie. Odwołujący – Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Torpol S.A., Budimex S.A. przedstawił fotografie, które miały potwierdzić, że prace nie zostały zakończone. Fotografie przedstawiały m. in. nieukończone prace przy przejściach dla pieszych przy stacji kolejowej Małkinia czy pozostawiony sprzęt budowlany.

Należy jednak zauważyć, że treść warunku 8.6.1. w punkcie a wskazywała na wymóg wykazania przez Wykonawcę wykonania łącznie nawierzchni torowej na linii kolejowej dwutorowej o zakresie co najmniej 20,0 km, przy czym co najmniej 10,0 km robót zrealizowane powinno zostać przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich. Zatem warunek w tej części odnosił się do wykonania określonej ilości robót budowlanych na torach. Jedyne interpretacją Odwołujących było, że wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu oznacza zakończenie i zrealizowanie przez wykonawcę wszystkich prac, także tych, które nie są robotami torowymi czy trakcyjnymi. Argumentacja Odwołującego nie znajduje uzasadnienia wobec brzmienia treści warunku. Zamawiający w treści warunku nie żądał zakończenia umowy, inwestycji czy zadania, a jedynie wykonania określonego rodzaju prac, co oznacza, że wykazanie prawidłowego zrealizowania prac w zakresie infrastruktury torowej i robót trakcyjnych odpowiada wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto w niniejszym postępowaniu znaczenie ma sformułowanie przez Zamawiającego całości warunku udziału w niniejszym postępowaniu (8.6.1).

Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy wykazali się umiejętnością zrealizowania poszczególnych zadań wymienionych w kolejnych punktach tego warunku. Podpunkt a i b dotyczyły zrealizowania robót budowy i przebudowy nawierzchni torowej, sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi w określonym w treści warunku zakresie. Pozostałe punkty odnosiły się m. in. do budowy lub przebudowy co najmniej 20 rozjazdów kolejowych, budowy lub przebudowy co najmniej 1 stacji kolejowej, budowy lub przebudowy co najmniej 1 systemu stacyjnych, scentralizowanych urządzeń SRK (sterowania ruchem kolejowym) na stacji liczącej co najmniej 20 zwrotnic, budowy lub przebudowy co najmniej 2 blokad liniowych wraz z powiązaniem do systemu stacyjnego. Oznacza to, że w ramach całego warunku Zamawiający oczekuje od Wykonawców wykazania się umiejętnością zrealizowania poszczególnych przedsięwzięć budowlanych, jednakże w ramach każdego z punktów tego warunku należało wykazać fakt zrealizowania ściśle określonych prac. Powyższe także potwierdza, że w ramach punktów a i b przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nie żądał przedstawienia dowodów na okoliczność zrealizowania kilku różnych przedsięwzięć, ale oczekiwał dowodów na potwierdzenie zrealizowania robót budowlanych w zakresie infrastruktury torowej i trakcyjnej o określonym zakresie.

W odniesieniu do odbiorów eksploatacyjnych należy wskazać, że na gruncie instrukcji określonych przez Zamawiającego, mogą one stanowić potwierdzenie wykonania robót. Po przeprowadzeniu odbiorów eksploatacyjnych możliwe jest otwarcie toru i korzystanie z wybudowanej infrastruktury. Protokoły eksploatacyjne potwierdzają zatem wykonanie prac budowlanych, co stanowi podstawę do uznania potwierdzenia warunku, którego treść referowała właśnie do wykazania wykonania określonej ilości infrastruktury torów. Jak wskazał Zamawiający, wykonanie odbiorów eksploatacyjnych poprzedzone jest przeprowadzeniem odbiorów technicznych dla poszczególnych branż. Powyższe oznacza także, że możliwe stało się odebranie części robót.

Wprawdzie Odwołujący dokonywali interpretacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu w oparciu o analizę treści umów i warunków kontraktowych FIDIC, jednakże w świetle postanowień umowy zastosowanie znajdują także inne regulacje. Zgodnie z pkt. 1.1.6.23 WSz „Regulacje Zamawiającego” oznaczają obowiązujące: instrukcje, wytyczne, standardy techniczne, dokumenty normatywne, warunki techniczne, zasady i procedury obowiązujące w spółce PKP PLK S.A., których tekst znajduje się na stronie internetowej [www.plk-sa.pl](http://www.plk-sa.pl) oraz w Załączniku Nr 7 do Warunków Szczególnych. Zatem w niniejszym postępowaniu znalazły zastosowanie powoływane przez wszystkie strony postępowania „Warunki i zasady odbiorów robot budowlanych na liniach kolejowych PKP PLK S.A.” W § 5 tego dokumentu wyróżniono kilka rodzajów odbiorów, w tym odbiory eksploatacyjne. Trafnie wskazywali Odwołujący, że odbiór końcowy (także wymieniony w

ww. dokumencie) stanowi potwierdzenie wykonania przez Wykonawcę przedmiotu umowy po całkowitym zakończeniu części lub całości robót oraz po wykonaniu z wynikiem pozytywnym pomiarów i badań.

Jednakże treść warunku dotyczyła jedynie wykonania robót budowlanych o określonym zakresie. Zamawiający nie żądał zakończenia zadania, umowy, inwestycji. Nie żądał także, aby wykonanie robót znalazło oparcie w protokole odbioru końcowego czy świadectwie przejęcia.

Zgodnie z ww. Instrukcją Zamawiającego, odbiory eksploatacyjne to odbiory wykonywane w celu przywrócenia eksploatacji linii kolejowej lub jej części po wykonanych pracach. Oznacza to, że protokół eksploatacyjny stanowi potwierdzenie wykonania prac, co referuje do treści warunku 8.6.1 pkt a i b.

Ponadto zgodnie z § 12 ww. dokumentu, do zadań komisji odbioru eksploatacyjnego należy również stwierdzenie jakości robót w porównaniu z dokumentacją oraz obowiązującymi przepisami, ustalenie wad w wykonywanych robotach oraz terminu ich usunięcia. Oznacza to, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający zaistniała podstawa do wystawienia na podstawie protokołu eksploatacyjnego referencji jako dokumentu zawierającego ocenę wykonanych przez Wykonawcę prac.

Izba oddalając odwołania w niniejszej sprawie przede wszystkim miała na uwadze okoliczność szczególną. Zamawiający przyznał, że w postępowaniach przez niego prowadzonych praktyką jest uznanie za wystarczające doświadczenia w wykonaniu robót objętych odbiorem eksploatacyjnym. Jako przykłady takich działań i pozytywnej oceny ww. doświadczenia Zamawiający powołał się na Wykaz robót firmy TORPOL S.A., złożony w postępowaniu pn. Wykonawstwo zastępcze na wykonywanie robót budowlanych na liniach kolejowych zarządzanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., w którym powołano się na doświadczenie z wykonania części robót odebranych na podstawie protokołu odbioru eksploatacyjnego, Wykaz robót firmy PORR S.A. złożony w postępowaniu pn. „Modernizacja systemów torowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą na linii kolejowej E59 na odcinku Krzyż - Dobiegniew, od km 81,877 do km 105,820, w którym powołano się na doświadczenie z wykonania części robót odebranych na podstawie protokołu odbioru eksploatacyjnego; Wykaz robót złożony przez SARINŽ Sp. z o.o. w postępowaniu pn. „Dostosowanie infrastruktury pasażerskiej na stacji Warszawa Gdańska do obsługi zwiększonej liczby pasażerów” realizowanego w ramach projektu POIiŚ 5.1-13 „Prace na linii średnicowej w Warszawie na odcinku Warszawa Wschodnia - Warszawa Zachodnia”, w którym powołano się na doświadczenie z wykonania części robót odebranych na podstawie protokołu odbioru eksploatacyjnego.

Powyższe oznacza, że przedstawienie protokołu eksploatacyjnego jako dokumentu

potwierdzającego wykonanie prac stanowi praktykę i konsekwentne działanie w przypadku niniejszego Zamawiającego, nie stanowi precedensu utworzonego na potrzeby pozytywnej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę Konsorcjum Intercor. W świetle powyższego, w szczególnych okolicznościach niniejszej sprawy, Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że uznanie zarzutów obu odwołań za zasadne prowadziłoby do sytuacji, w której Zamawiający w zależności od postępowania w jednym z nich dokonuje akceptacji doświadczenia, o którym mowa powyżej, a w innym postępowaniu neguje zasadność przyjęcia takiego rozwiązania, co mogłoby prowadzić do braku zachowania równości w ocenie wykonawców i sytuacji, w której wykonawca przystępujący do postępowania nie będzie posiadał pewności, czy dane doświadczenie, pozytywnie ocenione na gruncie poprzedniego przetargu, zostanie zaakceptowane również i w tym postępowaniu.

Nie są uzasadnione twierdzenia Odwołującego – Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Torpol S.A., Budimex S.A. odnoszące się do osiągnięcia prędkości docelowej jako okoliczności, która oznacza zakończenie prac, a więc w konsekwencji możliwość legitymowania się uzyskanym doświadczeniem w ramach postawionego warunku udziału w postępowaniu. Przede wszystkim treść warunku 8.6.1 nie zawierała takiego wymagania. Ponadto nawet uzyskanie przez Wykonawcę świadectwa przejęcia (które, stosownie do treści odwołania Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Torpol S.A., Budimex S.A. miało stanowić dokument stanowiący podstawę do legitymowania się zdobytym doświadczeniem w ramach przedmiotowego warunku) nie oznacza dopuszczenia do ruchu o docelowej prędkości. Dopuszczenie do ruchu o docelowej prędkości wymaga dłuższej procedury, celem uzyskania certyfikacji. W konsekwencji należało stwierdzić, że brak wskazanych dokumentów nie może stanowić dowodu na nienależyte wykonanie robót budowlanych.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Torpol S.A., Budimex S.A., wskazywali na przedstawiony przez siebie dowód w postaci wyciągu z informacji o wyniku kontroli NIK dotyczącej zadania modernizacji linii kolejowej E75 Rail Baltica na terytorium Polski. Z dokumentu tego wynikały okoliczności opóźnienia prac. Po pierwsze, należy zauważyć, że wykonawca nie przedstawił pełnej wersji raportu, a jedynie kilka stron. Ponadto kontrola została przeprowadzona pomiędzy 7 maja 2018 r. a 27 września 2018 r., natomiast odbiór tych prac nastąpił w pierwszym kwartale 2019 r. Stąd raport ten nie może stanowić dowodu na okoliczność, że Przystępujący Konsorcjum Intercor nie zrealizował wymaganych w treści warunku robót budowlanych. Również nie są takim dowodem przedstawiane informacje prasowe o opóźnieniach robót. Zamawiający nie zaprzeczał okoliczności występowania opóźnienia w realizacji całości inwestycji, jednakże przedmiotem oceny

spełnienia warunku udziału w postępowaniu była prawidłowość zrealizowanych robót torowych w określonym zakresie, potwierdzona protokołem eksploatacyjnym i technicznym, a także wystawione referencje, które potwierdzały zrealizowanie zamówienia.

Podobnie brak rozpoczęcia biegu terminu gwarancji, z uwagi na okoliczność, że może być uregulowane odrębną umową, nie może wpływać na ocenę spełnienia warunku udziału w niniejszym postępowaniu.

Na marginesie, niezależnie od powyższej argumentacji, wskazać należy, że do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu konieczne było wykazanie dwóch inwestycji dla każdego z punktów warunku (a i b). Odwołujący zakwestionowali dwie inwestycje, natomiast należy wziąć pod uwagę okoliczność, że w wykazie widnieją także inne, niezakwestionowane prace, a zatem spośród dwóch zakwestionowanych prac, wystarczającą do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest jedna robota budowlana.

W kontekście powyższego, nie zasługuje na uwzględnienie zarzut zaniechania wezwania Wykonawcy Konsorcjum Intercor do wyjaśnień.

Jak wskazał Zamawiający, dysponuje on szeregiem dokumentów związanych z realizacją Inwestycji Sadowne - Czyżew oraz Linii 447, zatem posiada szczegółową wiedzę na temat wszystkich okoliczności podniesionych w uzasadnieniu odwołania. Kierowanie do Konsorcjum Intercor jakiegokolwiek wezwania stanowiłoby działania nadprogowe stojące w sprzeczności z art. 25 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający ma prawo żądać jedynie dokumentów, które są niezbędne dla przeprowadzenia postępowania.

### **Sygn. akt KIO 356/20**

Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykazał, że posiada doświadczenie wykonywania robót „przy prowadzonym ruchu pojazdów kolejowych po torach sąsiednich”.

Zdaniem Odwołującego, z uwagi na okoliczność, że prace na torach nr 3 i 4 linii kolejowej nr 447 były prowadzone niemal przez cały okres realizacji prac w ramach Kontraktu 447 to oba tory pozostawały zamknięte, co oznacza brak uzyskania doświadczenia przy prowadzeniu ruchu pojazdów kolejowych po torach sąsiednich.

Odwołujący wywodził, że aby spełnić wymagania postawione przez Zamawiającego w treści SIWZ, Wykonawcy winni wykazać się doświadczeniem wykonywania robót przy prowadzonym ruchu pojazdów kolejowych po torach sąsiednich – na torach tej samej linii.



Przystępujący po stronie Zamawiającego - Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o., Stecol Corporation, Sinohydro Corporation Limited wyjaśnił, że zapewnił ruch pojazdów kolejowych po torach sąsiednich na linii nr 1, z którą sąsiaduje linia 447 (dotyczy to toru nr 3 linii 447). W czasie trwania prac w ramach Kontraktu 447 linia kolejowa nr 1 nie była wyłączona z ruchu. Zatem 21,6 km robót torowych i trakcyjnych (wartość ta, wskazana w Wykazie robót, odpowiada pracom na torze 3) wykonywana była „przy prowadzonym ruchu pojazdów kolejowych po torach sąsiednich”.

Jak wskazano powyżej, zgodnie z treścią warunku, Zamawiający wymagał, aby co najmniej 10,0 km robót zostało zrealizowane przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich. W treści warunku brak jest ograniczenia, na jakie wskazywał Odwołujący, aby ruch pojazdów kolejowych odbywał się po torach sąsiednich wyłącznie w ramach torów tej samej linii. W związku z powyższym, nie można uznać, aby Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o., Stecol Corporation, Sinohydro Corporation Limited wykazując posiadane doświadczenie zapewnienia ruchu pojazdów kolejowych po torach sąsiednich na linii nr 1, z którą sąsiaduje linia 447, nie spełnił wymagania postawionego w treści warunku.

Odwołujący nie wykazał, aby informacje przedstawione przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o., Stecol Corporation, Sinohydro Corporation Limited w jakikolwiek sposób mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd.

W konsekwencji nie można uznać, aby Wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o., Stecol Corporation, Sinohydro Corporation Limited wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie spełnienia wymagania SIWZ.

Dodatkowo należy wskazać, że bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy pozostaje podniesiona przez Przystępującego po stronie Odwołującego – Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Torpol S.A., Budimex S.A. argumentacja dotycząca § 25 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 18 lipca 2005 roku w sprawie ogólnych warunków prowadzenia ruchu kolejowego i sygnalizacji. Z treści tego paragrafu wynika, że wyprawienie pociągu na szlak jednotorowy lub na tor szlaku, w przypadku wprowadzenia ruchu jednotorowego dwukierunkowego, może nastąpić na podstawie porozumienia się dyżurnych ruchu sąsiednich posterunków zapowiadawczych ograniczających ten szlak i po uzyskaniu od dyżurnego ruchu posterunku ruchu przyjmującego pociąg pozwolenia na wyprawienie pociągu. Zdaniem Przystępującego, paragraf ten wskazuje na sposób rozpatrywania pojęcia toru sąsiedniego – tj. należy przyjąć, iż tor sąsiedni należy rozpatrywać w ramach szlaku, co z kolei oznacza, że takie rozumienie

należy przyjąć w ramach interpretacji warunków zamówienia w niniejszym postępowaniu. Argumentacja powyższa jest bezzasadna. Ww. paragraf stanowi jedynie instrukcję dla dyżurnych ruchu i nie może referować do treści warunku.

W świetle powyższego, zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o., Stecol Corporation, Sinohydro Corporation Limited z postępowania z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd jest bezzasadny.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....