

Sygn. akt: KIO 781/20

WYROK

z dnia 5 czerwca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2020 roku przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **(1) China Civil Engineering Construction Corporation z siedzibą w Pekinie, Chińska Republika Ludowa (lider konsorcjum), (2) China Railway 19th Bureau Group Co., Ltd. z siedzibą w Pekinie, Chińska Republika Ludowa (partner konsorcjum)**

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

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu, (2) Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu (Lider konsorcjum), (2) Stecol Corporation z siedzibą w Tianjin Chińska Republika Ludowa, (3) Sinohydro Corporation Limited z siedzibą w Pekinie, Chińska**

Republika Ludowa, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) China Civil Engineering Construction Corporation z siedzibą w Pekinie, Chińska Republika Ludowa (lider konsorcjum), (2) China Railway 19th Bureau Group Co., Ltd. z siedzibą w Pekinie, Chińska Republika Ludowa (partner konsorcjum)** i:
 - A. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) China Civil Engineering Construction Corporation z siedzibą w Pekinie, Chińska Republika Ludowa (lider konsorcjum), (2) China Railway 19th Bureau Group Co., Ltd. z siedzibą w Pekinie, Chińska Republika Ludowa (partner konsorcjum)** tytułem wpisu od odwołania,
 - B. zasądza od **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) China Civil Engineering Construction Corporation z siedzibą w Pekinie, Chińska Republika Ludowa (lider konsorcjum), (2) China Railway 19th Bureau Group Co., Ltd. z siedzibą w Pekinie, Chińska Republika Ludowa (partner konsorcjum)** na rzecz **Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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:

UZASADNIENIE

Dnia 10 kwietnia 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 i art. 179 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych („PZP”) odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj.: China Civil Engineering Construction Corporation z siedzibą w Pekinie Chińska Republika Ludowa (lider konsorcjum), China Railway 19th Bureau Group CO., LTD. z siedzibą w Pekinie, Chińska Republika Ludowa (partner konsorcjum) (dalej „Odwołujący” lub „Konsorcjum CCECC”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na 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”, nr referencyjny postępowania 9090/IRZR1/07339/01931/19/P prowadzi Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S 066-155626 w dniu 3 kwietnia 2019 roku.

Odwołujący kwestionuje czynność podjętą przez Zamawiającego z 31 marca 2020 r. polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj.: Intercor Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu, Stecol Corporation z siedzibą w Tianjin, Chińska Republika Ludowa, Sinohydro Corporation Limited z siedzibą w Pekinie, Chińska Republika Ludowa (dalej jako „Konsorcjum Intercor”).

Zaskarżonej czynności Odwołujący zarzuca naruszenie:

1) 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 z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia („Rozporządzenie Dokumentowe”), 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. c) – f) IDW, ponieważ przedstawione w wyniku uzupełnienia z 27 marca 2020 r. roboty budowlane dotyczące Inwestycji Sadowne-Czyżew, nie mogły zostać uznane za prawidłowo ukończone na dzień składania ofert w postępowaniu,

ewentualnie:

2) art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Intercor, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału określonego w punkcie 8.6.1 lit. e) IDW, ponieważ przedstawione w wyniku uzupełnienia

z 27 marca 2020 r. roboty budowlane dotyczące Inwestycji Sadowne-Czyżew zostały ukończone dużo później niż po terminie składania ofert w postępowaniu.

W związku z zarzutami, Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego z 31 marca 2020 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej,
- 4) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum Intercor z postępowania,
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, według norm przypisanych na podstawie przedłożonej w toku rozprawy faktury VAT.

Zamawiający przesłał Odwołującemu informację o czynności będącej przedmiotem zaskarżenia 31 marca 2020 r., a tym samym odwołanie wniesiono z zachowaniem ustawowego terminu. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania, albowiem ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów interes Odwołującego, jako zainteresowanego uzyskaniem zamówienia, doznał uszczerbku. Poprzez wybór oferty Konsorcjum Intercor, Odwołujący narażony jest na poniesienie szkody w postaci nieuzyskania zamówienia. W przypadku uwzględnienia odwołania oraz dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert, oferta Odwołującego zostanie z dużym prawdopodobieństwem sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert, a tym samym Odwołujący uzyska zamówienie i zrealizuje zakładany w wyniku jego realizacji zysk.

W uzasadnieniu podniesiono, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na 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”, którego przedmiotem jest kompleksowa wielobranżowa modernizacja dwutorowej linii kolejowej.

Jednym z warunków udziału w określonym w punkcie 8.6.1. Instrukcji dla Wykonawców obowiązującej w Postępowaniu („IDW”) było wykazanie, że wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał roboty budowlane o określonych

parametrach, w zakres których wchodziła budowa lub przebudowa takich elementów jak: rozjazdy kolejowe (lit. c), stacja kolejowa (lit. d), system stacyjnych scentralizowanych urządzeń sterowania ruchem kolejowym (SRK) (lit. e), blokad liniowych (lit. f). Szczegółowe wymagania dla poszczególnych, wyżej wymienionych robót budowlanych zawierała IDW.

Konsorcjum Intercor (uzyskało najwyższą liczbę punktów) w dniu 7 listopada 2019 r. i zostało wezwane w oparciu o art. 26 ust. 1 PZP do przedstawienia dokumentów mających wykazać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia. Wybór oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Intercor miał miejsce w dniu 23 grudnia 2019 r. Czynność powyższą zaskarżył Odwołujący.

Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 31 stycznia 2020 r. wydała wyrok (sprawy KIO 10/20; KIO 16/20), w którym uwzględniła jeden z zarzutów Odwołującego. Izba nakazała 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 pkt. 8.6.1 IDW.

W dniu 3 lutego 2020 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu. Tego samego dnia Zamawiający wezwał Konsorcjum Intercor, pod rygorem wykluczenia, 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.

Czynność wezwania została zaskarżona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: TORPOL S.A., BUDIMEX S.A. (dalej łącznie zwani „Konsorcjum Torpol”) w zakresie, w jakim Zamawiający zaniechał wykonania wyroku KIO 16/20 tj. poprzez brak wezwania Konsorcjum Intercor do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału, o których mowa w punkcie 8.6.1. lit. c) – h) IDW. Sprawa została zarejestrowana pod sygn. KIO 298/20. Do tego postępowania odwoławczego Odwołujący przystąpił po stronie odwołującego w sprawie, tj. Konsorcjum Torpol. Nie czekając na rozstrzygnięcie tego odwołania, Zamawiający w dniu 11 lutego 2020 r. ponownie wybrał ofertę Konsorcjum Intercor jako najkorzystniejszą w postępowaniu.

W dniu 4 marca 2020 r. Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zaniechania wykonania w całości wyroku KIO wydanego w sprawie KIO 16/20 i zobowiązał się do wezwania Konsorcjum Intercor w trybie art. 26 ust. 3 PZP do uzupełnienia wykazu robót także w zakresie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w punkcie 8.6.1. lit. c) – h) IDW. W związku z powyższym, w dniu 13 marca 2020 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

W dniu 18 marca 2020 r. Zamawiający 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. c) – h) IDW. Konsorcjum Intercor zostało zobowiązane do wykazania, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonało:

- c) roboty budowlane wykonane w ramach jednej umowy, na zakres których składają się budowa lub przebudowa co najmniej 20 rozjazdów kolejowych,
- d) budowę lub przebudowę co najmniej 1 (jednej) stacji kolejowej (przy czym budowa lub przebudowa obejmowały co najmniej jeden tor główny zasadniczy i co najmniej jeden tor główny dodatkowy wraz z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem oraz co najmniej dwa perony), a roboty wykonywane były przy prowadzonym ruchu pociągów na tej stacji,
- e) budowę lub przebudowę co najmniej 1 (jednego) systemu stacyjnych, scentralizowanych urządzeń SRK (sterowania ruchem kolejowym), na stacji liczącej co najmniej 20 zwrotnic,
- f) budowę lub przebudowę co najmniej 2 (dwóch) blokad liniowych wraz z powiązaniem do systemu stacyjnego;
- g) budowę lub przebudowę:
 - 1 (jednego) wiaduktu lub mostu lub estakady o rozpiętości najdłuższego przęsła nie mniejszej niż 12 m, oraz
 - 1 (jednego) wiaduktu kolejowego o rozpiętości najdłuższego przęsła nie mniejszej niż 12 m, oraz
 - 1 (jednego) mostu kolejowego o rozpiętości najdłuższego przęsła nie mniejszej niż 20 m,
- h) budowę lub przebudowę co najmniej 1 (jednego) obiektu typu przejście podziemne dla pieszych pod linią kolejową.

We wskazanym przez Zamawiającego terminie Konsorcjum Intercor odpowiedziało na wezwanie. Uzupełniono przedłożony pierwotnie wykaz robót budowlanych o trzy nowe pozycje, oznaczone kolejno pod numerem 3, 8 oraz 9 nowego wykazu robót. Zarzuty odwołania dotyczą tylko jednej z nich (pozycji nr 3).

Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału z punktu 8.6.1 lit. c) – f) IDW pod pozycją nr 3 nowego wykazu wskazano 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 linii E75 obejmujący odcinek Sadowne – Czyżew („Inwestycja Sadowne Czyżew”). Jest to jedyna inwestycja, której realizacja miałaby potwierdzać spełnienie wymienionych warunków udziału zarówno w ramach nowo dodanych pozycji, jak i w ramach całego wykazu robót.

Zgodnie z informacjami przedstawionymi przez Konsorcjum Intercor w ramach Inwestycji Sadowne-Czyżew odbyła się:

- budowa 46 rozjazdów kolejowych, co miało potwierdzać spełnienie warunku udziału z punktu 8.6.1 lit. c) IDW,
- przebudowa Stacji Sadowne Węgrowskie (przy czym miała ona obejmować przebudowę 2 (dwóch) torów głównych zasadniczych, przebudowę 1 (jednego) toru głównego dodatkowego, budowę 1 (jednego) toru głównego dodatkowego wraz z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem oraz budowę 2 (dwóch) peronów, a roboty wykonywane były przy prowadzonym ruchu pociągów na tej stacji), co miało potwierdzać spełnienie warunku udziału z punktu 8.6.1 lit. d) IDW,
- budowa systemu stacyjnych scentralizowanych urządzeń SRK na stacji Małkinia liczącej 27 zwrotnic, co miało potwierdzać spełnienie warunku udziału z punktu 8.6.1 lit. e) IDW,
- budowa 3 (trzech) blokad liniowych w zakresie toru nr 1 wraz w powiązaniem do systemu stacyjnego tj. na szlaku Sadowne Węgrowskie –Małkinia, na szlaku Małkinia – Kietlanka oraz na szlaku Kietlanka –Czyżew, co miało potwierdzać spełnienie warunku z punktu 8.6.1 lit. f) IDW.

Do wykazu dołączono także pismo skierowane do lidera Konsorcjum Intercor z 27 lutego 2020 r. podpisane przez Panią E. B. (Dyrektora Projektu w ramach Centrum Realizacji Inwestycji Region Centralny, tj. jednej z komórek organizacyjnych Zamawiającego, a przy okazji członka komisji przetargowej Zamawiającego w postępowaniu oraz pełnomocnika Zamawiającego w dwóch wcześniejszych postępowaniach odwoławczych, z którego wynikało, że w ramach Inwestycji Sadowne-Czyżew lider Konsorcjum Intercor wykonał następujący zakres robót budowlanych:

- a) przebudowę nawierzchni torowej toru szlakowego/głównego zasadniczego nr 1 na dwutorowej, zelektryfikowanej linii kolejowej nr 6 od km 71,800 do km 107,260 – tj. 35,460 km toru. Całość robót wykonywana była przy prowadzonym ruchu pojazdów kolejowych po torze sąsiednim z prędkością ≥ 100 km/h.
- b) przebudowę sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii kolejowej dwutorowej w torze nr 1, zelektryfikowanej od km 71,800 do km 107,260 – tj. 35,460 km sieci trakcyjnej. Całość robót wykonywana była przy prowadzonym ruchu pojazdów kolejowych po torze sąsiednim z prędkością ≥ 100 km/h.
- c) budowę rozjazdów kolejowych – 46 szt., w tym 17 szt. w st. Sadowne, 27 szt. w st. Małkinia i 2 szt. na p.odg. Kietlanka.
- d) stacje w tym:
 - 1) przebudowę Stacji Małkinia, w tym m.in.:
 - roboty torowe:

– przebudowę toru głównego zasadniczego nr 1 – przebudowę torów głównych dodatkowych nr 3/3b/3c/3d,

- roboty odwodnieniowe,
 - roboty związane z wykonaniem peronów:
- budowa 1 (jednego) peronu dwukrawędziowego,

- budowa rozjazdów – 27 szt.

2) przebudowę Stacji Sadowne Węgrowskie, w tym m.in.:

- roboty torowe:
- przebudowa 2 (dwóch) torów głównych nr 1 i nr 2,
- przebudowa 1 (jednego) toru głównego dodatkowego nr 4,
- budowa 1 (jednego) toru głównego dodatkowego nr 3,
- roboty odwodnieniowe,
 - roboty związane z wykonaniem peronów:
- budowa 2 (dwóch) peronów jednokrawędziowych,
- budowa rozjazdów – 17 szt.

e) budowa stacyjnych komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym typu ESTW L90 5:

- stacja Sadowne Węgrowskie (km 71,800 – km 74,330) z zabudową 17 rozjazdów,
- stacja Małkinia (km 86,840 – km 89,685) z zabudową 27 rozjazdów,
- p.odg. Kietlanka (km 98,873 – km 99,970) z zabudową 2 rozjazdów,

f) Sterowanie Ruchem Kolejowym, w tym m.in.:

budowa blokady liniowej w zakresie toru nr 1:

- na szlaku Sadowne Węgrowskie – Małkinia (km 74,330 – km 86,840),
- na szlaku Małkinia – Kietlanka (km 89,658 – km 98,873),
- na szlaku Kietlanka – Czyżew (km 99,970 – km 111,380),

g) lokalne centrum sterowania:

- stacja Małkinia – nastawnia LCS MAŁKINIA.

W treści pisma znalazła się także informacja, że opisane roboty budowlane zrealizowane zostały w okresie od 13 czerwca 2017 r. (data podpisania umowy) do dnia 29 czerwca 2019 r. (data odbioru eksploatacyjnego stacji Sadowne Węgrowskie), a także potwierdzenie, że 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. c) - f) IDW zostały zakończone dla

Inwestycji Sadowne-Czyżew w czerwcu 2019 r., a realizacja zamówienia w odniesieniu do innych prac nadal trwa.

Zamawiający zaakceptował przedłożone mu dokumenty odnoszące się zarówno do Inwestycji Sadowne-Czyżew, co w konsekwencji doprowadziło do ponownego wyboru w dniu 31 marca 2020 r. jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Intercor.

ZARZUT NIEWYKAZANIA SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU PRZEZ KONSORCJUM INTERCOR - PUNKTY 8.6.1 LIT. C) – F) IDW

Odwołujący uważa, że w postępowaniu mamy do czynienia z brakiem wykazania przez Konsorcjum Intercor prawidłowego ukończenia robót na Inwestycji Sadowne-Czyżew oraz brakiem należytej weryfikacji tego faktu przez Zamawiającego. W następnej kolejności Odwołujący uważa, że Konsorcjum Intercor nie mogło wykazać prawidłowego ukończenia robót w ramach Inwestycji Sadowne-Czyżew, zaś Zamawiający nie mógł uznać tych robót za prawidłowo ukończone na dzień składania ofert w postępowaniu (tj. na 19 sierpnia 2019 r.).

Brak wykazania prawidłowości ukończenia robót przez Konsorcjum Intercor

Z żadnego dokumentu złożonego przez Konsorcjum Intercor nie wynika, aby roboty budowlane na Inwestycji Sadowne-Czyżew mające potwierdzić spełnienie warunków udziału z punktu 8.6.1 lit. c) – f) IDW, zostały prawidłowo ukończone na dzień składania ofert, tj. na 19 sierpnia 2019 r.

Pomimo powyższego Zamawiający uznał spełnienie warunków udziału w oparciu o wskazaną inwestycję i nie podjął jakiegokolwiek szczegółowej analizy tego faktu.

Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia Dokumentowego oraz punktem 9.6.2. IDW, w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, oprócz wykazu robót budowlanych, wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć: dowody określające, czy roboty budowlane wymienione w wykazie zostały wykonane należycie, zawierające w szczególności informacje 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.

W celu uznania spełnienia warunku w punkcie 8.6.1. lit. c) – f) IDW konieczne było nie tylko wykazanie, że roboty budowlane objęte pozycją nr 3 wykazu robót (Inwestycja Sadowne-Czyżew) zostały wykonane przez Konsorcjum Intercor zgodnie z przepisami Prawa budowlanego, ale także wykazanie, że zostały one prawidłowo ukończone na dzień składania ofert.

Konsorcjum Intercor nie sprostало temu obowiązkowi przedstawiając jedynie pismo Zamawiającego z 27 lutego 2020 r., rzekomo stanowiące potwierdzenie należytego wykonania robót wykonanych w ramach Inwestycji Sadowne-Czyżew.

Po pierwsze, w treści pisma brak jest jakiegokolwiek stwierdzenia oceniającego jakość wykonanych robót budowlanych w ramach inwestycji. Pismo to nie jest w żaden sposób zatytułowane jako „referencja”, która zgodnie z orzecznictwem KIO mogłaby być traktowana jako pismo stwierdzające należyte wykonanie robót (podobny skutek miałyby zatytułowanie pisma np. poświadczeniem należytego wykonania robót, świadectwo należytego wykonania robót itp.).

Przedłożone pismo stwierdza jedynie fakt odebrania tych robót bliżej niesprecyzowanym Protokołem odbioru oraz oddania ich do eksploatacji z prędkością rozkładową, nie wspominając nic o prawidłowości ukończenia robót. Samo zaś wykonanie robót budowlanych zgodnie z przepisami prawa i sztuką budowlaną jest czym innym niż ich prawidłowe ukończenie, skoro w Rozporządzeniu Dokumentowym dokonano rozróżnienia tych dwóch kwestii.

W piśmie brak jest również stwierdzenia, że wszystkie roboty budowlane tam wymienione zostały prawidłowo ukończone zgodnie z realizowaną umową.

Pomimo braku wykazania prawidłowości ukończenia robót w pozycji 3 nowego wykazu robót zrealizowanych w ramach Inwestycji Sadowne-Czyżew Zamawiający nie kontynuował dalszej weryfikacji tego faktu i bezzasadnie uznał, że Konsorcjum Intercor spełnia warunki udziału w postępowaniu, w punktach 8.6.1. lit. c) – f) IDW.

Dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający nie zweryfikował, czy przywołany Protokół odbioru mógłby potwierdzać ewentualne prawidłowe ukończenie odbieranych nim robót. Wiedzą dostępną wszystkim wykonawcom ubiegającym się o zamówienie jest występowanie różnych rodzajów odbiorów, z których nie wszystkie, w ocenie Odwołującego, mogą potwierdzać prawidłowe ukończenie robót.

O tym, że Zamawiający zaniechał jakiegokolwiek analizy przedłożonych mu dokumentów świadczy chociażby korespondencja przedstawiciela Odwołującego oraz Zamawiającego, z której pośrednio wynika, że Zamawiający podejmując czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 31 marca 2020 r. nie dysponował dokumentem źródłowym, do którego odsyła pismo Zamawiającego z 27 lutego 2020 r. (tj. protokołu odbioru eksploatacyjnego dla stacji Sadowne Węgrowskie), bowiem nie został on załączony do akt postępowania i nie stanowi załącznika do protokołu z postępowania w rozumieniu art. 96 ust. 3 zdanie drugie PZP.

Na marginesie Odwołujący zwrócił uwagę, że pismo mające potwierdzić należyte wykonanie robót budowlanych zostało wydane przez samego Zamawiającego na rzecz lidera Konsorcjum Intercor już po tym, jak oferta tego wykonawcy została po raz drugi uznana za najkorzystniejszą i to pomimo braku innych dokumentów obiektywnych, np. odpowiednich protokołów odbioru końcowego (a nie jakiegokolwiek innego odbioru, który nie może

w ocenie Odwołującego potwierdzać prawidłowości zrealizowanych robót) lub prawidłowych referencji wystawionych wcześniej niż po kilkukrotnym wyborze oferty Konsorcjum Intercor jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby Zamawiający bardziej dogłębnie zweryfikował doświadczenie, na które powołuje się obecnie Konsorcjum Intercor wykazując spełnianie warunków udziału wskazanych w punkcie 8.6.1. lit. c) – f) IDW, to i tak musiałby uznać, że roboty wykonane przez Konsorcjum Intercor na dzień składania ofert w postępowaniu nie mogły zostać uznane za prawidłowo ukończone.

Brak prawidłowego ukończenia robót na Inwestycji Sadowne-Czyżew

Zgodnie z orzecznictwem KIO, jak i powszechną praktyką uznaje się, że prawidłowość ukończenia robót ocenia się zgodnie z umową, w ramach której te roboty są realizowane. To umowa obowiązująca na danej inwestycji będzie określała moment, w którym może zostać wystawiony jakikolwiek dokument (np. referencja, poświadczenie, protokół odbioru końcowego), który będzie mógł stanowić potwierdzenie należytego wykonania umowy. Wystawienie takiego dokumentu musi być poprzedzone zestawieniem stanu wykonania określonych robót z zakresem świadczenia wynikającym z umowy. Jeżeli roboty budowlane objęte umową będą mogły być uznane zgodnie z jej treścią za prawidłowo ukończone, wówczas bez wątplenia dokument poświadczający powyższe będzie prawidłowy. Dokument taki nie może być abstrakcyjny, oderwany zupełnie od stanu realizacji umowy.

Dokument potwierdzający prawidłowość ukończenia robót zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia Dokumentowego musi odpowiadać treści umowy, której dotyczy. Oceny prawidłowości ukończenia robót nie można dokonywać bez odniesienia się do umowy i z góry zakładać, że to nie umowa wiążąca strony stanowi punkt odniesienia dla możliwości oceny prawidłowości ukończenia robót.

W zakresie Inwestycji Sadowne-Czyżew kwestię, kiedy dane roboty należy uznać za prawidłowo ukończone, reguluje subklauzula 10.1 umowy z 13 czerwca 2017 r. Subklauzula ta stwierdza, że Roboty będą przejęte przez Zamawiającego, kiedy: (a) Roboty zostaną ukończone zgodnie z Kontraktem, co zostanie potwierdzone protokołem Odbioru końcowego, z wyjątkiem tego, co zostało dozwolone w podpunkcie (i) poniżej, oraz (b) Świadectwo Przejęcia dla Robót zostanie wystawione lub będzie się uważało, że zostało wystawione zgodnie z niniejszą SUBKLAUZULĄ.

Z kolei podpunkt (i) omawianej powyżej subklauzuli mówi o tym, że Inżynier, w ciągu 28 dni po otrzymaniu wniosku Wykonawcy: (i) wystawi Wykonawcy Świadectwo Przejęcia, podając datę, z którą Roboty lub Odcinek zostały ukończone zgodnie z Kontraktem, pomijając wszelką drobną zaległą pracę i wady, nie mające w istocie wpływu na użycie

Robót lub Odcinka do przeznaczonego im celu (użycie do czasu ukończenia tej pracy i usunięcia tych wad lub podczas dokonywania tych czynności).

Zatem jakiegokolwiek roboty budowlane objęte Umową można uznać za należycie wykonane dopiero po odbiorze końcowym tych robót (lub odcinka, jeżeli był wydzielony) lub wystawieniu Świadectwa Przejęcia dla tych robót (lub odcinka, jeżeli był wydzielony).

Z treści subklauzuli 10.1 Umowy wynika wprost, że w stosunku do Inwestycji Sadowne-Czyżew potwierdzenie prawidłowego ukończenia robót budowlanych mogło nastąpić jedynie w stosunku do całości robót, ewentualnie do wyodrębnionego z tych robót odcinka (zgodnie jednak z Umową strony nie podzieliły prac w ramach Inwestycji Sadowne-Czyżew na odcinki, które umożliwiałyby częściowy odbiór prac).

Zapisy dopełnia subklauzula 10.2 Umowy, zgodnie z którą:

- Do czasu dokonania Odbioru końcowego Odcinka, użytkowanie przez Zamawiającego tego Odcinka [co możliwe jest na podstawie protokołu eksploatacyjnego] będzie rozumiane jako użytkowanie tymczasowe. (...)
- Strony ustalają, że zgłoszenie wystąpienia usterek lub braków w okresie użytkowania tymczasowego, nie może być w żadnym przypadku przez żadną ze Stron uznawane za rozpoczęcie Okresu Zgłaszania Wad.
- Niezależnie od ponoszenia przez Zamawiającego kosztów lub wykonywania czynności związanych ze zwykłym zużyciem Robót użytkowanych przez Zamawiającego w okresie użytkowania tymczasowego, Wykonawca jest zobowiązany do doprowadzenia, do dnia Odbioru końcowego Odcinka, wszystkich Robót objętych Odbiorem końcowym Odcinka do stanu zgodnego z Kontraktem, tj. m. in. zapewnienia osiągnięcia wszystkich parametrów technicznych wynikających z Kontraktu.

Tym samym do momentu odbioru końcowego odcinka (a więc całego odcinka, a nie tylko danego elementu infrastruktury kolejowej, np. tylko rozjazdów kolejowych bądź systemu stacyjnych, scentralizowanych urządzeń SRK), a już po dopuszczeniu do jego eksploatacji, używanie odcinka będzie rozumiane jako użytkowanie tymczasowe. Co więcej, przy dopuszczeniu do użytkowania tymczasowego nie jest badana zgodność wykonania robót z kontraktem, tj. nie jest badane zapewnienie osiągnięcia wszystkich parametrów technicznych wynikających z kontraktu. Zgodnie bowiem z tym zapisem na etapie użytkowania tymczasowego wykonawca w dalszym ciągu wykonuje roboty, które będą podlegały ocenie dopiero na etapie odbioru końcowego.

Przedstawione stanowisko Odwołującego znajduje także potwierdzenie w protokole nr1/IZIW/2019 odbioru eksploatacyjnego i dopuszczenia do dalszej fazy robót spisanego w dniu 8 marca 2019 r. w stacji Małkinia, który dotyczył Inwestycji Sadowne-Czyżew („Protokół Eksploatacyjny z 8 marca 2019 r.”).

W treści Protokołu znajdują się bowiem zapisy mówiące o istotnych wadach systemu sterowania ruchem kolejowym SRK (część II tego protokołu, pkt 4 SRK ppkt a), b), c), które mają być usunięte do dnia odbioru końcowego), a które nie uniemożliwiły dopuszczenia elementów objętych tym protokołem do użytkowania tymczasowego.

Umowa jednoznacznie wskazuje, że jedynie w ramach odbioru końcowego (lub też wydania Świadectwa Przejęcia) następuje badanie należytego wykonania robót zgodnie z Umową, a zatem dopiero w następstwie wykonania tych czynności można stwierdzić, że jakiegokolwiek roboty budowlane dotyczące Inwestycji Sadowne-Czyżew zostały prawidłowo ukończone.

Konsorcjum Intercor nie przedłożyło jednak takich dokumentów dla Inwestycji Sadowne Czyżew, tym samym nie wykazało, że roboty wskazane w pozycji 3 wykazu robót, zostały prawidłowo ukończone, co jest wymagane zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia Dokumentowego oraz punktem 9.6.2. IDW.

Zgodnie z wiedzą Odwołującego dokumenty takie (Świadectwo Przejęcia, protokół odbioru końcowego) nie zostały wydane w ramach wspomnianej Inwestycji na dzień upływu terminu składania ofert, tj. 19 sierpnia 2019 r. Jednocześnie o prawidłowym ukończeniu robót budowlanych nie mogą świadczyć dokumenty wydawane znacznie wcześniej w toku realizowanej inwestycji, jak protokoły eksploatacyjne, które dopuszczają jedynie do dalszej fazy robót czy tymczasowego użytkowania danego wycinka prac bez oceny tych robót w kontekście ich należytego wykonania zgodnie z Umową.

Konsorcjum Intercor miało świadomość, że to jedynie dokumenty, jak np. Świadectwo Przejęcia (ewentualnie protokół odbioru końcowego, jeżeli nie wydano Świadectwo Przejęcia), byłyby dokumentami potwierdzającymi prawidłowe ukończenie robót zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia Dokumentowego oraz punktem 9.6.2. IDW, bowiem właśnie te dokumenty przedstawiono dla innej inwestycji wskazanej w pozycji 8 nowego wykazu robót, pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla Modernizacji linii kolejowej Warszawa –Białystok –granica z Litwą, etap I, odcinek Warszawa Rembertów – Zielonka –Tłuszcz (Sadowne) w ramach Projektu POliŚ – 7.1 –22.1” (dalej jako „Inwestycja Rembertów – Tłuszcz”).

W świadectwie przejścia dla Inwestycji Rembertów - Tłuszcz jednoznacznie stwierdza się prawidłowe ukończenie robót zgodnie z umową (a nie dokonanie bliżej niesprecyzowanego odbioru), powołano się wprost na klauzulę 10.1 Warunków Kontraktowych (a więc tożsamą klauzulę), stwierdzając że: zgodnie z Klauzulą 10.1 Warunków Kontraktowych oraz z wymaganiami Klauzuli 8.2 potwierdzono, że Roboty zostały zasadniczo wykonane zgodnie z Kontraktem. Zaległą pracę i wady nie mające w istocie wpływu na użycie Robót do przeznaczonego im celu, Wykonawca usunie w Okresie

Zgłaszania Wad, przy uwzględnieniu szczegółowych terminów wynikających z protokołów odbiorów.

Skoro zatem Konsorcjum Intercor dla jednej z inwestycji wskazanej w nowym wykazie robót budowlanych w celu potwierdzenia należytego wykonania robót przedłożyło, zgodnie z umową na niej obowiązującą, Świadectwo Przejęcia Robót, to tożsamy dokument powinno przedłożyć na potwierdzenie wykonania robót w ramach Inwestycji Sadowne-Czyżew, na której obowiązywały identyczne zasady oceny należytego wykonania robót budowlanych.

Kolejnym argumentem przemawiającym za tym, że robót w ramach Inwestycji Sadowne-Czyżew w pozycji 3 nowego wykazu nie można było uznać za prawidłowo ukończone na dzień 19 sierpnia 2019 r., jest fakt, że w tej dacie były one cały czas objęte reżimem odpowiedzialności wykonawcy z tytułu należytego wykonania umowy. W tym sensie na dzień składania ofert wykonawca omawianej 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 zabezpieczenie należytego wykonania umowy dla tej inwestycji. Zgodnie z art. 151 ust. 1 PZP zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane. Skoro w dniu 19 sierpnia 2019 r. zabezpieczenie należytego wykonania dla Inwestycji Sadowne-Czyżew utrzymywało się w pełnej wysokości, to nie można uznać, że „wydzielone” z niej roboty budowlane zostały prawidłowo ukończone.

Zgodnie z § 1 Umowy ustalającym hierarchię dokumentów, które będą odczytywane i interpretowane jako część Umowy, to sama Umowa (Akt Umowy) będzie miała pierwszeństwo w przypadku jakichkolwiek rozbieżności pomiędzy nią a innymi dokumentami będącymi jej integralną częścią. W tym sensie ocena prawidłowości zrealizowanych robót budowlanych objętych Umową musi być dokonana w świetle postanowień Umowy i nie jest prawidłowym przyjęciem dla oceny prawidłowości tych robót innego punktu odniesienia np. regulacji wewnętrznych Zamawiającego. Taki zabieg nie służy bowiem realnemu potwierdzeniu prawidłowości wykonanych robót budowlanych, a ma na celu jedynie formalne (a nie realne) potwierdzenie określonych okoliczności z uwagi na toczące się postępowanie. Punktem odniesienia dla oceny prawidłowości jakichkolwiek robót budowlanych nie powinny być (zamiast samej Umowy) „Warunki i zasady odbiorów robót budowlanych na liniach kolejowych PKP PLK S.A.” („Warunki Odbiorów”), które stanowią dokument o charakterze wewnętrznym Zamawiającego, poniekąd tylko regulujący kwestie potwierdzania należytego wykonania robót. Wykonanie bliżej nieokreślonego odbioru nie może automatycznie być uznane za potwierdzenie prawidłowości ukończenia robót budowlanych przez Zamawiającego.

Odwołując się do specyfiki procesu odbiorowego robót budowlanych na liniach kolejowych u Zamawiającego. Proces ten odbywa się etapami zgodnie z oddanymi odcinkami do eksploatacji. W skład całego procesu odbiorowego (§ 5 pkt 1 Warunków Odbiorów), na poszczególnych odcinkach, wchodzi różnego rodzaju odbiory, tj. (idąc chronologicznie od tych, które następują najwcześniej):

- częściowe (w tym robót zanikających lub ulegających zakryciu),
- techniczne,
- eksploatacyjne,
- końcowe,
- gwarancyjne (przeeglądy) oraz pogwarancyjne (ostateczne).

Kluczową okolicznością pozostaje fakt, że na podstawie odbiorów technicznych w poszczególnych branżach, np. sieć, urządzenia automatyki i łączności, obiekty inżynierskie, można przystąpić do odbioru eksploatacyjnego umożliwiającego oddanie części robót budowlanych w ramach danego odcinka do wstępnej eksploatacji, tzn. w ramach której nie jest jeszcze wymagane osiągnięcie wszystkich parametrów zgodnie z realizowaną umową. Po oddaniu danej części robót do eksploatacji można przystąpić do następnego etapu robót zgodnie z harmonogramem zadania.

Dopiero w następnej kolejności (tzn. po zakończeniu wszystkich robót na danym odcinku, bądź jeżeli brak jest podziału na odcinki - po zakończeniu robót na całym projekcie) można przystąpić do odbioru końcowego. Może się on odbyć jedynie pod pewnymi warunkami, między innymi gdy wykonana jest dokumentacja powykonawcza wraz z operatem kolaudacyjnym, odbierana infrastruktura spełnia wymagania projektu, infrastruktura spełnia takie wymogi jak prędkość docelowa – projektowana oraz bezpieczeństwo ruchu. Oprócz tego wykonawca dopiero przy odbiorze końcowym przedkłada szereg dokumentów, których szczegółowa analiza jest warunkiem końcowego odbioru (§ 9 pkt. 3 Warunków Odbiorów).

Zgodnie z definicjami zawartymi w Warunkach Odbioru: odbiory eksploatacyjne to odbiory wykonywane w celu przywrócenia eksploatacji linii kolejowej lub jej części po wykonanych pracach (§ 5 pkt. 4 Warunków Odbioru), podczas gdy odbiory końcowe to odbiory mające na celu ostateczne przekazanie Zamawiającemu przedmiotu umowy, po sprawdzeniu jego należytego wykonania (§ 5 pkt. 5 Warunków Odbiorów). Tym samym jedynie odbiory końcowe są odbiorami mającymi na celu ostateczne przekazanie Zamawiającemu przedmiotu umowy, po sprawdzeniu jego należytego wykonania. Odbiory końcowe stanowią potwierdzenie wykonania przez Wykonawcę przedmiotu umowy po całkowitym zakończeniu części lub całości robót oraz po wykonaniu z wynikiem pozytywnym pomiarów i badań (str. 12-13 Warunków Odbiorów).

W §12 pkt 7 Warunków Odbiorów wskazano wprost, że podczas odbioru końcowego należy również dokonać sprawdzenia usunięcia wad stwierdzonych podczas odbioru eksploatacyjnego. W ramach odbioru końcowego zgodnie z Warunkami Odbiorów dokonuje się ostatecznego stwierdzenia prawidłowego wykonania robót, które nie może być jeszcze stwierdzone na etapie odbioru eksploatacyjnego.

Odnosząc się dalej do § 21 ust. 2 Warunków Odbiorów (Część IX –Warunki szczegółowe odbiorów urządzeń centrum utrzymania i diagnostyki CUID) należy zwrócić uwagę na stosowne odesłanie, zgodnie z którym odbioru technicznego urządzeń sterowania ruchem kolejowym dokonuje się z uwzględnieniem wytycznych zawartych w kolejnym dokumencie wewnętrznym Zamawiającego, tj. Wytycznych odbioru technicznego oraz przekazywania do eksploatacji urządzeń sterowania ruchem le-6 (WOT-E12). Na uwagę w zasługuje w szczególności § 3 ust. 5 wytycznych, który wprost mówi o tym, że dopiero odbiór techniczny końcowy obejmuje całość robót zgodnie z umową i dopiero na jego etapie dokonuje się i ocenia ich zgodność z dokumentacją projektową, umową, warunkami technicznymi, normami i przepisami a także gotowość urządzeń do przekazania do eksploatacji.

Z Warunków Odbiorów i dokumentów wewnętrznych Zamawiającego, do których te odsyłają, wynika ta sama konkluzja co z przedstawionej Umowy, że jedynie protokół odbioru końcowego (ewentualnie Świadectwo Przejęcia) w ramach Inwestycji Sadowne-Czyżew może być podstawą stwierdzenia prawidłowego ukończenia jakichkolwiek robót budowlanych nią objętych.

Tym samym wskazane przez Konsorcjum Intercor doświadczenie w pozycji 3 nowego wykazu robót nie powinno być zaakceptowane przez Zamawiającego jako spełniające warunki udziału wskazane w pkt 8.6.1.lit. c) – f) IDW.

W orzecznictwie KIO nie sposób zidentyfikować żadnego prawomocnego wyroku, w którym Izba uznałaby protokół odbioru eksploatacyjnego za wystarczającą podstawę do stwierdzenia, że dane roboty budowlane wykonane należycie, w szczególności zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

Biorąc pod uwagę fakt, że Konsorcjum Intercor było już raz wzywane na podstawie art. 26 ust. 3 PZP do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału, o których mowa w punktach 8.6.1 lit. c) – f) IDW, nie jest możliwe na obecnym etapie ponowne wezwanie tego wykonawcy do jakichkolwiek uzupełnień.

Konsorcjum Intercor powinno zostać wykluczone z postępowania z uwagi na ziszczenie się przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP (wykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu), tym bardziej dlatego, że to

wykonawcę (a nie Zamawiającego) obciążał ciężar udowodnienia, że spełnia on warunki udziału w Postępowaniu.

ZARZUTU NIEWYKAZANIA SPEŁNIENIA WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU PRZEZ KONSORCJUM INTERCOR - PUNKT 8.6.1 LIT. E) IDW

Nawet jeżeliby jednak przyjąć, że fakt dokonania bliżej nieokreślonego odbioru (np. eksploatacyjnego) może jakkolwiek stanowić o prawidłowym ukończeniu robót budowlanych nim objętych (bez jakiegokolwiek odniesienia się do umowy regulującej świadczenie wykonawcy), to i tak żądanie Odwołującego wykluczenia Konsorcjum Intercor jest zasadne, ponieważ nie wszystkie roboty budowlane objęte pozycją nr 3 (Inwestycja Sadowne-Czyżew) mające na celu potwierdzenie spełnienia warunków z punktu 8.6.1 lit. c) – f) IDW zostały ukończone przed datą składania ofert.

W szczególności roboty budowlane mające na celu potwierdzenie spełnienia warunku z punktu 8.6.1 lit. e) IDW nie były ukończone w dacie, na którą powołuje się Konsorcjum Intercor w uzupełnionym wykazie robót budowlanych (czerwiec 2019 r.), ale też nie były zakończone do upływu terminu składania ofert w postępowaniu (19 sierpnia 2019 r.).

Inwestycja Sadowne-Czyżew miała potwierdzać doświadczenie wykonawcy w realizacji robót budowlanych obejmujących budowę lub przebudowę co najmniej 1 (jednego) systemu stacyjnych, scentralizowanych urządzeń SRK (sterowania ruchem kolejowym), na stacji liczącej co najmniej 20 zwrotnic.

Zgodnie z uzupełnionymi dokumentami potwierdzeniem powyższego miała być zrealizowana budowa systemu stacyjnych, scentralizowanych urządzeń SRK na stacji Małkinia liczącej 27 zwrotnic. Z kolei w piśmie Zamawiającego dla omawianych robót budowlanych pojawia się bardziej szczegółowy opis tych robót i wskazanie, że w tym przypadku chodziło o budowę stacyjnych komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym typu ESTW L90 5. Precyzyjny opis tych robót zawarty w piśmie Zamawiającego z 27 lutego 2020 r. ma bardzo duże znaczenie.

Najważniejszą kwestią jest to, że z dokumentów będących w posiadaniu Odwołującego wynika, że ani w czerwcu 2019 r., ani 19 sierpnia 2019 r. omawiane roboty budowlane na stacji Małkinia nie były jednak ukończone.

O ukończeniu budowy systemu stacyjnych, scentralizowanych urządzeń SRK (sterowania ruchem kolejowym) można mówić dopiero wtedy, kiedy możliwe jest zautomatyzowane sterowanie ruchem pociągów, które odbywa się za pośrednictwem klawiatury i myszki, a aktualny stan sytuacji ruchowej wizualizowany jest na ekranach komputerów w postaci wykresów i danych.

Na Inwestycji Sadowne-Czyżew wymagane było realizowanie robót etapami w ramach opracowanego harmonogramu poprzez odpowiednie ich fazowanie. Powyższe

miało na celu zapewnienie ciągłej eksploatacji linii kolejowej umożliwiającej działalność przewozową.

Przed każdym etapem (fazą) robót, zgodnie z wewnętrznymi regulacjami Zamawiającego, opracowywane były tymczasowe regulaminy prowadzenia ruchu pociągów w czasie wykonywania robót (zgodnie Instrukcją Zamawiającego Ir-3 (R9)). Regulaminy te pozwalały na utrzymanie bieżącej eksploatacji linii po zakończeniu każdej z faz realizowanych robót. To właśnie tego typu regulaminy stanowiły podstawę do przekazania (wyłącznie do częściowej eksploatacji) urządzenia SRK na stacji Małkinia, jednak w żadnym wypadku nie było w tym przypadku mowy o wybudowaniu całego systemu urządzeń SRK na stacji, czego wymagała IDW.

Urządzenia SRK, o których mówi IDW, są elementami całego systemu, którego funkcjonowanie zależy m. in. od sygnałów od położenia zwrotnic, wykolejnic, stanu urządzeń kontroli niezajętości, stanu blokady stacyjnej i liniowej, zamknięcia i utwierdzenia przebiegów, wykluczenia przebiegów sprzecznych.

Podczas odbiorów częściowych etapu robót dotyczących urządzeń SRK, komisja określała zakres i kompletność wykonanych prac oraz gotowość odbieranych częściowo urządzeń SRK do uruchomienia i przekazania tej części urządzeń SRK do eksploatacji i dalszej fazy robót. Odwołujący podkreśla jednak, że przeprowadzone w okresie od marca 2019 roku do grudnia 2019 roku odbiory były wyłącznie odbiorami częściowymi (nie były to odbiory końcowe), a tylko część urządzeń SRK w ramach fazowania robót na stacji Małkinia, przekazywana była do eksploatacji. Nie był to jeszcze gotowy system SRK jako taki, czego wymagał punkt 8.6.1 lit. e) IDW.

Powyższe potwierdza tym bardziej fakt, że proces sterowania systemem stacyjnych komputerowych urządzeń SRK po odbiorach częściowych na stacji Małkinia nie obejmował m. in. wszystkich istotnych elementów wykonawczych (hardware): napędów zwrotnicowych przy zwrotnicach i wykolejnicach, sygnalizatorów, odcinków kontroli niezajętości, interfejsów z innymi urządzeniami, systemu blokady liniowej na przyległych szlakach do stacji po obu torach szlakowych.

Każdorazowo po zakończeniu danej fazy robót (więc po odbiorze częściowym) zmianie podlegało również oprogramowanie (software). Zależnie od poczynionych w toku inwestycji zmian w elementach wykonawczych np. zmiany układu torowego, zmiany w zakresie urządzeń blokady liniowej (czy innych wynikających z etapowania robót), aplikacja oprogramowania dla systemu SRK także ulegała zmianie i nadawany był jej nowy numer wersji oprogramowania. Dopiero po zakończeniu montażu wszystkich elementów systemu (więc po odbiorze końcowym urządzeń komputerowych i przekazania ich do eksploatacji Zamawiającemu tj. po zakończeniu budowy całości systemu SRK) wgrywane

było oprogramowanie podlegające testom i procesowi walidacji, któremu nadawano ponownie nowy numer wersji. Dopiero wówczas, kiedy system urządzeń SRK integruje całość elementów go obejmujących, stanowi system stacyjnych scentralizowanych urządzeń SRK (sterowania ruchem kolejowym), co było wymaganiem wskazanym w punkcie 8.6.1 lit. e) IDW.

Jeżeli zatem stan realizacji robót budowlanych nie pozwala na przyjęcie, że wybudowany został cały system stacyjnych, scentralizowanych urządzeń SRK, ponieważ nie wszystkie urządzenia nim objęte zostały zainstalowane, lub posiadają istotne wady, wówczas nie można uznać, że cały system (rozumiany zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego PWN jako układ elementów mający określoną strukturę i stanowiący logicznie uporządkowaną całość) jest prawidłowo ukończony. Brak poszczególnych, istotnych z punktu widzenia funkcjonowania systemu elementów przekreśla zatem możliwość uznania takiego systemu za ukończony.

W Protokole Eksploatacyjnym z 8 marca 2019 r. odebrano jedynie część prac składających się na całość systemu stacyjnych, scentralizowanych urządzeń SRK, czego wymagał punkt 8.6.1 lit. e) IDW. Jak widać z części II pkt. 1 tiret trzeci „stacja Małkinia” – prowadzenie ruchu pociągów odbywa się na zasadzie telefonicznego zapowiadania pociągów (nie przez system, który rzekomo miał zostać już ukończony).

Potwierdzeniem, że w marcu 2019 r. system SRK nie był prawidłowo ukończony na stacji Małkinia są także zapisy protokołu nr 2/SRK/03/2019 z 10 marca 2019 r. odbioru eksploatacyjnego urządzeń SRK („Protokół Eksploatacyjny z 10 marca 2019 r.”), z którego wynikają istotne obostrzenia dla ruchu pociągów, takie jak ograniczenie prędkości jazdy pociągów do 40 km/h czy (powtórzone) telefoniczne zapowiadanie ruchu pociągów.

Także kolejny dokument - protokół nr 4/12/IZIW/2019 odbioru eksploatacyjnego i dopuszczenia do dalszej fazy robót z 23 grudnia 2019 r. („Protokół Eksploatacyjny z 23 grudnia 2019 r.”), dowodzi, że budowa systemu SRK na stacji Małkinia nie była jeszcze zakończona nawet w tej dacie (czyli długo po upływie terminu składania ofert). Dokument ten pokazuje bowiem, że komisja odbierała wtedy wykonanie robót budowlanych w branży SRK polegających w szczególności na zabudowie stacyjnych urządzeń srk typu ESTW L90 5 na stacji Małkinia - umożliwiających prowadzenie ruchu po torze nr 2 szlaku Sadowne Węgrowskie –Małkinia.

Analiza Protokołu Eksploatacyjnego z 23 grudnia 2019 roku pokazuje, że wówczas przekazano do eksploatacji kolejne zabudowane częściowo urządzenia komputerowe SRK stacyjne składające się na system ESTW L90 5. Oznacza to, że pozostałe urządzenia w tym okresie były jeszcze w trakcie dalszej budowy. Analiza dokumentów odbiorowych budowy systemu urządzeń stacyjnych komputerowych SRK typu ESTW L90 5 na stacji Małkinia

w sposób wyraźny pokazuje, że system ten nie został zakończony w czerwcu 2019 roku jak wskazano w pozycji nr 3 wykazu robót budowlanych Konsorcjum Intercor.

Nie ma przy tym żadnego znaczenia, że Protokół Eksploatacyjny z 8 marca 2019 r. (podobnie zresztą Protokół Eksploatacyjny z 10 marca 2019 r.) oraz Protokół Eksploatacyjny z 23 grudnia 2019 r. dotyczą różnych torów kolejowych (tor 1 oraz 2), ponieważ warunek określony w punkcie 8.6.1. lit. e) IDW odnosił się wprost do systemu (rozumianego jako całość, a nie do jego części, odnoszącej się jedynie np. do określonego toru a w dodatku zawierającego istotne wady) stacyjnych, scentralizowanych urządzeń SRK.

Analogicznie nie można uznać, że wykonanie tylko jednego peronu dla stacji kolejowej świadczy o wykonaniu całej stacji.

Tym samym, roboty budowlane przedstawione przez Konsorcjum Intercor dotyczące Inwestycji Sadowne-Czyżew (pozycja nr 3 uzupełnionego wykazu robót budowlanych) nie mogą potwierdzać, spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w zakresie punktu 8.6.1 lit. e) IDW na dzień złożenia ofert (19 sierpnia 2019 r.).

ZARZUT NARUSZENIA ZASADY RÓWNEGO TRAKTOWANIA WYKONAWCÓW

Odwołujący zdając sobie sprawę, że zarzut ten nie stanowi samodzielnej podstawy ale zwraca uwagę na zastrzeżenia co do zachowania zasady równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zamawiający zobowiązany jest do równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, dla którego prowadzone jest postępowanie. Tymczasem Odwołujący od dłuższego czasu ma wrażenie, że w postępowaniu zasada ta traktowana jest w sposób wybiórczy. Jako przykład podaje sposób prowadzenia przez Zamawiającego korespondencji z Odwołującym i Konsorcjum Intercor i udostępnianie poszczególnych dokumentów oraz reagowanie na prośby i wnioski Stron i Uczestników postępowania.

Końcowo Odwołujący wnosil jak na wstępie, z uwzględnieniem całokształtu przedstawionej w odwołaniu argumentacji.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, wyjaśnieniach, odwołaniu, pismach procesowych wraz z załącznikami, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Uczestników postępowania wyrażone pisemnie w przedmiocie zgłoszonych wniosków o odrzucenie odwołania, Izba postanowiła wnioski o odrzucenie odwołania oddalić.

Dostrzeżenia wymaga, iż złożone odwołanie dotyczy nowych okoliczności oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu po uzupełnieniu dokumentów przez wybranego wykonawcę w ramach wykonania poprzednio zapadłych wyroków Krajowej Izby Odwoławczej. Stan ten nie był przedmiotem analizy w ramach poprzednich postępowań odwoławczych, zwłaszcza co do oceny warunku określonego w punkcie 8.6.1.e) IDW. Obecnie kwestionowane jest potwierdzenie spełniania innego warunku, iż w sprawach KIO 298, 356/20. Kwestią irrelevantną dla oceny skuteczności wniosku pozostaje fakt, iż badanie Zamawiającego poziomu spełniania warunku odbywało się na podstawie dokumentu, którego treść analizowała Izba w uprzednio toczącym się postępowaniu odwoławczym. W wyroku KIO 298, 356/20 nie odnoszono się do potwierdzenia warunków kwestionowanych obecnie przez Odwołującego w poszczególnych punktach IDW (8.6.1 c-f), w tym zakresie nie badano treści i przedmiotu dokumentów, przedmiotem badania były inne okoliczności faktyczne, inny zakres robót choć dotyczący tej samej inwestycji.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, które to czynności w ostateczności doprowadziły do podjęcia przez Zamawiającego decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej konkretnego wykonawcy, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, który złożył kolejną w rankingu ofertę. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonych do postępowania przystąpień po stronie Odwołującego i Zamawiającego.

Zamawiający, Przystępujący Konsorcjum Intercor oraz Konsorcjum Torpol złożyli stanowiska pisemne, w których przedstawili obszerną argumentację merytoryczną przemawiającą ich zadaniem odpowiednio za oddaleniem i uwzględnieniem odwołania.

Izba na podstawie poczynionych ustaleń dokonanych w ramach zgromadzonego materiału dowodowego, uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu w całości.

Dostrzeżenia wymaga w pierwszej kolejności, iż Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO 298/20, KIO 356/20 co do charakteru i konstrukcji ustalonych w postępowaniu warunków udziału, iż Zamawiający konstruując te warunki udziału w postępowaniu, wymagał w poszczególnych punktach, aby Wykonawcy wykazali się umiejętnością zrealizowania robót budowlanych o konkretnie sprecyzowanych cechach. Każdy z punktów odnosił się co ściśle określonych prac budowlanych.

Izba podziela również zapatrywania wyrażone w orzeczeniu KIO 298/20 i KIO 356/20, iż dokumentami potwierdzającymi prawidłowość wykonania zamówienia mogły być protokoły odbioru eksploatacyjnego oraz że możliwości wykorzystania takich dokumentów doszukiwać można się na podstawie zobowiązania umownego dla danej inwestycji. Jak słusznie zauważono w orzeczeniu *„Protokoły eksploatacyjne potwierdzają zatem wykonanie prac budowlanych, co stanowi podstawę do uznania potwierdzenia warunku, którego treść referowała właśnie do wykazania wykonania określonej ilości infrastruktury (...). Jak wskazał Zamawiający, wykonanie odbiorów eksploatacyjnych poprzedzone jest przeprowadzeniem odbiorów technicznych dla poszczególnych branż. Powyższe oznacza także, że możliwe stało się odebranie części robót.”* Wszelkie zatem dywagacje Odwołującego i Przystępującego Torpol o nieprzydatności tych dokumentów do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu uznać należy raczej za polemikę z wcześniejszym orzeczeniem Izby, nie jest to nowa argumentacja, dotychczas nie poddana analizie. Konstrukcyjnie, w przedmiotowym postępowaniu, Przystępujący Intercor po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, w tożsamy sposób wykazywał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Tym samym więc kwestionowanie co do zasady możliwości powoływania się na określony typ dokumentu potwierdzającego wykonanie określonej kategorii prac pozostaje bezsporne dla Izby w niniejszej sprawie. Jednoznacznie orzeczono bowiem, że do uznania prac za wykonane prawidłowo, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, przepisami prawa, wymogami projektowymi, w przypadku Zamawiającego jest możliwe i dopuszczalne posługiwanie się protokołami odbioru eksploracyjnego. Zatem, tylko w sytuacji gdyby Odwołujący zdołał podważyć merytorycznie treść przedstawionego protokołu eksploatacyjnego z 8 marca 2019 roku, rozstrzygnięcie Izby w przedmiotowej sprawie

mogłoby być odmienne, co do meritum wykonanych prac związanych z konkretnie oznaczonym punktem warunku. Natomiast co do samego sposobu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez określony dokument, ta ocena nie może być odmienna. Trudno bowiem oczekiwać, by w sytuacji przedstawienia przedmiotowo tożsamy dokumentów dokonać odmiennej oceny ich charakteru.

Odnosząc się do zarzutów odwołania wskazujących, że Przystępujący Intercor nie przedstawił dokumentów potwierdzających należyte wykonanie prac, które można byłoby w ujęciu Rozporządzenia o dokumentach uznać za „referencje”, Izba zauważa, że celem dokumentów składanych na potwierdzenie należytego wykonania przedmiotu zamówienia jest potwierdzenie wykonania robót należycie, w szczególności zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Dokumenty takie nie muszą zawierać innych elementów odnoszących się choćby do zakresu prac ustalonego warunkiem dla konkretnego postępowania. Dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku w zakresie przedmiotowym jest wykaz robot. Całkowicie bowiem odmienny jest cel i znaczenie powyższych dokumentów, jak również całkowicie odrębne podmioty są ich wystawcą. Nie ulega wątpliwości, iż dokumenty referencyjne składane wraz z wykazem są dokumentami abstrakcyjnymi, będącymi oświadczeniami wiedzy niezwiązanymi z konkretnymi postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego. Nie muszą one tym samym wiernie odzwierciedlać wymagań Zamawiającego sformułowanych w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, a mają one jedynie wykazać fakt wykonania danych robót w sposób należyty. Nie muszą również, co powinno być oczywiste dla Odwołującego – profesjonalisty w danej branży, zawierać w swej treści słowa „referencje” by za takowe być uznane. Dokumenty składane z wykazem prac mają określać, że prace z wykazu spełniają wymogi jakościowe określone przez danego zamawiającego, bez względu na to jak taki dokument został zatytułowany. Odwołujący nie przedstawił dowodów przeciwnych, że takie wymogi jakościowe nie zostały spełnione. W ocenie Izby potwierdzeniem prawidłowości zrealizowanych prac będzie już stwierdzenie, że *„roboty wykonano zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i sztuką budowlaną”*. Trudno doszukiwać się w takiej ocenie jakości wykonanych prac przez danego zamawiającego cech negatywnych. Jeżeli Zamawiający ocenia przy odbiorze prac, że zostały wykonane one zgodnie z przepisami prawa i sztuką budowlaną, to tym samym, w ocenie składu orzekającego Izby, potwierdza należyte ich wykonanie. Zgodność z regulacjami o charakterze prawnym i zasadami danej branży nie może oznaczać nieprawidłowego wykonania. Jeżeli roboty budowlane byłyby wykonane niezgodnie z założeniami projektowymi (a więc niezgodnie ze sztuką budowlaną), raczej nie zostałyby odebrane i pozytywnie ocenione przez Zamawiającego, a przede wszystkim taka praca nie

zostałyby oddana do eksploatacji, jeżeli korzystać może z niej nieokreślona liczba użytkowników zewnętrznych. Zdaniem Izby argumentacja Odwołującego, że przecież w Rozporządzeniu o dokumentach dokonano rozróżnienia kwestii należytego wykonania robót budowlanych oraz wykonania zgodnie z przepisami prawa i prawidłowego ukończenia nie jest prawidłowa. Jeżeli Rozporządzenie o dokumentach stanowi, że ocenia się, czy prace zostały należycie wykonane, w szczególności czy wykonano je zgodnie z przepisami prawa i zasadami sztuki budowlanej, to każda „pozytywna” ocena tych dwóch aspektów, będzie oznaczała należyte wykonanie zobowiązania.

Dalej podkreślić należy, iż słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że kwestie, czy możliwe było uznanie prac referencyjnych za wykonane dopiero po dokonaniu odbioru końcowego i wystawieniu Świadectwa Przejęcia, a także czy możliwe jest generalnie wykazywanie się na potwierdzenie spełnienia warunku takim doświadczeniem, zostało już rozstrzygnięte przez Izbę w orzeczeniu KIO 298/20 KIO 356/20. Odwołujący nie przedstawił w tym elemencie odwołania żadnej nowej argumentacji, która wymagałaby dodatkowego odniesienia się składu orzekającego w niniejszej sprawie. Izba w przywołanym orzeczeniu dokonała subsumcji zapisów umowy inwestycyjnej, regulacji wewnętrznych Zamawiającego, warunków kontraktowych, z których wynika, że w określonych warunkach możliwe jest uznanie odbioru eksploatacyjnego za wystarczający do potwierdzenia warunku udziału. Izba w niniejszej sprawie odwoławczej te zapatrywania i argumentację podziela.

Analiza treści protokołu z odbioru eksploracyjnego z dnia 8 marca 2019 roku, który był podstawą do wystawienia dokumentu z 27 lutego 2020 roku, prowadzi do wniosku, że choć istotnie protokół wspomina o wadach systemu sterowania ruchem, opisuje je i wyznacza terminy ich usunięcia, to wady te nie uniemożliwiły odbioru prac i przekazania infrastruktury do eksploatacji. Jak słusznie zauważył także Przystępujący Intercor, część tych elementów nie jest już wymieniona w kolejnym protokole odbioru z 10 marca 2019 roku, ponadto mianem „wada” określono kwestie związane z rozruchem systemu i przejściowym okresem eksploatacyjnym tuż po oddaniu urządzeń do użytkowania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że w protokole z 8 marca 2019 roku sformułowania „wada istotna” użyto w rozumieniu Prawa budowlanego. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego w świetle art. 647 kc inwestor obowiązany jest dokonać odbioru końcowego i zapłacić wynagrodzenie należnego wykonawcy. Inwestor nie może uzależniać dokonania odbioru końcowego i zapłaty należnego wynagrodzenia od braku jakichkolwiek wad w wykonanym obiekcie. Inwestor może uchylić się od obowiązku dokonania odbioru końcowego tylko w przypadku wystąpienia wad istotnych, gdyż tylko w takim wypadku można wskazać, że wykonawca nie spełnił swojego świadczenia, w pozostałych wypadkach inwestor jest

obowiązany dokonać odbioru końcowego a do protokołu odbioru może zostać dołączony wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze, co jednocześnie nie tamuje całego procesu odbioru (tak: wyrok Sadu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 22 czerwca 2007 r. V CSK 99/07; wyrok Sadu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 kwietnia 1998 r. II CKN 673/97; wyrok z dnia 5 marca 1997 r., II CKN 28/97 (OSNIC 1997 Nr 6 - 7, poz. 90); wyrok Sadu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 7 marca 2013 r. II CSK 476/12). Jeżeli więc w przedmiotowej sprawie Zamawiający dokonał odbioru, a wyznaczył dodatkowy termin na usunięcie stwierdzonych wad, nie może być mowy, że przy odbiorze stwierdzono wady o charakterze istotnym, stanowiące o nienależytym zrealizowaniu zobowiązania.

W tym miejscu, Izba pragnie odnieść się do konstrukcji zarzutów odwołania jako takich. Dostrzeżenia bowiem wymaga, że o ile w przypadku punktu 8.6.1. lit e (zarzut nr 2 odwołania) Odwołujący prezentuje poszerzoną argumentację o braku potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, o tyle w przypadku punktów 8.6.1 c-f brakuje w odwołaniu tak argumentacji, jak również materiału dowodowego dla poszczególnych elementów warunku, który przemawiałby na korzyść tez Odwołującego. Odwołujący w żadnym miejscu odwołania nie precyzuje na czym dokładnie polegało niewywiązanie się przez Konsorcjum Intercor z wykonania prac opisanych w punktach c do f warunku, ogólnie jedynie stwierdzając, że Zamawiający miał do czynienia z inwestycją nieukończoną. Ograniczono się do ogólnych twierdzeń o braku możliwości uznania prac określonych pismem z dnia 27 lutego 2020 roku za potwierdzających spełnienie warunku. Odwołujący nie wskazał jednak, na czym owa niemożliwość w przypadku poszczególnych punktów warunku polega. Jest to o tyle istotne, ponieważ Zamawiający sformułował rozbudowane warunki udziału w postępowaniu, w podziale na poszczególne kategorie prac związane z różnymi dziedzinami (branżami) inwestycji o charakterze liniowym. Dokonano zróżnicowania poziomu poszczególnych warunków w punktach, a także odmiennie (różnie) definiowano określone pojęcia dla poszczególnych podpunktów warunku.

W orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych, a także stanowisku doktryny wielokrotnie podkreślano, że istotne jest, aby zarzut został w pełni sprecyzowany w odwołaniu, gdyż umożliwia to zarówno zamawiającemu jak i potencjalnym uczestnikom postępowania, odniesienie się do kwestionowanych czynności. Wskazanie konkretnych uchybień zakreśla ramy postępowania odwoławczego. Za niedopuszczalne należy uznać wskazywanie na rozprawie zarzutów mających oparcie tylko w przywołanej podstawie prawnej bez kwestionowania konkretnej czynności opisanej w odwołaniu. Odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego. Krajowa Izba Odwoławcza nie może zatem domniemywać

treści wprost niewskazanych w zarzutach i żądaniach Odwołującego. Zwięzłe przedstawienie zarzutów, określenie żądania oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania powinno nastąpić już w chwili składania odwołania, również z tego powodu, że zamawiający powinien mieć możliwość przygotowania na rozprawę obrony swojego stanowiska wobec zarzutów i żądań odwołującego, a także winien mieć możliwość uwzględnienia danego zarzutu czy nawet całego odwołania przed rozpoczęciem posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej (zob. wyrok z dnia 5 listopada 2014 r., KIO 2130/14; KIO 2132/14; KIO 2148/14).

Niewątpliwie argumentacja Odwołującego odnośnie do zarzutu nr 1 jest obszerna, nie jest niestety konkretna w warstwie merytorycznej, w dużej mierze także nawiązuje do zagadnień, które stanowiły przedmiot orzekania i rozważań Izby w postępowaniu KIO 298//20, KIO 356/20. Natomiast stanowisko oraz złożony materiał dowodowy Przystępującego Torpol znacząco wychodzą poza zarzut odwołania, odnoszą się do zakresu prac nie dotyczącego złożonych referencji.

Z tych powodów Izba uznała powyższy zarzut za niewykazany.

Poddając ocenie drugi z zarzutów odwołania, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego i Przystępującego Torpol.

W punkcie 8.6.1. lit e Zamawiający wymagał doświadczenia w realizacji budowy lub przebudowy co najmniej 1 (jednego) systemu stacyjnych, scentralizowanych urządzeń SRK (sterowania ruchem kolejowym), na stacji liczącej co najmniej 20 zwrotnic. W złożonym przez Przystępującego Intercor potwierdzeniu wykonania robót, Zamawiający wskazał, że wykonano budowę stacyjnych komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym na stacji Małkinia z zabudową 27 rozjazdów.

Izba podziela stanowisko, że wykonywanie prac zabudowy większej liczby zwrotnic na danej stacji, nie oznacza, że zadanie takie nie potwierdziło spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Liczba 20 zwrotnic była wartością minimalną i w co najmniej minimalnym wymaganym zakresie Przystępujący Intercor zabudowę wykonał. Warunek nie referował do wszystkich zwrotnic na danej stacji ale wskazywał na pewien minimalny poziom doświadczenia i taki poziom został przez Intercor wykazany. Nie wymagano również, by wszystkie funkcjonujące na stacji zwrotnice były odebrane i włączone do systemu w tym samym czasie i tylko wykonanie prac w pełnym zakresie potwierdzi warunek, bowiem zakresem warunku nie było objęte kompleksowe ukończenie zadania inwestycyjnego na określonym obiekcie, ale zrealizowanie ściśle określonego pewnego wycinka – zakresu prac w określonej liczbie zwrotnic. Okoliczność, że na danej stacji po odebraniu prac na torze

pierwszym kontynuowane były prace, poza wskazanym w protokole i potwierdzeniu terminie, pozostaje poza przedmiotem orzekania w niniejszej sprawie, bowiem to wykonanie 27 zwrotnic dla toru 1 było przedmiotem odbioru eksploatacyjnego, co miało potwierdzić spełnianie warunku.

Następnie zauważyć należy, iż w punkcie 8.6.1. e) warunku Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „stacja”, jak uczynił to w punkcie 8.6.1.d), a więc roboty wykonywane na jakiegokolwiek części stacji, przykładowo na poszczególnych jej torach, również w ocenie Izby potwierdzały spełnienie warunku udziału w postępowaniu bowiem wykonywane były na obiekcie stacji.

Odebranie prac potwierdzają przedstawione przez Zamawiającego i Przystępującego Intercor protokoły odbiorów eksploatacyjnych, stwierdzone wady i usterki nie uniemożliwiły przekazania urządzeń do eksploatacji i wprowadzenia ruchu pociągów. Argumentacja o prowadzeniu ruchu pociągów z ograniczeniami prędkości pozostaje poza treścią warunku więc nie mogła stanowić o braku potwierdzenia doświadczenia danego wykonawcy. Poza tym ograniczenia takie oraz dodatkowe zabezpieczenia w postaci telefonicznego zapowiadania pociągu są standardowo stosowane przez Zamawiającego w pierwszej fazie po odbiorze, co wykazano zapisami stosowanych Instrukcji. Załączone przez Odwołującego kolejne protokoły odbioru datowane po terminie składania ofert dotyczą natomiast wykonywania dalszych prac na innych torach, nie odnoszą się do toru 1 będącego podstawą uznania doświadczenia Przystępującego Intercor.

Kluczowe wydaje się dla uznania zasadności zarzutu udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy z zadania referencyjnego wynika, że do eksploatacji oddano system stacyjnych, scentralizowanych urządzeń SRK, w sytuacji gdy Zamawiający w referencji napisał o odbiorze stacyjnych komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym.

W odwołaniu sam Odwołujący wywodzi, że o ukończeniu budowy systemu stacyjnych, scentralizowanych urządzeń SRK można mówić dopiero wtedy, kiedy możliwe jest zautomatyzowane sterowanie ruchem pociągów, które odbywa się za pośrednictwem klawiatury i myszki, a aktualny stan sytuacji ruchowej wizualizowany jest na ekranach komputerów w postaci wykresów i danych, innymi słowy mamy do czynienia z urządzeniami i oprogramowaniem. Tymczasem protokoły złożone przez samego Odwołującego z 8 i 10 marca 2019 roku odnoszą się tak do urządzeń, jak również do oprogramowania niezbędnego do funkcjonowania systemu SRK. Tym samym więc elementy te składają się na system w definicji przedstawionej przez samego Odwołującego. W protokołach podano jakie urządzenia zostały odebrane, a sam protokół odnosił się choćby do dostępności odczytu logów, to oznacza, że na urządzeniach funkcjonowało oprogramowanie do ich obsługi. Co więcej, Przystępujący Intercor przedstawił wiarygodną argumentację, popartą złożonymi na

rozprawie dokumentami dodatkowymi, jak należy odczytywać zapisy protokołu o dostępie do logów, samoczynności nastawiania semaforów oraz zobrazowania blokady liniowej. Co ciekawe, w odwołaniu między innymi te elementy Odwołujący wymieniał jako cechy immanentne dla uznania danego rozwiązania za system SRK.

Gołosłowne pozostają twierdzenia Odwołującego, że dokonano jedynie odbiorów częściowych systemu, a cały system podlega walidacji po zakończeniu montażu wszystkich jego elementów. Skoro Zamawiający odebrał dane urządzenia SRK i dopuścił do ruchu pociągów po danym torze, to oznacza, że dla konkretnej liczby zwrotnic na konkretnym torze na danej stacji został walidowany, przetestowany, uruchomiony i odebrany system sterowania, a nie odebrano tylko niepowiązane ze sobą funkcjonalnie urządzenia, bez bliżej niezidentyfikowanej potrzeby gospodarczej. Wówczas bowiem jakiegokolwiek dopuszczenie do ruchu kolejowego na takim obiekcie byłoby obarczone znacznym ryzykiem, a przede wszystkim stanowiłoby zagrożenie dla życia i zdrowia użytkowników. W protokole wyraźnie określono jakie podmioty odpowiadają za usunięcie awarii urządzeń podczas ich eksploatacji, co oznacza, że dane elementy miały być czynnie wykorzystywane przy funkcjonowaniu stacji.

Warunek nie zabraniał dalszej rozbudowy, zmian, testów, integracji systemu z kolejnymi podłączanymi do niego urządzeniami stopniowo wykonywanymi na pozostałych torach na stacji. Zamawiający nie odebrał nie powiązanych ze sobą odrębnych urządzeń, ale przekazał do eksploatacji pewną funkcjonalnie powiązaną całość – czyli właśnie system dla konkretnej stacji jako obiektu. Poszczególne urządzenia zostały ze sobą połączone, skomunikowane i oddane do eksploatacji. Jak dodatkowo wynika z przedstawionych przez Zamawiającego na rozprawie Wytocznych Odbioru – urządzenia srk mogą być przekazywane do eksploatacji w całości lub poszczególnymi częściami. Nie oznacza to jednak, że takie urządzenia nie tworzą systemu. Nie są to bowiem niezależne od siebie, odrębnie funkcjonujące, nie powiązane elementy, ale właśnie pewien zestaw urządzeń, który tworzy określone rozwiązanie służące centralnemu sterowaniu ruchem kolejowym, czyli określony system. Można uznać, że jest to baza systemu, do której dołączone są kolejne jego etapy po ukończeniu prac na kolejnych odcinkach stacji. Sam Odwołujący i Przystępujący Torpol na rozprawie szeroko wywodzili, że system tworzy część hardware i software. Oba te elementy zostały przez Zamawiającego dla określonej stacji odebrane i dopuszczone do użytkowania. Tym samym Przystępujący Intercor potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu dysponowania odpowiednią wiedzą i doświadczeniem w realizacji określonych robót budowlanych.

Z tych powodów Izba uznała, że zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Reasumując Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....