

Sygn. akt: KIO 782/16

WYROK

z dnia 24 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2016 r. w Warszawie **odwołania** wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2016 roku **przez wykonawców** wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum w składzie:** 1.VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.(Lider konsorcjum) C\Orense 11, 4^a Planta, 28020 Madryt, Hiszpania; 2. Tecsa Empresa Constructora S.A. (Członek Konsorcjum) Avda. Madariaga 1, 48014 Bilbao, Hiszpania; 3. ELECTREN S.A. (Członek Konsorcjum) Avda. Del Brasil 6, 2^a Planta 28020 Madryt, Hiszpania; 4. NDI S.A. (Członek Konsorcjum) ul. Powstańców Warszawy 19; 81-718 Sopot 5. NDI Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) ul. Powstańców Warszawy Nr 19, 81-718 Sopot w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa

przy udziale przystępującego Konsorcjum: OHL ZS, a.s. ul. Buresova 938/17, 602 00 Brno, Veveri; Elektrizace zeleznic Praha a.s. z siedzibą w Pradze Praha 4 – Nusle, nam Hrdinu 1693/4a, PSC 140 00 Praga, Republika Czeska; Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie **po stronie zamawiającego.**

orzeka

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża 1.VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.(Lider konsorcjum) C\Orense 11, 4^a Planta, 28020 Madryt, Hiszpania; 2. Tecsa Empresa Constructora S.A. (Członek Konsorcjum) Avda. Madariaga 1, 48014 Bilbao, Hiszpania; 3. ELECTREN S.A. (Członek Konsorcjum) Avda. Del Brasil 6, 2^a Planta 28020 Madryt, Hiszpania; 4. NDI S.A. (Członek Konsorcjum) ul. Powstańców Warszawy 19; 81-718 Sopot 5. NDI Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) ul. Powstańców Warszawy Nr 19, 81-718 Sopot i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez 1.VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. (Lider konsorcjum) C\Orense 11, 4^a Planta, 28020 Madryt, Hiszpania; 2. Tecsa Empresa Constructora S.A. (Członek Konsorcjum) Avda. Madariaga 1, 48014 Bilbao, Hiszpania; 3. ELECTREN S.A. (Członek Konsorcjum) Avda. Del Brasil 6, 2^a Planta 28020 Madryt, Hiszpania; 4. NDI S.A. (Członek Konsorcjum) ul. Powstańców Warszawy 19; 81-718 Sopot 5. NDI Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) ul. Powstańców Warszawy Nr 19, 81-718 Sopot tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od 1.VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. (Lider konsorcjum) C\Orense 11, 4^a Planta, 28020 Madryt, Hiszpania; 2. Tecsa Empresa Constructora S.A. (Członek Konsorcjum) Avda. Madariaga 1, 48014 Bilbao, Hiszpania; 3. ELECTREN S.A. (Członek Konsorcjum) Avda. Del Brasil 6, 2^a Planta 28020 Madryt, Hiszpania; 4. NDI S.A. (Członek Konsorcjum) ul. Powstańców Warszawy 19; 81-718 Sopot 5. NDI Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) ul. Powstańców Warszawy Nr 19, 81-718 Sopot kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) 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:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi zamawiający, którym jest : PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centralne Biuro Zamówień ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa zwane dalej „zamawiającym”.

Odwołanie wniosło konsorcjum wykonawców w następującym składzie: 1.VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. (Lider Konsorcjum) C/Orense 11,4a Planta, 28020 Madryt, Hiszpania 2.Tecsa Empresa Constructora S.A. Avda. Madariaga 1,48014 Bilbao., Hiszpania 3.ELECTREN S.A. Avda. Del Brasil 6, 2a Planta 28020 Madryt, Hiszpania 4.NDIS.A. ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot 5.NDI Sp. z o.o. ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot , zwane dalej „odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego i jego przedmiotem jest „Realizacja robót budowlanych w ramach Przetargu nr 1 - Modernizacja odcinka Jaworzno Szczakowa - Trzebinia (km 1,150- 0,000 linii nr 134, km 15,810 - 29,110 linii nr 133)”.

Zamawiający nadał postępowaniu następujące oznaczenie: 6060/ICZ3/10216/04363/15/P.

Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 187-337870 w dniu 26 września 2015 roku .

Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2016 roku połączono do wspólnego rozpoznania niniejsze odwołanie i odwołanie konsorcjum ASTALDI S.p.A. ul.G.V.Bona 65; 00156 Rzym (Wochy) – Lider Konsorcjum i Costruzioni Linee Ferroviarie S.p.A. Via della Cooperazione 3440129 Bologna Włochy - Członek Konsorcjum w sprawie którego wydano odrębny wyrok oznaczony Sygn. akt KIO 775/16.

Podstawę prawną wniesionego odwołania stanowi: art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 oraz art. 182 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164) zwanej dalej „ustawą Pzp.”.

Zarzut naruszenia przepisów ustawy Pzp. odwołujący wywodzi z błędnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zawodowego. Odwołujący zaskarża czynność zamawiającego nieprzyznania jemu punktów za wskazaną we wniosku robotę budowlaną obejmującą również projektowanie o nazwie „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej Nr 1 na odcinku Koluszki

- Częstochowa” (strona 13 wniosku odwołującego). Rzec sprawdza się do nieprzyznania odwołującemu dodatkowych 50 punktów za to zamówienie mimo, iż w ocenie odwołującego wykonał je należycie i zamawiający powinien uwzględnić to doświadczenie w punktacji jego wniosku.

W związku z powyższą sytuacją odwołujący wskazał na naruszenie przez zamawiającego następujących przepisów: art. 51 ust. 1, 1 a i 2 ustawy Pzp., w zw. z art. 22 ust. 1 i 5 ustawy Pzp., w zw. z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp., w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe skutkowało nieprzyznaniem wnioskowi odwołującego 50 punktów za wykonanie zamówienia o nazwie „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej Nr 1 na odcinku Koluszki - Częstochowa” (strona 13 wniosku odwołującego).

Z kolei zamawiającego uważa, że roboty zostały nienależycie wykonane, z czym nie zgadza się odwołujący. Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący przywołuje wystawione z tytułu wykonania tego zamówienia Świadcstwo Przejęcia noszące datę 18 grudnia 2015 roku oraz nieprzerwaną od tej daty eksploatację przez zamawiającego linii kolejowej Nr 1 na odcinku Koluszki - Częstochowa, będącej przedmiotem tego zamówienia.

Odwołujący w związku z przedstawionymi powyżej okolicznościami wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności: unieważnienia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z dnia 29 kwietnia 2016 roku; przeprowadzenia ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem przedstawionego we wniosku zadania „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej Nr 1 na odcinku Koluszki - Częstochowa” (strona 13 wniosku odwołującego);zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący we wniesionym odwołaniu powołuje się na interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w myśl art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Wnioski o udział w postępowaniu złożyło 11 wykonawców, z czego jedynie 8 zostanie zaproszonych do złożenia oferty. Po prekwalfikacji wykonawców, odwołujący zajmuje obecnie 6 miejsce w rankingu, jednakże nie da się wykluczyć ryzyka, że wykonawcy z niższych pozycji oraz ci spoza zakwalifikowanej liczby ośmiu wykonawców złożą swoje odwołania. Na skutek uwzględnienia takich odwołań, wykonawcy ci mogą uzyskać dodatkowe punkty i wyprzedzić odwołującego w ogólnej klasyfikacji podmiotów zakwalifikowanych, pozbawiając go jednocześnie możliwości zaproszenia do złożenia oferty i uzyskania zamówienia. W związku z tym, nie ulega

wątpliwości, iż odwołującemu może grozić szkoda na skutek niezgodnych z prawem czynności zamawiającego.

Ponadto, uznanie odwołania w przedmiocie zgłoszonego zarzutu spowoduje usunięcie stanu niezgodnego z prawem i przyznanie odwołującemu takiej punktacji, jaka rzeczywiście wynika z przedstawionych we wniosku robót i którą odwołujący uzyskałby w przypadku ich prawidłowej oceny przez zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono następujący stan faktyczny i prawny sprawy.

Zgodnie z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, wykonawcy ubiegający się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zobowiązani byli wykazać m.in. spełnienie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z pkt II 1.1.1) Ogłoszenia: „Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę wykonania, w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: co najmniej 1 (jednej) roboty budowlanej odpowiadającej swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia. Za roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia zamawiający uzna roboty budowlane wykonane w ramach jednej lub więcej umów na zakres których składały się budowa lub przebudowa (w rozumieniu Prawo budowlane) co najmniej 10 km nawierzchni torowej i sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej o wartości co najmniej 36.000.000,00 złotych brutto (słownie: trzydzieści sześć milionów złotych), przy czym co najmniej 8 km robót wykonanych było przy prowadzonym ruchu po torze sąsiednim; UWAGA - w przypadku, gdy Wykonawca będzie wykazywał się wykonaniem budowy lub przebudowy co najmniej 10 km nawierzchni torowej i sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej w ramach więcej niż 1 (jeden) umowy, to każda z tych umów może dotyczyć odrębnych projektów/inwestycji i każda z tych umów musi obejmować odcinek nie krótszy niż 5 km, o wartości co najmniej 18.000.000,00 złotych brutto (słownie: osiemnaście milionów złotych).”

Punktacja za spełnienie powyższego warunku została przedstawiona w pkt IV. 1.2) Ogłoszenia: „Jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 8, Zamawiający zaprosi do składania ofert Wykonawców, którzy otrzymają najwyższe oceny spełniania warunków udziału według następujących zasad: 1. Za każde zrealizowane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone zamówienie obejmujące budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) co najmniej 10 km nawierzchni torowej i sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej o wartości co najmniej 36.000.000,00 złotych

brutto (słownie: trzydzieści sześć milionów złotych), przy czym co najmniej 8 km robót wykonane było przy prowadzonym ruchu po torze sąsiednim - Wykonawca otrzyma 30 punktów. Za każdy kolejny wybudowany lub przebudowany, w ramach powyższego zamówienia, odcinek nawierzchni torowej i sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej o długości 5 km, (maksymalnie cztery odcinki) - Wykonawca otrzyma 5 dodatkowych punktów (maksymalnie 20 dodatkowych punktów). W sumie wykonawca może otrzymać 50 punktów w jednym Zamówieniu."

Dla wykazania spełniania powyższego warunku odwołujący przedstawił zamawiającemu 4 roboty, tj.:Castellbisbal/Papiol-Mollet Santfost, Koluszki-Częstochowa, linia kolejowa 272 Kluczbork-Poznań I, linia kolejowa 272 Kluczbork-Poznań II.

Zgodnie z pismem z dnia 29 kwietnia 2016 roku zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z przekazaną informacją, tylko jedna ze wskazanych przez odwołującego robót, tj. Castellbisbal/Papiol-Mollet - została uznana przez Zamawiającego i podlegała punktacji (50 pkt za zamówienie). Zamawiający nie uwzględnił natomiast Odwołującemu pozostałych robót, w tym roboty dotyczącej linii kolejowej Nr 1 Koluszki-Częstochowa, wskazując na rzekome nienależyte jej wykonanie.

Odwołujący nie zgadza się z opinią zamawiającego i wskazuje, że również to zamówienie powinno podlegać punktacji, bowiem zostało wykonane prawidłowo. Powyższe potwierdza wydanie Odwołującemu 18 grudnia 2015 roku za to zamówienie Świadectwa Przejęcia, a także okoliczność nieprzerwanej eksploatacji linii kolejowej nr 1 Koluszki-Częstochowa przez zamawiającego. Wskazane w Świadectwie Przejęcia usterki nie mają charakteru istotnych i podlegają usunięciu w terminie do 31 lipca 2016 roku, który jeszcze nie upłynął.

Odwołujący - działając w konsorcjum - był głównym wykonawcą tej inwestycji. Było to zamówienie realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”, do którego zastosowanie miały „Warunki Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych u mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez wykonawcę” - tzw. żółty FIDIC („FIDIC”).

Dowód: Wyciąg z Umowy zamawiającego i odwołującego na realizację przedmiotowego zadania

Odwołujący wykonał opisane powyżej zamówienie, na dowód czego dnia 18 grudnia 2015 roku otrzymał Świadectwo Przejęcia.

Dowód: Kopia Świadectwa przejścia z 18 grudnia 2015 roku.

Zgodnie z treścią Świadcstwa Przejęcia, odwołujący ukończył roboty objęte zamówieniem w sposób umożliwiający ich eksploatację dnia 4 grudnia 2015 roku, natomiast roboty niedokończone oraz wady niemające wpływu na możliwość eksploatacji inwestycji miały zostać wykonane przez odwołującego w terminie późniejszym (tj. do 31 lipca 2016 roku - termin ten jeszcze nie upłynął).

W ocenie Odwołującego, otrzymanie Świadcstwa Przejęcia potwierdzającego możliwość eksploatacji zamówienia jest równoznaczne z potwierdzeniem jego należytego wykonania.

W myśl klauzuli 10.1 FIDIC, Świadcstwo Przejęcia wystawiane jest wykonawcy na jego wniosek, gdy roboty zostały ukończone zgodnie z kontraktem, poza drobniejszymi zaległymi pracami czy wadami, których dokończenie czy usunięcie nie będzie miało znaczącego wpływu na użytkowanie robót zgodnie z przeznaczeniem. W Świadcstwie Przejęcia wskazywana jest data ukończenia robót.

Wystawienie przez Inżyniera Kontraktu Świadcstwa Przejęcia ma, podobnie jak protokół odbioru, charakter akceptujący. Inżynier Kontraktu nie ma bowiem obowiązku wystawienia takiego dokumentu, pomimo złożenia stosownego wniosku przez wykonawcę, jeżeli stan realizacji robót uniemożliwia jego odbiór i użytkowanie. W takim bowiem przypadku Inżynierowi Kontraktu przysługuje prawo do odrzucenia wniosku o wydanie tego dokumentu połączone ze wskazaniem przyczyn i określeniem robót, których wykonanie przez wykonawcę jest wymagane do wystawienia Świadcstwa Przejęcia.

Ponadto należy zwrócić uwagę, że wydanie Świadcstwa Przejęcia poprzedza przeprowadzenie udanych prób końcowych, które obejmują próby przed-odbiorowe, próby odbiorowe, oraz eksploatację próbną włącznie z próbami wydajności w celu zademonstrowania, że roboty odpowiadają kryteriom sprecyzowanym w wymaganiach zamawiającego i w wykazie gwarancji (klauzula 9.1 FIDIC). Wydanie Świadcstwa Przejęcia poprzedza przekazanie Inżynierowi Kontraktu dokumentacji powykonawczej (klauzula 5.6 FIDIC). Na uwagę zasługuje również okoliczność, że wystawienie Świadcstwa Przejęcia kończy okres Czasu na Ukończenie robót w rozumieniu klauzuli 8.2 FIDIC. Ponadto Świadcstwo Przejęcia pozwala zamawiającemu na przejęcie przedmiotu odbioru w posiadanie i umożliwia mu ich używanie, zgodnie z założonym celem.

Odnosnie wskazanych w Świadcstwie Przejęcia wad i usterek, należy podkreślić, że wystąpienie w zakończonych robotach budowlanych wad i usterek nieistotnych, tj. takich, które nie uniemożliwiają korzystania z przedmiotu zamówienia, nie powoduje powstania po stronie zamawiającego prawa do powstrzymania się z odbiorem wybudowanego obiektu lub wykonaniem innych obowiązków spoczywających na zamawiającym.

Takie stanowisko potwierdza także orzecznictwo sądów powszechnych. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2007 roku, sygn. akt: V CSK 99/07 oraz Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 kwietnia 2009 roku, sygn. akt: V ACa 88/2009, ujawnienie wad robót budowlanych nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót zgodnie z art. 647 k.c. (a z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 i art. 638 k.c.). W orzecznictwie przyjmuje się także, że w przypadku kodeksowej umowy o roboty budowlane o niewykonaniu zobowiązania nie można mówić, jeżeli wykonawca wykonał roboty lecz są one wadliwe. Decydujące znaczenie ma charakter wad. Z niewykonaniem zobowiązania z umowy o roboty budowlane mamy do czynienia wówczas, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane w ogóle bądź gdy stwierdzona wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia normalne wykorzystanie rezultatu robót lub odbiera im cechy wyraźnie oznaczone w umowie istotnie zmniejszając ich wartość. Z omawianych względów za dokument potwierdzający prawidłowe wykonanie robót niekoniecznie musi być uznawany wyłącznie bezusterkowy protokół odbioru.

Odwołujący powołuje się także na § 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 roku, poz. 231). Zgodnie z powołanym przepisem wykonawcy, w przypadku wykazywania doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych, zobowiązani są złożyć dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Sformułowanie użyte w § 1 ust. 1 pkt 2 przywoływanego rozporządzenia prowadzi do wniosku, iż wykonawca ma obowiązek złożyć dokumenty, które mają dowodzić faktu prawidłowego ukończenia i wykonania robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Ustawodawca w przypadku robót budowlanych (odmiennie niż w przypadku usług i dostaw o charakterze ciągłym i okresowym) nie pozwala więc na wykazywanie się doświadczeniem w robotach trwających, a tylko takich które zostały ukończone. Z przepisu tego wynika również, że przedmiotem dowodzenia jest jedynie prawidłowe ukończenie takiego zakresu robót, który wynika z treści łączącego strony podstawowego stosunku zobowiązaniowego. W pojęciu tym nie mieści się natomiast brak jakiegokolwiek wady w chwili oddania robót budowlanych. Wykryte wady oczywiście podlegają usunięciu, co jednak nie stoi na przeszkodzie uznaniu, że roboty zostały prawidłowo ukończone. Ponadto podkreślić należy, że w pojęciu tym nie mieści się również konieczność udowodnienia, iż usunięto wszystkie wady ujawnione w okresie gwarancji i rękojmi.

Odwołujący wskazuje, że nie uchyla się w żadnym wypadku od usunięcia wad i usterek wskazanych w Świadectwie Przejęcia. Stwierdza jednakże, że termin na ich usunięcie jeszcze nie minął.

Odwołujący podnosi również, że od momentu ukończenia robót do dnia dzisiejszego zamawiający eksploatuje linię kolejową Nr 1 bez żadnych ograniczeń i wyłączeń, co bezsprzecznie potwierdza prawidłowe i należyte wykonanie zamówienia. W przeciwnym razie korzystanie z inwestycji nie byłoby w ogóle możliwe.

Odwołujący wywodzi, iż prezentowana przez niego argumentacja znajduje pełne odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej („KIO”). Przykładowo, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 11 maja 2011 roku, sygn. akt: KIO 902/11: „Wydanie Świadectwa Przejęcia jest pokwitowaniem wykonania przedmiotu umowy przez wykonawcę i jednocześnie pokwitowaniem wydania go zamawiającemu w stanie umożliwiającym jego prawidłową eksploatację, nie wykluczając jednak potrzeby wykonania prac zaległych, a także usunięcia wad i usterek w terminie wskazanym przez Inżyniera Kontraktu”. Do podobnego stanowiska przychylił się również skład orzekający w sprawie o sygn. akt KIO 1507/11 w wyroku z 27 lipca 2011 roku: „Świadectwo Przejęcia wystawione przez Inżyniera Kontraktu może być uznane za dokument potwierdzający zakończenie robót i ich prawidłowe wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej jako odpowiednik protokołu odbioru, jeśli strony na zasadzie swobody umów wyrażonej w art. 353¹ k.c. przeniosły do okresu zgłaszania wad etap wykonania drobnych zaległych prac i usunięcia drobnych wad, uznając że nie stoi to na przeszkodzie przejściu obiektu do eksploatacji i zapłaty wynagrodzenia”.

Wobec powyższego, odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, że roboty budowlane dotyczące linii kolejowej Nr 1 Koluszki-Częstochowa, zostały wykonane w sposób nienależyty. Zakwalifikowanie robót budowlanych dotyczących linii kolejowej Nr 1 Koluszki-Częstochowa jako nienależyte, jest sprzeczne z przepisami prawa, co potwierdza zarówno linia orzecznicza KIO, jak i orzecznictwo sądów powszechnych. Należy uznać, że wystawienie Odwołującemu Świadectwa Przejęcia stanowi potwierdzenie należytego wykonania robót budowlanych.

Odwołujący wskazuje, że kwestia ostatecznego rozliczenia zamówienia o nazwie „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej Nr 1 na odcinku Koluszki - Częstochowa” nie została dokonana. Odwołujący przedstawił bowiem zamawiającemu swe roszczenia wynikające z wykonywania robót dodatkowych oraz opóźnień, za które winę ponosi zamawiający. Nie zmienia to jednak, że przedmiot zamówienia został wykonany w sposób należyty i zgodnie ze sztuką budowlaną oraz został przyjęty do eksploatacji przez zamawiającego. Odwołujący wskazuje, że jego wynagrodzenie za realizację przedmiotowej inwestycji nie zostało obniżone, co także potwierdza należyte i bezusterkowe jej wykonanie (w przeciwnym razie zamawiający obniżyłby wynagrodzenie

odwołującego). Ponadto podnosi, że opóźnienia były spowodowane okolicznościami, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający.

W związku z powyższym, zamawiający powinien był uwzględnić to zamówienie wskazane przez odwołującego w wykazie robót na stronie 13 wniosku i doliczyć mu 50 pkt za to zamówienie. Zaniechanie zamawiającego w tym względzie stanowi naruszenie przepisów ustawy P.z.p. W tym stanie rzeczy odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Przedmiotem sporu pomiędzy odwołującym i zamawiającym jest ustalenie czy określone w odwołaniu roboty budowlane, opisane powyżej („Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej Nr 1 na odcinku Koluszki - Częstochowa”), zostały wykonane w sposób prawidłowy i zgodnie ze sztuką budowlaną. Od powyższego potwierdzenia uzależnione jest przyznanie punktów (50 punktów) złożonemu wnioskowi co przekłada się na pozycję odwołującego w rankingu wniosków w sytuacji gdy na 11 wnioskodawców ośmiu wykonawców jest kwalifikowanych do złożenia oferty.

Odwołujący aktualnie zakwalifikował się do wykonawców, których zamawiający będzie zapraszał do składania oferty ale sytuacja ta może ulec zmianie i czego obawia się odwołujący. Z uwagi na możliwość składania odwołań zarówno przez wykonawców zakwalifikowanych jak i niezakwalifikowanych, odwołujący może znaleźć się poza gronem wykonawców zapraszanych do składania ofert. Tym samym potwierdza się interes odwołującego do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do meritum sprawy to odwołujący żąda przyznania jemu kolejnych punktów (50) z racji wykonania robót odpowiadających przedmiotowi zamówienia na linii Koluszki –Częstochowa gdzie zamawiającym jest ten sam zamawiający co w niniejszym postępowaniu. Natomiast zamawiający znając wykonanie tych robót przez odwołującego w ramach konsorcjum nie uznaje je za należycie wykonane i odmawia przyznania za nie 50 punktów.

Odwołujący na poparcie swojego żądania przywołał wystawione przez zamawiającego w miesiącu grudniu 2015 roku Świadcstwo Przejęcia Robót to jest dokumentu obowiązującego według żółtego FIDIC. Treść tego dokumentu potwierdza, że przedmiotem umowy było

zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Odwołujący nie zaprzecza istnieniu usterek i wad ale w jego ocenie nie stanowią przeszkody w kwalifikacji, odebranych zresztą przez zamawiającego, robót jako wykonanych prawidłowo i zgodnie ze sztuką budowlaną. Odwołujący złożył w poczet dowodów Świadectwo Przejęcia Robót z dnia 18.12.2015 roku. Z treści tego dokumentu wynika, że roboty, których zakres został określony w protokółach branżowych Odbioru Końcowego Robót oraz notatkach służbowych załączniki od nr 3 do nr 21 do Świadectwa zostały ukończone w dniu 04.12.2015 roku. „Wady oraz niedokończone roboty nie mające wpływu na użycie Robót wymienione zostały w załączonych protokółach branżowych Odbioru Końcowego Robót oraz notatkach służbowych – załączniki od nr 2 do 21. Termin usunięcia, wszystkich wskazanych wad to maksymalnie 31.07.2016 roku. Końcowa wartość robót zostanie określona w Końcowym Rozliczeniu Wykonawcy. Okres zgłaszania wad to 36 miesięcy od daty wystawienia Świadectwa Przejęcia. Do Świadectwa Przejęcia wymienia się 21 załączników poszczególnych branż wykonanych robót (np.: branży teletechnicznej, branży energetyki NN, obiekty inżynieryjne, branża nawierzchnia, podtorze i przejazdy, branża sieć trakcyjna, branża kubatura z peronami, branża SRK, geodezyjna dokumentacja powykonawcza) oraz wykaz robót zaległych oraz wykonanych w innej technologii niż wskazano w umowie.

Odwołujący również w poczet dowodów przedłożył protokoły odbioru częściowego technicznego/ eksploatacyjnego/ robót z dnia 28.07.2014r. i z dnia 15 października 2014 w Rudnikach oraz z dnia 05.08.2014r. w Piotrkowie Trybunalskim. Każdy z tych protokółów zawiera załączniki o nazwie „usterki dotyczące robót na torach” odnoszące się do robót torowych, automatyki kolejowej, peronów, elektroenergetyki, obiektów inżynieryjnych ,sieci trakcyjnych, w tym przejazdów oraz branży mostowej.

Odwołujący przedłożył Protokół odbioru Końcowego inwestycji z dnia 18.12.2015 roku pn.„Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 1 na odcinku Koluszki –Częstochowa”. Z treści tego dokumentu wynika, że na odcinku 125 kilometrów torów prace wykonywało około 60 (sześćdziesięciu) podwykonawców. Z Części II pkt 2 Terminowość wykonania zobowiązań: termin przekazania placu budowy: 30.04.2013 roku; termin rozpoczęcia robót:17.04.2013 roku; termin zakończenia robót: umowny: 16.04.2015 rzeczywisty: 04.12.2015; 3. Przyczyny powstania opóźnień: niewystarczający potencjał wykonawcy, brak właściwej organizacji robót, niedotrzymywanie terminów zamknięć torowych; 4. Opóźnienie wykonania robot: 230 dni Komisja odbioru uznaje za nieusprawiedliwione i ustala nienaliczanie kar umownych; 6. Zabezpieczenie i utrzymanie odebranego zespołu obiektów należy do PKP Zakład Linii Kolejowych w Łodzi i w Częstochowie. Część IV Ewentualne zastrzeżenia stron do ustaleń protokołu: Brak; Protokół po przeczytaniu podpisano: w tym przedstawiciel wykonawcy.

Do akt sprawy przedłożono Opinię w przedmiocie zasadności żądania przez wykonawcę wystawienia świadectwa przejęcia dla części robót stałych użytkowanych przez zamawiającego. Dla przedmiotowego projektu na odcinku „Koluszki –Częstochowa”. Opinię sporządzono dla Konsorcjum: „POL- AQA – DRAGADOS-VIAS-ELECTREN- LKI Koluszki-Częstochowa. Autor opinii T. L. –prezes Zarządu SIDiR oraz K. G. – radca prawny data sporządzenia 30 czerwca 2015 roku. Wnioski: i. Po pisemnym zgłoszeniu przez Wykonawcę gotowości robót do odbioru, Zamawiający ma obowiązek przystąpić do procedury odbiorowej dla całości Robót na podstawie art.647 k.c. w związku z subklauzulą 10.1.iii. W przypadku rozpoczęcia użytkowania części Robót przez zamawiającego, uważa się, że Świadectwo Przejęcia dla części robót zostało wydane, a inżynier zobowiązany jest na żądanie Wykonawcy wystawić jego formę pisemną na podstawie Subklauzuli 10.2.c. iv W każdym z przypadków opisanych w pkt i-iii Wykonawca przestaje być odpowiedzialny za przejętą przez Zamawiającego część Robót, ale musi przeprowadzić ewentualne zaległe próby i dostarczyć brakujące części dokumentacji powykonawczej (kolaudatu).

Odwołujący załączył również umowę nr 90/114/0003/13/I/I na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej Nr 1 na odcinku Koluszki –Częstochowa z dnia 16 kwietnia 2013 roku.

Zamawiający wniósł o przesłuchanie świadka Dyrektora Projektu K. P. na okoliczność ustalenia okoliczności braku zmiany harmonogramu zamknięć torowych dla wykonywania robót oraz na okoliczność przyczyny nieprzestrzegania terminów robót przewidzianych w tej umowie, a także na okoliczność notatki prasowej dla Dziennika Łódzkiego w dniu 29 września 2015 r. (przedłożona przez odwołującego).

Świadek ten między innymi zeznał, że umowa, która miała być zawarta w styczniu 2013 r. faktycznie została zawarta 16 kwietnia 2013 roku. Od jej początku powstała kwestia zmiany terminu wykonania i zmiany wynagrodzenia. Umowa przewidywała korektę harmonogramu, co zresztą nastąpiło to za zgodą inżyniera kontraktu na wniosek wykonawcy w dniu 14 stycznia 2014 r. i na wykonanie umowy zadysponowano 730 dni. Termin ten liczony był od dnia podpisania umowy (umowa została podpisana 16 kwietnia 2013 r.) i te 730 dni upływało 17 kwietnia 2015 r. W okresie wykonywania robót na obiektach nr 50 i 51 w okresie od września do grudnia 2015 r. odwołujący stwierdził, że na tym obiekcie jest wada i zarządził robót dodatkowych, które wycenił według pamięci świadka na 5 mln zł. Obiekty 50 i 51 stanowiły wiadukty kolejowe nad S8 a drugi w mieście –występował tam problem tego typu, że okazało się że obiekt był nieszczelny, do wnętrza przedostała się woda - dlatego konieczne były prace odwadniające i antykorozyjne. Świadek zgodnie z sugestiami

odwołującego z 2013 r. postawił sprawę na Komitecie Inwestycyjnym, o roboty dodatkowe w związku z koniecznością robót odwodnieniowych na zgłaszanych obiektach przez odwołującego – wówczas odmówiono, ponieważ stwierdzono, że roboty odwadniające są przewidziane w ramach kontraktu. Odwołujący miał przewidziane w harmonogramie dwa razy zamknięcia po 3 miesiące, ale mimo to nie wykonał ich w terminie. Świadek uważa, że kierował się bardzo dużą przychylnością do zgłaszanych wniosków Pana R. O., który jest trzecim przedstawicielem odwołującego na budowie. Uwzględniając wnioski musiał brać pod uwagę obiektywne okoliczności takie jak konieczność zmiany rozkładu pociągów. Świadek również zeznał, że gdyby odwołujący dysponował odpowiednim potencjałem technicznym, fachowym i nie występowałyby wzajemne niszczenia wykonawców wykonanych przez siebie robót (co było nagminne), to roboty powinny być wykonane do grudnia 2014. Żenujące były sytuacje kiedy przychodziliśmy na odbiór zgłoszony przez wykonawcę, a okazywało się że inny wykonawca zniszczył część robót – na tych robotach było ok. 70 podwykonawców. Roboty nie raz były wykonywane 2, 3 razy z uwagi, że nie dotrzymano wymagań projektowych. Świadek uważa, że przyczyny opóźnienia w realizacji kontraktu, który powinien skończyć się 16 kwietnia 2015 r. a skończył się w grudniu 2015 roku leżą definitywnie po stronie odwołującego.

Odnosząc się do notatki prasowej z Dziennika Łódzkiego z września 2015 r. to była ona sporządzona w ramach promocji kontraktu.

Odpowiadając na pytanie co do rodzaju wad i usterek ujętych w załącznikach do Świadectwa Przejęcia Robót świadek oświadcza, że przejeżdżając w miesiącu marcu 2016 roku drezyną pomiarową wykazano szereg odchyłów torów od norm technicznych. W związku z tym zakłady Linii Kolejowych w Częstochowie i Łodzi wprowadziły szereg ograniczeń (6) od 60 nawet do 30 km/h. Są to usterki klasy C, tj. odchyły od parametrów technicznych. Różnych usterek w tym tabliczek znamieniowych jest ok. 1000; są to wszystkie usterki wpisane w protokołach branżowych w związku z którymi będą wyłączenia z ruchu. W trakcie realizacji zidentyfikowano 1800 usterek – nigdy nie było kontraktu z taką ilością usterek. Na pytanie jak świadek odniesie się do zapowiedzi odwołującego wytoczenia procesu o zapłatę czy odszkodowanie. Świadek stwierdził, że widocznie parce były źle wycenione, zorganizowane. To świadek musiał odwołującemu sporządzić harmonogram. Spotykał się z co najmniej raz w tygodniu i mówił odwołującemu jak wykonywać roboty, mimo że roboty są proste. Na pytanie odwołującego, kiedy została sporządzona korekta harmonogramu zamknięć torowych – świadek odpowiada, że nad korektą harmonogramu pracowano listopad/grudzień 2013 r., a ostateczna korekta została zatwierdzona przez inżyniera kontraktu 14 stycznia 2014 r. i została przekazana wykonawcy. Na pytanie odwołującego czy wykonawca otrzymał korektę harmonogramu w styczniu 2014 r. – świadek wyjaśnił, że przede wszystkim nie zakładał

robót po grudniu 2014 r. Wykonawca wszedł w konkretne roboty w dniu 19 sierpnia 2013 r. zamiast miesiąca czerwca. Na pytanie odwołującego kto właściwie przygotował korektę i czy były uwzględniane wszystkie wnioski – świadek zeznał, że harmonogram przygotował jako załącznik do SIWZ i korekty przez Panią K. ze strony wykonawcy były robione na jego harmonogramie. Starał się je uwzględniać, ale gdyby wszystkie propozycje korekty uwzględniał to do dzisiaj roboty nie byłyby skończone. Na pytanie odwołującego kiedy zostały przygotowane harmonogramy zamknięć torów dla ostatniego odcinka w 2015 r. Piotrków Trybunalski - Rozprza - świadek zeznaje, że były przesunięcia na tym odcinku, ale one wynikały z tego, że poprzednie roboty nie były wykonane w terminach i postanowił skrócić ten czas. Tym bardziej, że większość robót była wykonywana nie na torze 1 na torze 2, ale to się dokonywało na naradach w uzgodnieniu z wykonawcą. Wszystkie te kwestie były omawiane. Co do podpisania świadectwa przejęcia robót mimo szeregu usterek to stwierdził, że jest okres gwarancyjny i wykonawca będzie długo te usterki usuwać. Świadectwo przejęcia jest nam potrzebne, bo roboty trzeba kiedyś skończyć. Na pytanie Pana O. na ilu metrach na odcinku 120 km włączono ograniczenia prędkości w związku z wynikami drezyny pomiarowej – świadek zeznaje, że tak jak już mówił ograniczeń było 6, ale pociąg w każdym przypadku musi przejechać, wyhamować i rozpędzić się. Na pytanie M. N. o harmonogram skorygowany w styczniu 2014 r. czy był on uwzględniany z wykonawcą – świadek zeznaje, że harmonogram był uzgadniany; nie otrzymał sprzeciwu od wykonawcy. Na pytanie M. N. czy świadek nie przypomina sobie, że między styczniem a lipcem 2014 r. kiedy powstał kolejny harmonogram nie było zgłaszane roszczenia wykonawców o roboty dodatkowe – świadek zeznaje, że odwołujący zupełnie inaczej rozumie umowę, zakres umowy, harmonogram – np. w grudniu 2014 r. zgłosił do odbioru obiekt, który nie był odwodniony uznając, że nie ma odwodnienia w zakresie robót, a jest zapisana wymiana rozjazdów wraz z odwodnieniem; później to zostało zrobione. Na pytanie M. N. co świadek może powiedzieć o przyłączeniu napięcia na przejeździe kolejowym w 195 kilometrze – świadek odpowiada, że odwołujący utożsamia PKP Energetyka z jego spółką, a to jest odrębna spółka za którą nie odpowiada zamawiający. Pełnomocnik przystępującego B. L. – O.: czy w świetle okoliczności świadek może odpowiedzieć czy kontrahent wykonał należycie umowę – świadek zeznaje, że należycie to ona będzie dopiero wykonana.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący, w myśl leżącego po jego stronie ciężaru dowodowego wynikającego z art. 6 k.c., nie wykazał wykonania robót budowlanych torowych na odcinku kolejowym Koluszki - Częstochowa w sposób należyty w tym zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo

ukończonych. Bowiern przedłożonemu do sprawy Świactwu Przejęcia Robót z dnia 18.12.2015 roku zaprzecza w szczególności Protokół odbioru końcowego inwestycji z tej samej daty oraz zeznania świadka K. P. Dyrektora Projektu ze strony zamawiającego. Znaczenia w sprawie nabiera również okoliczność, że zamawiającym w postępowaniu odwoławczym jak i w postępowaniu z którego odwołujący posługuje się Świactwem Przejęcia Robót, jest ten sam zamawiający. W zawisłej sprawie zamawiający zaprzecza prawidłowemu wykonaniu robót a odwołujący wręcz przeciwnie twierdzi o ich należywym wykonaniu. Izba w celu ustalenia rzeczywistego stanu faktycznego w sprawie posłużyła się szeregiem dokumentów przedłożonych przez strony jak i posłużyła się zeznaniem świadka. Przy czym wszystkie środki dowodowe Izba uznaje za równorzędne i służące ustaleniu rzeczywistego stanu rzeczy. Izba na podstawie ustaleń, wynikających z przeprowadzonych na rozprawie dowodów opisanych powyżej, zważyła jak poniżej.

Co do Świactwa Przejęcia Robót to jest dokument ze swej natury mający na celu potwierdzenie przedmiotu odbioru robót w takim stanie, że nawet przy istnieniu usterek i wad nadaje się ten przedmiot do użytku. Czyli przedmiot objęty Świactwem Odbioru Robót jest w stanie spełnić zakładane dla danego przedmiotu funkcje. Co do zasady uważa się, że wymienione w świactwie przejęcia odbioru robót, usterek i niedoróbki nie niweczą skutku jakim jest odbiór roboty. Bowiern gdyby robota nie spełniała zakładanej funkcji to odbiór nie miałby znaczenia jaki mu się przypisuje. Zamawiający dokonując odbioru robót przejmuje na swoje ryzyko przedmiot tracąc roszczenia do przedmiotu, których nie zgłosił na etapie odbioru oraz te, które mógł dostrzec przy należytej staranności. Faktem bezspornym jest, że zamawiający wystawił Świactwo Przejęcia w dniu 18.12.2015 roku i użył w nim sformułowanie w rodzaju nadaje się do użytku („wady oraz niedokończone roboty nie mające wpływu na użycie Robót wymienione zostały w załączonych protokołach branżowych Odbioru Końcowego Robót”). Należy również wskazać, że do Świactw Przejęcia wystawiono ponad dwadzieścia protokołów w tym branżowych gdzie nie tylko opisano przedmiot odbioru ale również usterek i różnego rodzaju wady. Z samego Świactwa Przejęcia wynika, że zamawiający wyznacza generalnie na usunięcie wad termin niespełna ośmiu miesięcy to jest do dnia 31.07.2016 roku zważywszy, że protokół został podpisany dnia 18.12.2015 roku. Niemniej odwołujący, który chce wykazać swoje racje, co do prawidłowego wykonania robót, nie przedkłada załączników wymienionych w Świactwie Przejęcia. Takie postępowanie odwołującego powoduje, że Izbie brak podstaw do przyjęcia za wiarygodne twierdzenia odwołującego o nieistotności wymienionych tam usterek i wad. Izba ewentualnie mogłaby przyjąć takie twierdzenia za wiarygodne ale w sytuacji gdyby nie zeznania świadka K. P. . Świadek ten oświadczył o wystąpieniu usterek i wad dyskwalifikujących użycie wykonanych robót zgodnie z ich przeznaczeniem. Jak nazwa

zamówienia wskazuje roboty torowe na trasie kolejowej Koluszki –Częstochowa miały polepszyć komunikację kolejową. Pociągi mają poruszać się z prędkością do 120 km/h. Tym okolicznościom żadna ze stron nie zaprzeczyła. Natomiast świadek dwukrotnie na rozprawie zeznał, że drezyna pomiarowa w miesiącu marcu 2016 roku stwierdziła na odcinku 6 miejsc, w których są odchylenia od wymaganych parametrów technicznych dla torów. Z tego powstała konieczność ograniczenia prędkości przez Polskie Linie Kolejowe PKP w Łodzi i w Częstochowie w niektórych miejscach do 60 a nawet do 30 km/h. Tym zeznaniem odwołujący nie zaprzecza. Ta powstała sytuacja powoduje, że nie można przypisać wykonanej robocie znamion „prawidłowo wykonane” jak również nie można przypisać znamion „wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną”. Chyba, że wykolejanie się pociągów na niesparametryzowanych torach kolejowych miałyby być zgodne ze sztuką budowlaną. Reasumując Świadcstwo Przejęcia Robót, w kontekście nie ujawnionych ponad dwudziestu załączników ujmujących usterki i wady oraz biorąc pod uwagę zeznania K. P., nie ma w niniejszej sprawie waloru jaki przypisuje się temu dokumentowi w praktyce budowlanej. Miarodajnym do oceny znaczenia w niniejszej sprawie Świadcstwa Przejęcia Robót jest odpowiedź świadka na pytanie uczestnika czy roboty są wykonane prawidłowo. Świadek na to pytanie udzielił odpowiedzi „będą dopiero prawidłowo wykonane” jak i poprzednie stwierdzenie świadka „te roboty w końcu trzeba było odebrać”. Zresztą cytowane przez odwołującego orzecznictwo Sądu Najwyższego i sądów powszechnych wskazuje na obowiązek zamawiającego w związku z treści art. 647 k.c. odbioru robót i ewentualnego dochodzenia praw w ramach gwarancji. Podsumowując co do zasady odbiór robót jest dowodem na wykonanie robót z domniemaniem należytego ich wykonania. Domniemanie to zostało w toku postępowania odwoławczego obalone zarówno przez zeznania świadka jak przez nie przedstawienie całości dokumentu jakim jest Świadcstwo Przejęcia wraz z załącznikami. Dopiero ocena informacji zawartych również w załącznikach do Świadcstwa Przejęcia mogłaby stanowić dowód na prawidłowe zgodne ze sztuką wykonanie robót budowlanych.

Twierdzeniom odwołującego co do prawidłowego wykonania zamówienia przeczy treść Protokołu końcowego wykonania robót również z dnia 18.12.2015 roku. Na podstawie powyżej dokonanych ustaleń Izby wynika okoliczność przekroczenia terminu wykonania robót o 230 dni w stosunku do terminu umownego. W protokole tym stwierdza się, że przyczyny opóźnienia robót leżą w niewłaściwej organizacji robót, w braku potencjału wykonawczego. Stwierdza się także, że liczba podwykonawców około siedemdziesięciu powodowała, że na zgłaszanych odbiorach przez jednych podwykonawców, inni podwykonawcy zdążyli zepsuć, zniszczyć wykonane prace, co wymagało ponownego ich wykonania czy konieczności naprawienia. Następnym mankamentem organizacji

wykonywania robót było niedotrzymywanie wyznaczonych terminów zamknięć torowych. Powyższe okoliczności zostały przyznane podpisem przedstawiciela wykonawcy na Protokole Końcowego Odbioru Robót. Ponadto stawiane pytania świadkowi na rozprawie wskazują na ustępstwa w zakresie uzgadniania harmonogramu zamknięć torowych. Przy czym uwzględniając obowiązujące procedury zmiany rozkładów jazdy nie zawsze z przyczyn obiektywnych można było spełnić wszystkie oczekiwania wykonawcy. Niemniej należy mieć na uwadze, że zmiany zamknięć torowych wymuszały opóźnienia wykonawcy. Izba wzięła pod uwagę również okoliczność, że umowa została zawarta nie w styczniu tylko w kwietniu 2013 roku jak i okoliczność, że do miesiąca czerwca według pierwotnego harmonogramu miały być sporządzane dokumentacje projektowe. Jak również Izba uwzględniła okoliczność, że w styczniu 2014 roku ustalono z wykonawcą i uzgodniono w Inżynierem Kontraktu zaktualizowany harmonogram. Podsumowując treść Protokołu Końcowego Odbioru Robót nie potwierdza on prawidłowego wykonania robót, ponieważ roboty zostały wykonane z przekroczeniem terminu wynoszącym 230 dni (umowa przewidywała m-c kwiecień 2015 a protokoły potwierdzają grudzień 2015 rok).

Przedłożone w poczet dowodów umowa nr 90/114/13 jak i opinia SIDIR z racji swych treści nie mogą stanowić dowodu na należyte wykonanie umowy przez co należy rozumieć prawidłowe w tym mieści się terminowe jak i zgodne ze sztuką budowlaną ich wykonanie. Również przedłożone protokoły częściowe nie stanowią z racji swojego przeznaczenia należytego wykonania przedmiotu umowy jakim jest linia kolejowa Nr 1 na odcinku Koluszki – Częstochowa tylko ich częściowe wykonanie.

Pomimo, iż to zamawiający wydaje referencje czyli poświadczenia a w niniejszym przypadku takie referencje nie są wymagane, z uwagi na tożsamość po stronie zamawiającego i wystawiającego referencje, to nie zwalnia Izby z oceny wiarygodności twierdzeń stron. To jest zarówno odwołującego o należytych wykonaniu umowy jak i twierdzeń zamawiającego o nienależytych wykonaniu umowy. Przy czym bez względu na formę dokumentu (Świadectwo Przejęcia, Protokół Końcowy czy też nawet faktura z dowodem zapłaty) w każdym przypadku Izba ocenia wykonanie roboty budowlanej w kontekście prawidłowości jej wykonania (ukończenia) jak i wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Powyższe znajduje uzasadnienie w treści § 1 ust.1pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 rok poz. 231). W tym wypadku istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu ma okoliczność, że na dzień rozpoznania sprawy w 6 (sześciu) miejscach na trasie Koluszki – Częstochowa pociągi muszą zwalniać do 60 km/h a nawet do 30 km/h. Tym samym cel umowy nie został osiągnięty.

W tym stanie rzeczy żądanie odwołującego przyznania dodatkowo 50 punktów do złożonego wniosku nie znajduje usprawiedliwienia.

Izba nie stwierdza naruszenia przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 i pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając kwotę 3.600,00 od odwołującego na rzecz zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: