

**Sygn. akt: KIO 2187/15**

**KIO 2204/15**

## **WYROK**

**z dnia 26 października 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1. w dniu 9 października 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. z siedzibą w Madrycie, DRAGADOS S.A. z siedzibą w Madrycie, POLAQUA sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kozodawskiej (sygn. akt: KIO 2187/15),
2. w dniu 10 października 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie, Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie, Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt: KIO 2204/15),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, Ferrovial Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2187/15 i KIO 2204/15 po stronie Zamawiającego,
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Porr Polska Construction S.A. z siedzibą w Warszawie, Porr Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu, wykonawców J. P., Z. B., S. P. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Kolejowego i Inżynieryjnego „INFRAKOL” s.c. z siedzibą w Jaworze, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2204/15 po stronie Zamawiającego,

### **orzeka:**

1. uwzględnia odwołania i nakazuje Zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
  - 1.2. obniżenie oceny punktowej przyznanej wnioskowi złożonemu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, Ferrovial Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie o 40 pkt z uwagi na fakt, że wskazane w pkt 3 wykazu wykonanych robót (załącznik nr 3a do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) stacje kolejowe nie są stacjami kolejowymi węzłowymi,
  - 1.3. obniżenie oceny punktowej przyznanej wnioskowi złożonemu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Porr Polska Construction S.A. z siedzibą w Warszawie, Porr Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu, wykonawców J. P., Z. B., S. P. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Kolejowego i Inżynieryjnego „INFRAKOL” s.c. z siedzibą w Jaworzu o 20 pkt z uwagi na fakt, że wskazane w pkt 5 wykazu wykonanych robót (załącznik nr 3a do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) roboty budowlane dotyczące stacji Toruń Główny i Bydgoszcz-Wschód nie obejmowały prac w dwóch torach głównych zasadniczych i dwóch torach głównych dodatkowych,
  - 1.4. dokonanie ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
2. oddała odwołania w pozostałym zakresie.
  3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
    - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w łącznej wysokości 40.000,00 zł (słownie: czterdzieści tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisów od odwołań,
    - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz odwołujących kwoty po 23.600,00 zł (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiące koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołujących z tytułu wpisów od odwołań i wynagrodzeń pełnomocników.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) 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:** .....

**Sygn. akt: KIO 2187/15**

**KIO 2204/15**

### **Uzasadnienie**

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie robót budowlanych na odcinku Kraków – Mydlniki – Kraków Główny Towarowy w ramach zadania: *Modernizacja linii kolejowej E 30, etap II odcinek Zabrze – Katowice – Kraków*” (*POLIŚ 7.1 – 11.1*), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu (dalej: „Ogłoszenie”) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 grudnia 2014 r. pod numerem 2014/S 240-421600.

W dniu 30 września 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu i przyznanej wnioskowi punktacji.

W dniu 9 i 10 października 2015 r. do Prezesa Izby wpłynęły odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. z siedzibą w Madrycie, DRAGADOS S.A. z siedzibą w Madrycie, POLAQUA sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kozodawskiej (sygn. akt: KIO 2187/15), zwanych dalej „Konsorcjum V” i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie, Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie, Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt: KIO 2204/15), zwanych dalej „Konsorcjum Z”.

**Sygn. akt: KIO 2187/15**

Konsorcjum V (dalej również „Odwołujący”) zaskarżyło:

1. ocenę spełniania warunków udziału w Postępowaniu oraz przyznanie ocen spełniania tych warunków (w tym także w toku dokonywanych wyjaśnień) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, Ferroviaľ Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie (dalej: „Konsorcjum B”) i wykonawcę Torpol S.A. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Wykonawca T”), w szczególności:

- 1.1. przyznanie Konsorcjum B punktów za wykonanie czterech stacji wskazanych w pkt 3 wykazu wykonanych robót dołączonego do wniosku, tj. stacji El Escorial, Santa Maria de la Alameda, Zarzalejo, Robledo de Chavela (str. 169 wniosku),

- 1.2. przyznanie Wykonawcy T punktów za wskazane w pkt 5 wykazu wykonanych robót dołączonym do wniosku wykonanie robót budowlanych dotyczących m.in. przebudowy stacji Gdynia Główna (stacja węzłowa) w ramach projektu pn. „Modernizacja linii kolejowej E65/C-E65 na odcinku Warszawa – Gdynia – obszar LCS Gdańsk, LCS Gdynia” (str. 32 wniosku),
2. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum B z Postępowania,
3. zaniechanie zakwalifikowania Odwołującego do dalszego etapu Postępowania i zaproszenia go do złożenia oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 51 ust. 1, 1a i 2 w zw. z art. 26 ust. 1 i 2a w zw. z 25 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez błędne dokonanie oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu przez Konsorcjum B i błędne przyznanie mu punktów za wykonanie czterech stacji wskazanych w pkt 3 wykazu wykonanych robót dołączonego do wniosku, tj. stacji El Escorial, Santa Maria de la Alameda, Zarzalejo, Robledo de Chavela (str. 169 wniosku), które rzekomo miały mieć charakter stacji kolejowych węzłowych, co w konsekwencji w sposób bezzasadny spowodowało przyznanie Konsorcjum B 100 pkt zamiast 60 pkt i tym samym zapewniło mu kwalifikację do dalszego etapu Postępowania i zaproszenie do złożenia oferty,
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez bezzasadne zaniechanie wykluczenia Konsorcjum B mimo, iż złożyło nieprawdziwe informacje jakoby stacje El Escorial, Santa Maria de la Alameda, Zarzalejo, Robledo de Chavela (str. 169 wniosku) były stacjami kolejowymi węzłowymi, jak wymagał tego Zamawiający, co miało wpływ na wynik Postępowania, gdyż wskutek złożenia m.in. tych informacji Konsorcjum B zostało zakwalifikowane do dalszego etapu Postępowania i zaproszone do złożenia oferty,
3. art. 51 ust. 1, 1a i 2 w zw. z art. 26 ust. 1 i 2a w zw. z 25 ust. oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez bezzasadne niezaproszenie Odwołującego do dalszego etapu Postępowania i złożenia oferty, mimo że w przypadku prawidłowej oceny warunków udziału przez Konsorcjum B i Odwołującego, to Odwołujący, który otrzymał 70 pkt, winien być uprawniony do dalszego udziału w Postępowaniu i złożenia oferty, a nie Konsorcjum B, gdyż powinno ono otrzymać 60 pkt lub powinno być wykluczone z Postępowania w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik Postępowania,
4. art. 51 ust. 1, 1 a i 2 w zw. z art. 26 ust. 1 i 2a w zw. z 25 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez błędne dokonanie oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu przez Wykonawcę T i błędne przyznanie mu punktów za wskazane w punkcie 5 wykazu wykonanych robót dołączonym do wniosku wykonanie robót budowlanych polegających m.in. na przebudowie stacji Gdynia Główna (stacja węzłowa)

w ramach projektu pn. „Modernizacja linii kolejowej E65/C-E65 na odcinku Warszawa-Gdynia – obszar LCS Gdańsk, LCS Gdynia” (str. 32 wniosku), pomimo iż na dzień składania ofert roboty te nie zostały wykonane należycie, co w konsekwencji w sposób bezzasadny spowodowało przyznanie Wykonawcy T 70 pkt zamiast 60 pkt i tym samym spowodowało nierówne traktowanie tego wykonawcy w stosunku do innych wykonawców Postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu,
2. przeprowadzenia ponownej oceny złożonych wniosków, z uwzględnieniem wniosku Odwołującego, tj. z uwzględnieniem, iż wskazane przez Konsorcjum B cztery stacje nie są stacjami węzłowymi, tylko stacjami przelotowymi oraz, że na dzień składania wniosku przez Wykonawcę T wskazana w pkt 5 wniosku (str. 32 wniosku) stacja nie była należycie wykonana, a zatem nie powinna być uwzględniana przy punktacji,
3. wykluczenia Konsorcjum B z Postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik Postępowania, ewentualnie obniżenie punktacji wniosku Konsorcjum B do 60 pkt, co oznacza w każdym z powyższych przypadków brak kwalifikacji Konsorcjum B do dalszego etapu Postępowania i brak zaproszenia do składania ofert,
4. obniżenia punktacji wniosku Wykonawcy T do 60 pkt, co także oznacza brak kwalifikacji do dalszego etapu Postępowania i brak zaproszenia do składania ofert.

Odwołujący podkreślił, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp z uwagi na to, że gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził Postępowanie i ocenił spełnianie warunków udziału w Postępowaniu przez Konsorcjum B, ewentualnie – w kontekście dokonywanych wyjaśnień – gdyby prawidłowo uznał, że Konsorcjum B złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik Postępowania, Odwołujący z liczbą 70 pkt znalazłby się na piątym miejscu i tym samym zostałby zaproszony do złożenia oferty w przedmiotowym Postępowaniu. W związku z tym nie ulega wątpliwości, iż interes Odwołującego doznał uszczerbku, ponieważ został pozbawiony możliwości złożenia oferty, a w konsekwencji uzyskania przedmiotowego zamówienia, przez co poniósł szkodę.

Odwołujący podał również, że posiada interes prawny w rozpatrzeniu zarzutów wniesionych przeciwko Wykonawcy T. Znalazł się on bowiem wraz z Odwołującym na 6 miejscu z liczbą 70 pkt. Uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego Konsorcjum B spowoduje, iż do kolejnego etapu Postępowania i złożenia oferty zakwalifikowany zostanie zarówno Odwołujący, jak również Wykonawca T. Konsekwencją powyższego może być wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, co pozbawi Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, mimo iż Wykonawca T, po dokonaniu

prawidłowej oceny jego wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, winien uzyskać 60 pkt, wskutek czego, po pozytywnym zakwestionowaniu kwalifikacji Konsorcjum B, Wykonawca T nie mógłby zostać zakwalifikowany do dalszego etapu Postępowania oraz do złożenia oferty. Ponadto, uznanie odwołania w przedmiocie zarzutu dotyczącego Wykonawcy T spowoduje usunięcie stanu niezgodnego z prawem i przywrócenie ww. takiej punktacji, jaka mu się rzeczywiście należy w przypadku prawidłowej oceny jego wniosku.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami Ogłoszenia, wykonawcy ubiegający się o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu zobowiązani byli przedstawić wykaz wykonanych w ciągu ostatnich pięciu lat przed złożeniem wniosku robót budowlanych, polegających m.in. na budowie lub przebudowie jednej kolejowej stacji węzłowej posiadającej co najmniej dwa tory główne zasadnicze oraz dwa tory główne dodatkowe. Za każdą stację spełniającą powyższe wymogi wykonawca otrzymywał 10 pkt.

W wyniku ponownej oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu (pismo z dnia 26 sierpnia 2014 r.), wniosek Odwołującego z liczbą 70 pkt znalazł się na czwartym miejscu i tym samym Odwołujący zakwalifikował się do kolejnego etapu Postępowania. Na decyzję Zamawiającego odwołanie złożyło trzech wykonawców, którzy nie zostali zaproszeni do złożenia oferty.

Na posiedzeniu przed Izbą w dniu 16 września 2015 r. Zamawiający uznał odwołania i w wykonaniu nałożonego na niego zobowiązania wezwał w dniu 23 września 2015 r. Konsorcjum B do złożenia wyjaśnień, czy wskazane w pkt 3 wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu (str. 168-169) cztery stacje w miejscowościach El Escorial, Santa Maria de la Alameda, Zazalejo, Robledo de Chavela spełniają wymagania określone w Ogłoszeniu, to jest czy są stacjami węzłowymi oraz posiadają co najmniej dwa tory główne zasadnicze oraz dwa tory główne dodatkowe. W odpowiedzi z dnia 25 września 2015 r. Konsorcjum B potwierdziło, iż budowa obejmowała dwa tory główne zasadnicze, jak również dwa tory główne dodatkowe, nie wspominając jednak nic o rodzaju stacji, a więc czy jest węzłowa czy przelotowa. Konsorcjum B stwierdziło, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, czyli – jak należy domniemywać – że stacja ta jest stacją kolejową węzłową.

Pismem z dnia 28 września 2015 r., a następnie pismem z dnia 30 września 2015 r. unieważniającym czynność z 28 września 2015 r., Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Zgodnie z przekazaną informacją wniosek Odwołującego otrzymał 70 pkt i zajął szóstą pozycję wraz z wnioskami złożonymi przez Wykonawcę T oraz Konsorcjum Z, co oznacza, iż Odwołujący znalazł się poza listą podmiotów zakwalifikowanych do drugiego etapu Postępowania i zaproszonych do składania ofert, zaś wniosek Konsorcjum B otrzymał 100 pkt i został zakwalifikowany do dalszego etapu Postępowania, a konsorcjum to zaproszone do składania ofert.

## **Zarzut nr 1 odwołania:**

Czynność Zamawiającego polegająca na przyznaniu Konsorcjum B 40 pkt za cztery stacje wskazane w pkt 3 wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu (str. 169), co skutkowało w konsekwencji zakwalifikowaniem ww. do kolejnego etapu Postępowania, w ocenie Odwołującego, stanowi naruszenie przepisów Pzp, gdyż zadania te nie spełniają warunków udziału w Postępowaniu określonych przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 51 ust. 1 i 2 Pzp zamawiający zaprasza do składania ofert tylko takich wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w Postępowaniu i to w stopniu największym w porównaniu z innymi ubiegającymi się o udział w Postępowaniu. Zamawiający winien w tym miejscu postępować w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny.

Zgodnie z postanowieniami Ogłoszenia i w myśl wymagań art. 26 ust. 2a Pzp, wykonawcy zobowiązani byli wykazać fakt spełnienia warunków udziału w Postępowaniu przez złożenie stosownych dokumentów, w szczególności wykazu robót, jakie wykonali w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków. Warunkiem postawionym przez Zamawiającego było, aby przedmiotowe roboty obejmowały budowę lub przebudowę jednej kolejowej stacji węzłowej posiadającej, co najmniej dwa tory główne zasadnicze i dwa tory główne dodatkowe.

Wskazane przez Konsorcjum B stacje kolejowe w miejscowościach El Escorial, Santa Maria de la Alameda, Zarzalejo, Robledo de Chavela są stacjami przelotowymi, a nie, jak wymaga Zamawiający, stacjami węzłowymi. Zamawiający nie zdefiniował na użytek tego Postępowania co rozumie pod nazwą „stacja kolejowa węzłowa”. Przy ustalaniu tej definicji należy zatem powołać się na wiążące w tym zakresie przepisy prawa.

Zgodnie z § 3 ust. 4 pkt 1a Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 lipca 2005 r. w sprawie ogólnych warunków prowadzenia ruchu kolejowego i sygnalizacji (Dz.U.2015.360 j.t. ze zm., wersja obowiązująca w dacie wszczęcia Postępowania – Dz.U.2005.172.1444 ze zm.), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, stacją węzłową jest stacja, na której łączą się szlaki z trzech lub więcej kierunków. Oznacza to, iż dla uznania danej stacji za stację węzłową konieczne jest, aby możliwy był wyjazd z niej w co najmniej trzech kierunkach. Stacje kolejowe w miejscowościach El Escorial, Santa Maria de la Alameda, Zarzalejo, Robledo de Chavela nie spełniają tych wymogów. Powyższe potwierdzają schematy stacji kolejowych opracowane przez Adif (hiszpańskie przedsiębiorstwo państwowe odpowiedzialne za budowę oraz zarządzanie infrastrukturą kolejową w Hiszpanii), schemat stacji kolejowych sporządzony przez RENFE (hiszpańskie przedsiębiorstwo państwowe odpowiedzialne za transport kolejowy) oraz schemat podmiejskich linii kolejowych Cercanias Madris, zgodnie z którymi stacje te są jedynie stacjami przelotowymi. Z załączonych wydruków da się jednoznacznie wywieść, iż przez każdą z tych stacji przebiega tylko jedna linia i łączą

się tylko dwa szlaki, a nie wymagane dla uznania stacji za węzłową w myśl cytowanego powyżej Rozporządzenia co najmniej trzy szlaki kolejowe. Podobne wnioski można wysnuć z dokumentacji projektowej, opracowanej dla wykonania robót budowlanych dotyczących przedmiotowych stacji, jak również z wydruków internetowych w postaci mappek ukazujących sieć linii kolejowych.

Odwołujący podkreślił, że powyższe wątpliwości powziął także Zamawiający skoro w dniu 23 września 2015 r. wezwał Konsorcjum B do wyjaśnienia, czy przedmiotowe stacje spełniają warunki udziału w Postępowaniu, tj. m.in. czy mają charakter stacji węzłowych. W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum B wskazało jedynie, że będące przedmiotem sporu stacje posiadają po dwa tory główne zasadnicze oraz po dwa tory główne dodatkowe, załączając na tą okoliczność zdjęcie ze strony internetowej, nie stwierdzając wprost, czy stacje te są stacjami węzłowymi, jednocześnie jedynie potwierdzając w sposób ogólny, że stacje te rzekomo spełniają warunki udziału w Postępowaniu, czyli mają charakter stacji węzłowych, co – jak wykazano powyżej – nie ma miejsca. Ponieważ wskazane cztery stacje nie spełniają warunków stacji kolejowych węzłowych, Konsorcjum B nie powinno otrzymać punktów za wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie stacji kolejowych El Escorial, Santa Maria de la Alameda, Zarzalejo, Robledo de Chavela.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wykonał prawidłowo czynności oceny wniosków wykonawców o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Mimo wezwania Konsorcjum B do złożenia wyjaśnień w spornej kwestii i braku jednoznacznych dowodów (wyjaśnień) w tym względzie, Zamawiający bezzasadnie uznał, że stacje kolejowe wskazane pod poz. 3 wykazu wykonanych robót (str. 169) są stacjami węzłowymi, choć nie spełniały one warunków „stacji węzłowej” określonych w Rozporządzeniu. W konsekwencji Konsorcjum B winno otrzymać łącznie 60 pkt i tym samym znaleźć się na szóstym miejscu w rankingu podmiotów, co oznaczałoby brak kwalifikacji do dalszego etapu Postępowania.

W efekcie powyższego, Zamawiający dopuścił się także naruszenia jednej z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, a mianowicie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, określonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Do obowiązków Zamawiającego należy bowiem przygotowanie i następnie przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w taki sposób, aby dla każdego wykonawcy przewidziane zostały jednakowe warunki i wymagania. W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył niniejszą zasadę, ponieważ przyznał punkty Konsorcjum B, pomimo że wskazane cztery stacje nie spełniają zakreślonych wymagań.

## **Zarzut nr 2 odwołania**

Zgodnie z informacją zawartą w wykazie wykonanych robót Konsorcjum B (str. 169), wskazało, iż w ramach zadania pn. przebudowa torów Linia Madryt – Hendaya,



odcinek El Escorial – Santa Maria de la Alameda wykonało ono przebudowę czterech kolejowych stacji węzłowych El Escorial, Santa Maria de la Alameda, Zarzalejo, Robledo de Chavela. W związku z faktem, iż przedmiotowe stacje kolejowe są stacjami przelotowymi, a nie węzłowymi, co potwierdzają także załączone do odwołania dokumenty, stwierdzić należy, że Konsorcjum B złożyło nieprawdziwe informacje, ponieważ informacje te nie odpowiadają rzeczywistości stanowi rzeczy.

Ponownie podkreślenia wymaga, że w udzielonych wyjaśnieniach z dnia 25 września 2015 r. Konsorcjum B zawarło stwierdzenie, iż zrealizowane roboty budowlane na przedmiotowych czterech stacjach polegały na przebudowie stacji kolejowej obejmującej co najmniej dwa tory główne zasadnicze i dwa tory główne dodatkowe, a także ogólne stwierdzenie, że zadania opisane w pkt 3 wykazu spełniają warunki Zamawiającego określone w Ogłoszeniu, a więc także warunek „stacji węzłowej kolejowej”.

W ocenie Odwołującego takie działania Konsorcjum B wskazuje na umyślny zamiar świadomego przemilczenia pewnych istotnych informacji i stwarzania wrażenia, że wszystkie wymagane warunki są spełnione. Jego czynności, w szczególności wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 25 września 2015 r., udzielone na wyraźne wezwanie Zamawiającego, w kontekście uprzednio prowadzonego postępowania odwoławczego przed Izłą, należy uznać za przekazywanie informacji nieprawdziwych, które miały wpływ na wynik Postępowania, gdyż właśnie dzięki uzyskanym w ten sposób punktom za ww. zadania Konsorcjum B zostało zakwalifikowane do dalszego etapu Postępowania i zaproszone do składania ofert, m. in. kosztem Odwołującego. Działanie Konsorcjum B było działaniem umyślnym i zawinionym. Wskazanie w wykazie wykonanych robót dołączonym do wniosku o dopuszczenie go do udziału w Postępowaniu oraz podtrzymywanie tego stanowiska w piśmie z dnia 25 września 2015 r., że sporne stacje są stacjami węzłowymi, wprowadziło w błąd Zamawiającego oraz miało wpływ na wynik Postępowania. Tym samym spełniła się przesłanka art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, która winna skutkować wykluczeniem Konsorcjum B z Postępowania.

### **Zarzut nr 3 odwołania**

Wskutek dokonanych przez Zamawiającego naruszeń, tj. zaniechania wykluczenia Konsorcjum B z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik Postępowania oraz bezzasadnego przyznania mu 100 pkt zostało ono zakwalifikowane do dalszego etapu Postępowania, a Odwołujący takiej możliwości został bezzasadnie pozbawiony.

### **Zarzut nr 4 odwołania**

W myśl postanowień Ogłoszenia, wykonawcy ubiegający się o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu zobowiązani byli m.in. przedstawić wykaz wykonanych w okresie

ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków robót budowlanych, które winny być wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Na str. 32 wniosku, w wykazie wykonanych robót pod poz. nr 5, Wykonawca T przedstawił, iż zrealizował roboty budowlane w ramach zadania pn. „Modernizacja linii kolejowej E65/CE 65 na odcinku Warszawa – Gdynia – ob.szar LCS Gdańsk, LCS Gdynia” dla obszaru stacja kolejowa Gdynia Główna. Jako datę ukończenia tego zadania wskazano listopad 2014 r. Zgodnie jednak z protokołem odbioru końcowego, roboty budowlane dla obszaru LCS Gdynia, w tym stacja Gdynia Główna zostały odebrane, tj. zakończone dnia 10 kwietnia 2015 r., czyli już po dniu składania wniosków w tym Postępowaniu, wyznaczonym na 16 stycznia 2015 r. (3 miesiące po dacie wymaganej przez Zamawiającego). Oznacza to, że na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu wskazywana przez Wykonawcę T robota nie spełniała stawianych przez Zamawiającego wymagań. W związku z tym, nie było zasadne przyznanie mu z tytułu wykonania tego zadania 10 pkt.

Ponadto, nawet na dzień odbioru końcowego, to jest na dzień 10 kwietnia 2015 r., nie można uznać, iż roboty budowlane ukończone zostały prawidłowo, a więc zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Dla uznania, iż dany wykonawca spełnia te wymagania, konieczne jest, aby roboty zrealizowane były w oparciu o przepisy prawa oraz normy techniczne z zachowaniem oczekiwanej od wykonawcy należytej staranności oraz bez jakichkolwiek wad. Prace wykonywane przez Wykonawcę T dla obszaru LCS Gdynia obejmujące m.in. przebudowę stacji Gdynia Główna nie zostały prawidłowo ukończone. Jak wynika z protokołu odbioru końcowego, wykonane zadanie zawierała szereg wad koniecznych do usunięcia, nie było zatem wykonane w sposób należyty.

Prawidłowość wykonania zadania nie może być wywodzona z samego faktu odbioru robót. Prawidłowe ukończenie oznacza bowiem ukończenie bezbłędnie i bezusterkowo. Wystąpienie tak licznych wad, jakie wymienione zostały w protokole odbioru z dnia 10 kwietnia 2015 r. nie pozwala stwierdzić, iż inwestycja przyjęta została bez zastrzeżeń. Z uwagi na rozmiar i charakter zamówienia będącego przedmiotem Postępowania, Zamawiający wymaga od wykonawców spełnienia szczególnych warunków, aby mieć gwarancję, iż zamówienie wykonane zostanie z jak najwyższą starannością. Wykonawca T dla wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu winien wykazać, iż na dzień składania wniosku wykonał prawidłowo zadania, tj. że zadania te zostały zakończone i są wolne od wad (ewentualnie stwierdzone wady zostały na ten moment usunięte), a dana inwestycja może funkcjonować w całości bez żadnych zastrzeżeń.

W związku z tym Wykonawca T nie spełnił warunków Zamawiającego w zakresie jednej stacji, więc Zamawiający nie powinien przyznać Wykonawcy T za zadanie określone w pkt 5

wykazu robót 10 pkt, a w konsekwencji winien on otrzymać łącznie 60 pkt, a nie jak ustalił to Zamawiający 70 pkt.

Powyższe oznacza także, że i w tym przypadku Zamawiający dopuścił się nierównego traktowania tego wykonawcy w stosunku do innych wykonawców biorących udział w Postępowaniu.

**sygn. akt: KIO 2204/15**

Konsorcjum Z (dalej również „Odwołujący” zaskarżyło:

1. błędną ocenę punktową wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie, Porr Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu oraz wykonawców J. P., Z. B., S. P. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Kolejowego i Inżynieryjnego „INFRAKOL” s.c. z siedzibą w Jaworze (dalej: „Konsorcjum P”) i zakwalifikowanie ww. do dalszego udziału w Postępowaniu,
2. zaniechanie zakwalifikowania Odwołującego do dalszego etapu Postępowania,
3. zaniechanie zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty.

Wskazanym wyżej czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucono naruszenie:

1. art. 51 ust. 1 i 2 w zw. z art. 26 ust. 2a w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonanie nieprawidłowej oceny – punktacji wniosku Konsorcjum P, co spowodowało przyznanie mu 80 pkt w miejsce należnych 50 pkt i zakwalifikowanie go do dalszego udziału w Postępowaniu, a w konsekwencji niezaproszenie Odwołującego do dalszego udziału w Postępowaniu i złożenia oferty, mimo iż właściwa ocena wniosku Konsorcjum P skutkowałoby dalszym udziałem Odwołującego w Postępowaniu,
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum P z udziału w Postępowaniu, mimo iż złożyło ono nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na jego wynik.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności ponownej oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu i kwalifikacji wykonawców do kolejnego etapu Postępowania,
2. dokonania ponownej oceny wniosków i ich kwalifikacji punktowej, przy uwzględnieniu faktu niewłaściwej punktacji wniosku Konsorcjum P,
3. dokonania ponownej czynności kwalifikacji wykonawców do kolejnego etapu Postępowania.

Odwołujący uzasadnił interes we wniesieniu odwołania tym, że bezprawne działanie Zamawiającego zamknęło mu możliwość uzyskania zamówienia. Odwołujący złożył bowiem prawidłowy wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, któremu przyznano 70 pkt, co stawia go na 6 pozycji, mimo iż winien być sklasyfikowany na pozycji 5, a tym samym winien być dopuszczony do składania ofert. Wskazać przy tym należy, że Zamawiający podał w Ogłoszeniu (pkt IV 1.2, sekcja IV), iż w sytuacji, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w Postępowaniu będzie większa niż 5, Zamawiający do składania ofert zaprosi, zaprosi taką liczbę wykonawców, która mieści się w punktacji za stacje na pozycjach od 1 do 5. Tym samym dokonanie prawidłowej oceny wniosków powodowałoby, iż Odwołujący, który uzyskał 70 pkt (co powinno oznaczać 5 lokatę w odniesieniu do podlegających ocenie wniosków) zostałby zaproszony do składania ofert. Właściwa ocena wniosku Konsorcjum P (przyznanie mu właściwej liczby punktów) doprowadziłaby bowiem do tego, że wniosek Odwołującego zostałby sklasyfikowany na 5, a nie na 6 miejscu, a tym samym Odwołujący zostałby zaproszony do składania ofert w Postępowaniu. Tym samym Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania – w sytuacji dokonania przez Zamawiającego prawidłowej oceny wniosku Konsorcjum P, to Odwołujący powinien być zaproszony do składania ofert w Postępowaniu, a tym samym miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, co w obecnej sytuacji nie może mieć miejsca. W konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na niemożności uzyskania zamówienia – w sytuacji bowiem istnienia nieprawidłowej czynności Zamawiającego zostanie pozbawiony realnej możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie, a tym samym utraci on możliwość uzyskania kontraktu, na którym mógłby zarobić.

Zamawiający w wyniku uwzględnienia odwołań szeregu wykonawców, którzy zarzucili mu, iż dokonał oceny ich wniosków niezgodnie z treścią rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (tj. iż dokonując oceny wniosków nie uwzględnił tych zadań, które były wykonywane na rzecz Zamawiającego, a co do których wykonawcy nie przedstawili stosownych dokumentów), dokonał, w dniu 30 września 2015 r., ponownej oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

Z przedmiotowego pisma wynika, że wnioskowi Konsorcjum P, które uprzednio wniosło odwołanie, przyznano 80 pkt (w poprzedniej ocenie zostało mu przyznane 20 pkt). Uznano zatem, iż poprzednia ocena (która polegała na tym, że Zamawiający w ogóle nie ocenił zadań, do których nie dołączono stosownych dowodów, a które były realizowane na rzecz Zamawiającego) była niewłaściwa – Zamawiający miał bowiem obowiązek takie zadania ocenić zgodnie z treścią Ogłoszenia, w oparciu o posiadaną przez siebie wiedzę. Tyle że Zamawiający dokonując w wyniku odwołania do Izby merytorycznego sprawdzenia tychże

zadań nie dokonał rzetelnego ustalenia, czy wskazane przez Konsorcjum P zadania w rzeczywistości spełniają określone w Ogłoszeniu warunki przyznania odpowiedniej punktacji. Doprowadziło to w konsekwencji do tego, iż Zamawiający dokonując merytorycznej oceny wniosków, w tym wniosku Konsorcjum P, przyznał temu ostatniemu błędnie 80 pkt. Spowodowało to, że Odwołujący, którego wniosek był do tej pory sklasyfikowany na 5 miejscu (z punktacją 70 pkt), nie został dopuszczony do składania ofert – ponowna klasyfikacja wniosków spowodowała, iż zajmuje on obecnie 6 miejsce. I

### **Naruszenie art. 51 ust. 1 i 2 w zw. z art. 26 ust. 2a w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp**

Zamawiający, zgodnie z treścią Ogłoszenia (sekcja III.2.3), wskazał, iż „[...]w celu spełnienia przez wykonawców warunków Wykonawca miał przedstawić, iż wykonał w okresie ostatnich 5-ciu lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: budowę lub przebudowę (w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane) jednej kolejowej stacji węzłowej posiadającej co najmniej dwa tory główne zasadnicze oraz dwa tory główne dodatkowe. Budowa lub przebudowa stacji, o której mowa powyżej ma obejmować co najmniej: budowę lub przebudowę w dwóch torach głównych zasadniczych i dwóch torach głównych dodatkowych nawierzchnię i podtorze z odwodnieniem oraz sieć trakcyjną[...]”. Zgodnie z sekcją IV.1.2 Ogłoszenia Zamawiający wskazał, że „[...]za każde zrealizowane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone zadanie, spełniające warunki określone w sekcji III.2.3 w zakresie przytoczonego wyżej warunku Wykonawca otrzyma – za każdą realizację jednego ww. obiektu – 10 punktów[...]”. Konsorcjum P przedstawiło trzy zadania, które nie spełniają powyższego warunku, a mimo to Zamawiający przyznał mu za nie po 10 pkt.

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, iż nieprawdą jest, aby w ramach zadania „Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu: *Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 132 na odcinku Błotnica Strzelecka – Opole Groszowice*”, w zakresie podanej przez Konsorcjum P do oceny stacji Strzelce Opolskie, prace (budowa/przebudowa jednej kolejowej stacji węzłowej) obejmowały co najmniej dwa tory główne zasadnicze oraz dwa tory główne dodatkowe. Jak jednoznacznie pokazuje PFU i SIWZ w ramach przedmiotowego zadania prace obejmowały tylko dwa tory (a więc nie dwa główne tory zasadnicze i dwa główne tory dodatkowe). W szczególności ujęty w SIWZ OPZ jednoznacznie pokazuje, iż prace dotyczyły jedynie toru nr 1 i toru nr 2. Analogicznie w PFU, w tabelce nr 1.15 (str. 36), pod pozycjami nr 5 i 6 jest opisany zakres prac na stacji Strzelce Opolskie. Wynika z niej jednoznacznie (kol. 3 tabeli), że prace na tej stacji były ograniczone do toru nr 1 i toru nr 2. Oznacza to, że wnioskowi Konsorcjum P winno być przyznane 10 pkt mniej. Uzasadnia to jednocześnie naruszenie art. 51 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. W związku z taką oceną wniosków nie sposób bowiem uznać,

by Zamawiający prowadził Postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Z kolei w zakresie zadania „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu POIiŚ 7.1 – 45 *Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 18 Kutno-Piła na odcinku Toruń-Bydgoszcz od km 107,790 do km 159,420, w zakresie stacji Toruń Główny oraz stacji Bydgoszcz-Wschód*”, Zamawiający przyznał Konsorcjum P za każdą z tych stacji po 10 pkt, tj. łącznie 20 pkt, co zdaniem Odwołującego nastąpiło bezpodstawnie i niezgodnie z treścią Ogłoszenia. Powyższe punkty zostały bowiem przyznane za stacje kolejowe, które nie zostały prawidłowo ukończone na dzień składania wniosków w przedmiotowym postępowaniu, tj. na dzień 19 stycznia 2015 r. Wątpliwe jest to, czy przebudowa przedmiotowych stacji w zakresie torów głównych zasadniczych i głównych dodatkowych wraz z siecią trakcyjną obejmowała umowę na zadanie inwestycyjne, na jakie w wykazie robót powołało się Konsorcjum P. Według informacji ogólnodostępnych na stronach internetowych PKP PLK S.A. (<http://www.plk-inwestycje.pl/inwestycje/program-operacyjny-infrastruktura-isrodowisko/poiis-71-45/>) oraz projektu BIT-CITY w województwie kujawsko-pomorskim (<http://bitcity.kujawsko-pomorskie.pl/aktualnosci/35-ralizacja-projektu/99-sejmik>), wynika iż przebudowa stacji Bydgoszcz Wschód odbywa się w ramach zadania „Wykonanie robót budowlanych pn.: *Budowa linii tramwajowej do dzielnicy Fordon z przebudową układu drogowego w ciągu ulic Fordońskiej, Lewińskiego, Akademickiej, Andersa i węzłem integracyjnym w obszarze stacji kolejowej Bydgoszcz-Wschód w Bydgoszczy*”, które było wykonywane przez inny podmiot niż Konsorcjum P. Z treści ogłoszenia o zamówieniu dotyczącego ww. zadania, którego inwestorem był Tramwaj Fordon sp. z o.o. wynika, że przebudowa stacji Bydgoszcz Wschód była realizowana właśnie w ramach inwestycji tramwajowej (str. 6 ogłoszenia o zamówieniu).

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż Zamawiający wyraźnie wskazał, że punkty będą przyznawane wyłącznie za każde prawidłowo ukończone zadanie. Natomiast w przedmiotowej sprawie Konsorcjum P uzyskało łącznie 20 pkt za stacje kolejowe, które nie były ukończone na dzień składania wniosków. W konsekwencji uznać należy, że Zamawiający nie zastosował się do kryteriów z zakresu warunków udziału w Postępowaniu, będąc związanym ustalonymi postanowieniami Ogłoszenia.

### **Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp**

Odwołujący stwierdził ponadto, że w świetle istniejącego stanu rzeczy (dosłownego brzmienia PFU i SIWZ) Konsorcjum P winno być wykluczone z udziału w Postępowaniu, ponieważ złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na jego wynik. Trudno bowiem uznać, by składając wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu i podpisując go, Konsorcjum P nie miało świadomości co do zakresu prac

prowadzonych na stacji w Strzelcach Opolskich, zwłaszcza iż dokumentacja dla tego zadania jednoznacznie wskazuje na inny zakres niż zadeklarowany przez niego.

Zamawiający w dniu 21 października 2015 r. wniósł pisemne odpowiedzi na odwołania.

**Sygn. akt: KIO 2187/15**

Zamawiający oświadczył, że uznaje częściowo zarzuty odwołania, zgodnie z przedstawionym poniżej uzasadnieniem, a w zakresie zarzutów nieuznanych, wnosi o ich oddalenie.

Wobec częściowego uznania zarzutów odwołania, Zamawiający zadeklarował, że dokona czynności polegających na:

1. unieważnieniu czynności oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu dokonanej w dniu 30 września 2015 r.,
2. przeprowadzeniu ponownej oceny złożonych wniosków,
3. obniżeniu punktacji wniosku Konsorcjum B.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowej oceny wniosku Konsorcjum B (zarzut nr 1 w odwołaniu rozpoznawanym pod sygn. akt: KIO 2187/15) Zamawiający uznał go za zasadny.

Zamawiający podkreślił, że po wydaniu przez Izbę, w dniu 16 września 2015 r., postanowienia w sprawie o sygn. akt: KIO 1919/15, KIO 1929/15, KIO 1949/15, zwrócił się do Konsorcjum B – pismem z 23 września 2015 r. – o wyjaśnienie dotyczące wskazanych w pkt 3 wykazu wykonanych robót czterech stacji kolejowych, tj. o podanie czy doświadczenie z nimi związane spełnia warunek postawiony w sekcji III.2.3) pkt III.1.a) Ogłoszenia.

Konsorcjum B w piśmie z dnia 25 września 2015 r. wyjaśniło, iż spełnia ww. warunek, w związku z czym Zamawiający nie kwestionował punktów przyznanych mu w tym zakresie punktów.

Po złożeniu odwołania Zamawiający ponownie przeanalizował odpowiedź udzieloną przez Konsorcjum B i powziął wątpliwość co do konkluzji wynikającej z wyjaśnień. Z tego powodu ponownie zwrócił się do niego o udzielenie wyjaśnień dotyczących spełnienia wspomnianego warunku. Pytając o doświadczenie w zakresie stacji węzłowych odniósł się do obowiązujących w dniu wszczęcia Postępowania przepisów Rozporządzenia, a w szczególności do przepisu § 3 ust. 4 pkt 1 lit. a tiret pierwsze.

Pismem z dnia 14 października 2015 r. Konsorcjum B podniosło, iż Zamawiający nie powoływał się w Ogłoszeniu na ww. akt wykonawczy, lecz określił, że przez stację węzłową należy rozumieć stację posiadającą co najmniej dwa tory główne zasadnicze oraz dwa tory główne dodatkowe.

Zamawiający stwierdził, że z powyższym stanowiskiem nie można się zgodzić. Mając bowiem na uwadze profesjonalizm wykonawców działających w sektorze kolejowym, którzy z racji swej działalności muszą znać powszechnie obowiązujące w tej branży przepisy, nie miał obowiązku odwoływać się do nich w treści Ogłoszenia. Warunek określony w sekcji III.2.3) pkt III.1.a) Ogłoszenia dotyczący stacji węzłowych jest warunkiem czytelnym i nie budzącym wątpliwości, ponieważ odnosi się on do definicji legalnej ze wspomnianego przepisu Rozporządzenia. Z powyższego warunku jednoznacznie wynika, że wykonawcy winni legitymować się doświadczeniem w budowie lub przebudowie jednej kolejowej stacji, która jest stacją węzłową oraz posiada co najmniej dwa tory główne zasadnicze oraz dwa tory główne dodatkowe. Doświadczenie w tym zakresie powinno posiadać zatem łącznie trzy cechy: (1) stacja węzłowa, (2) dwa tory główne zasadnicze, (3) dwa tory główne dodatkowe. Z wyjaśnienia Konsorcjum B z dnia 14 października 2015 r. wynika zatem, że stacje kolejowe wskazane w pkt 3 wykazu wykonanych robót nie są stacjami węzłowymi w przedstawionym rozumieniu, co potwierdzają także dokumenty dołączone do odwołania.

W konsekwencji Zamawiający stwierdził, że nie można przyznać Konsorcjum B punktów za stacje kolejowe El Escorial, Santa Maria de la Alameda, Zarzalejo i Robledo de Chavela, wobec czego uznał zarzut odwołania za zasadny i zobowiązał się do powtórzenia czynności oceny wniosków, nie przyznając punktów wnioskowi Konsorcjum B za doświadczenie wykazane w pkt 3 załącznika nr 3a do wniosku (s. 169).

W związku z zarzutem nr 2 odwołania (złożenie nieprawdziwych informacji) Zamawiający nie uwzględnił go stwierdzając, że zgodnie z wykładnią przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp wykluczenie wykonawcy może nastąpić, gdy bezspornie wykaże się, że oświadczenia lub dokumenty złożone przez niego zawierają nieprawdziwe informacje, a ich złożenie jest wynikiem zamierzonego, zawinonego działania, nie zaś niezrozumienia wymagań.

Podkreślił, że w niniejszej sprawie brak jest dostatecznych podstaw do przyjęcia, że Konsorcjum B działało z zamiarem złożenia nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do posiadanego doświadczenia. Nie można bowiem jednoznacznie wykluczyć błędu, czy też niezrozumienia istoty wymagań określonych w Ogłoszeniu, czemu można przypisać brak profesjonalizmu niż w tym zakresie udowodnić winę wykonawcy. Tylko w przypadku udowodnienia winy można byłoby skutecznie postawić zarzut Konsorcjum B.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 z odwołania (zarzutu niezaproszenia Odwołującego do dalszego etapu Postępowania i złożenia oferty) Zamawiający stwierdził, że w związku z uznaniem zarzutu nr 1, powtórzy czynności oceny wniosków, nie przyznając punktów Konsorcjum B za doświadczenie wykazane w pkt 3 załącznika nr 3a do wniosku. Tym samym wniosek Konsorcjum B otrzyma o 40 pkt mniej niż dotychczas.



Tytułem repliki na zarzut nieprawidłowej oceny wniosku złożonego przez Wykonawcę T (zarzut nr 4 w odwołaniu) Zamawiający wniósł o jego oddalenie argumentując, że ponieważ jest podmiotem, na rzecz którego zakwestionowane roboty budowlane były wykonane, dokonał konsultacji z dyrektorem projektu, który nadzorował m.in. przebudowę na stacji Gdynia Główna. Dyrektor projektu potwierdził należyte wykonanie robót na dzień ich zakończenia, tj. na dzień 21 marca 2014 r., czyli przypadający przed dniem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Z uzyskanych informacji wynikało także, że od czasu zakończenia robót w 2014 r. stacja była eksploatowana i nie wystąpiły istotne wady, a więc takie, które uniemożliwiały korzystanie z przedmiotu umowy. Dyrektor projektu poinformował ponadto o wystawieniu w dniu 30 kwietnia 2015 r. Świadectwa Przejęcia Robót. Wykonawcy T nie naliczono kar umownych, a okres, który upłynął od dnia zakończenia robót do dnia wydania Świadectwa Przejęcia Robót wynikał z długotrwałych procesów odbiorowych po stronie użytkownika.

Wobec powyższego Zamawiający oświadczył, że nie miał podstaw do kwestionowania doświadczenia Wykonawcy T. Z powyższych informacji wynika bowiem, że roboty budowlane (oparte na warunkach kontraktowych FIDIC – Warunki Kontraktu na Budowę dla Robót Budowlanych i Inżynierskich Projektowanych przez Zamawiającego) w dniu ich zakończenia, tj. w dniu 21 marca 2014 r. nadawały się do przejęcia przez Zamawiającego zgodnie z Subklauzulą 10.1. Występujące usterki nie dyskwalifikowały użytkownika przedmiotu zamówienia, nie można więc przypuszczać, że nastąpiło odrzucenie przez Inżyniera wniosku Wykonawcy T o świadectwo przejęcia. Uznać należy zatem, że ziszczyły się przesłanki określone w akapicie czwartym Subklauzuli 10.1, tj. jeżeli Inżynier ani nie wystawi świadectwa przejęcia, ani nie odrzuci wniosku wykonawcy w ciągu okresu 28 dni, i jeżeli roboty są w istocie zgodne z kontraktem, to uważa się, że świadectwo przejęcia zostało wystawione w ostatnim dniu 28-dniowego okresu.

#### **Sygn. akt: KIO 2204/15**

Zamawiający oświadczył, że uznaje częściowo zarzuty odwołania, zgodnie z przedstawionym uzasadnieniem, a w zakresie zarzutów nieuznanych wniósł o ich oddalenie.

Wobec częściowego uznania zarzutów odwołania, Zamawiający zobowiązał się do dokonania czynności polegających na:

1. unieważnieniu czynności z dnia 30 września 2015 r. ponownej oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu i czynności kwalifikacji wykonawców do kolejnego etapu Postępowania,
2. przeprowadzeniu ponownej oceny złożonych wniosków,
3. obniżeniu punktacji wniosku Konsorcjum P.

W uzasadnieniu Zamawiający stwierdził, że częściowo uwzględni zarzut dotyczący nieprawidłowej oceny wniosku Konsorcjum P.

Zamawiający przytoczył treść warunku i stwierdził, że skoro jest podmiotem, na rzecz którego roboty budowlane wskazane w pkt 4 i 5 wykazu wykonanych robót były wykonane, po ponownej weryfikacji zakresu robót na zakwestionowanych w odwołaniu stacjach, Zamawiający uzyskał informację od dyrektora projektu, iż w przypadku stacji Strzelce Opolskie zakres robót obejmował, oprócz robót w dwóch torach głównych zasadniczych, również roboty towarzyszące w torach głównych dodatkowych, w zakresie wymuszonym przez roboty w zakresie wymiany rozjazdów, budowy peronów, przebudowy odwodnienia, czy zabudowy bramek dla sieci trakcyjnej. Zatem zakres ten odpowiadał postawionemu w Ogłoszeniu wymogowi.

W odniesieniu do stacji Toruń Główny i Bydgoszcz-Wschód Zamawiający otrzymał informację od dyrektora projektu, który potwierdza, że roboty te obejmowały przebudowę/budowę tylko w dwóch torach. Zatem powyższe doświadczenie wskazane w wykazie robót nie spełnia wymogu budowy lub przebudowy w dwóch torach głównych zasadniczych i dwóch torach głównych dodatkowych. W konsekwencji Zamawiający uznał częściowo powyższy zarzut odwołania i zadeklarował powtórzenie czynność ponownej oceny wniosków oraz obniżenie liczby punktów przyznanych wnioskowi Konsorcjum P za stacje Toruń Główny i Bydgoszcz-Wschód.

Zamawiający stwierdził jednocześnie, że nie widzi podstaw do uwzględnienia zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum P z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji z uwagi na argumentację przytoczoną w odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2187/15.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2187/15 przystąpienie zgłosiło Konsorcjum B, a w sprawie o sygn. akt: KIO 2204/15 – Konsorcjum B i Konsorcjum P. Przystąpienia zgłoszono po stronie Zamawiającego. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołań, także w odniesieniu do zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2204/15 złożył do akt postępowania odwoławczego pismo procesowe – załącznik do protokołu (wraz z załącznikami stanowiącymi wnioski dowodowe), w którym zawarto dodatkową argumentację mającą potwierdzić zasadność zarzutów względem wniosku Konsorcjum P.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniach i dalszych pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba, wobec spełnienia przez wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ich do udziału w postępowaniu odwoławczym, w charakterze przystępujących po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, że odwołujący posiadają interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Skład orzekający nie znalazł podstaw do odrzucenia odwołania rozpoznawanego pod sygn. akt: KIO 2187/15 z uwagi na rzekome wniesienie go po upływie przewidzianego przepisami Pzp terminu.

Zasada koncentracji środków ochrony prawnej, na którą powoływało się Konsorcjum B w uzasadnieniu zgłoszonego wniosku, nie może mieć, w ocenie Izby, charakteru absolutnego, a to z następujących powodów.

Po pierwsze – nie znajduje ona umocowania w przepisach Pzp, wobec czego jej zastosowanie powinno być poprzedzone wnikliwą analizą stanu faktycznego i oceną skutków jej oddziaływania na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie, z uwagi na co skorzystanie z niej stanowić powinno sytuację wyjątkową. Po drugie – z omawianej „zasady” nie można wywodzić obowiązku antycypowania przez wykonawcę wnoszącego odwołanie przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tj. wszystkich możliwych wariantów potencjalnych działań/zaniechań Zamawiającego i innych wykonawców biorących udział w Postępowaniu), a do tego sprowadzało się twierdzenie Przystępującego, że już po pierwszej ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Odwołujący powinien był podnieść zarzut niewłaściwej oceny wniosku Konsorcjum B przedstawiając argumentację zawartą w uzasadnieniu odwołania. W sytuacji, w której wykonawca (obecny Odwołujący) był na ówczesnym etapie Postępowania zakwalifikowany do dalszego w nim udziału miał prawo sądzić, że znajduje się na najlepszej drodze do uzyskania zamówienia publicznego. Ubocznie można zasygnalizować, że w takich okolicznościach stanu faktycznego skarżenie wówczas błędnej oceny wniosku złożonego przez innego zakwalifikowanego do następnego etapu Postępowania wykonawcę mogłoby rodzić wątpliwości w kontekście ziszczenia się po stronie wnoszącego odwołanie materialnoprawnych przesłanek warunkujących możliwość skorzystania ze środka ochrony prawnej.

Co jednak najistotniejsze stanowisko Przystępującego nie uwzględniało okoliczności, że odwołanie zostało wniesione od kolejnej oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu (tj. czynności z dnia 30 września 2015 r.). U jej podstaw legła dokonana w następstwie uwzględnienia w całości zarzutów odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 1949/15 czynność wezwania Przystępującego do wyjaśnienia treści wykazu wykonanych robót (*vide* pismo Zamawiającego z dnia 23 września 2015 r.) i udzielone

w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnienia Konsorcjum B (pismo z dnia 25 września 2015 r.), do których Odwołujący nawiązywał w treści odwołania, co, w ocenie Izby, stanowi okoliczność przesądzającą o bezzasadności wniosku o odrzucenie odwołania. Logicznym następstwem takiego zapatrywania musi być stwierdzenie, że skoro przy pierwszej ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu (tj. w dniu 26 sierpnia 2015 r.) zaskarżone odwołaniem czynności nie zostały jeszcze podjęte, to nie mogły być wówczas kwestionowane.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że nie mogła stanowić argumentu przemawiającego za stanowiskiem Przystępującego okoliczność, że w odwołaniu w sprawie o sygn. akt: KIO 1949/15 ówczesny odwołujący (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Trakcja PRKil S.A., Komsa S.A., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR sp. z o.o.) podniósł już zarzut tożsamy z zarzutem Odwołującego. Lektura odwołania ww. wykonawców prowadzi do wniosku, że kwestionowana była wówczas liczba torów głównych zasadniczych i dodatkowych i w kierunku ustalenia tej okoliczności prowadzone były czynności Zamawiającego po uwzględnieniu w całości zarzutów tego odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści niżej wskazanych dokumentów (wydruków, schematów, itp.):

1. w obydwu sprawach:
  - 1.1. Ogłoszenie,
  - 1.2. Informacja o wynikach ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków – pismo z dnia 30 września 2015 r.,
2. w sprawie o sygn. akt: KIO 2187/15:
  - 2.1. dokumentacja Postępowania:
    - 2.1.1. wnioski o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożone przez Konsorcjum B i Wykonawcę T,
    - 2.1.2. pismo Zamawiającego z dnia 23 września 2015 r. – wezwanie do wyjaśnienia treści wykazu wykonanych robót,
    - 2.1.3. pismo Przystępującego z dnia 25 września 2015 r. stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie,
    - 2.1.4. pismo Zamawiającego z dnia 12 października 2015 r. – kolejne wezwanie do wyjaśnienia treści wykazu wykonanych robót,
    - 2.1.5. pismo Konsorcjum B z dnia 14 października 2015 r. – odpowiedź na ww. wezwanie,
  - 2.2. załączniki do odwołania:

- 2.2.1. projekt budowlany: „Linia Madryt – Hendaya, Odcinek: El Escorial – Santa Maria De La Alameda. Renowacja toru” z sierpnia 2007 r. wraz z tłumaczeniem na język polski (załącznik nr 10),
  - 2.2.2. mapa linii kolejowych ADIF (załącznik nr 10),
  - 2.2.3. mapa linii kolejowych RENFE (załącznik nr 11),
  - 2.2.4. mapa linii kolejowych (załącznik nr 12),
  - 2.2.5. schematy stacji kolejowych El Escorial, Zarzalejo, Robledo de Chavela, Santa Maria de la Alameda (załącznik nr 13),
  - 2.2.6. mapy ukazujące położenie ww. stacji kolejowych wraz z rozkładami jazdy zatrzymujących się na nich pociągów (załącznik nr 14),
  - 2.2.7. Protokół odbioru końcowego inwestycji nr LCS Gdynia – 0815 POLiŚ 7.1-1.2/2015 spisany w dniu 10 kwietnia 2015 r. w Gdańsku (załącznik nr 16)
- 2.3. dokumenty załączone do odpowiedzi na odwołanie:
    - 2.3.1. świadectwo przejścia robót z dnia 30 kwietnia 2015 r. dotyczące realizacji robót budowlanych wskazanych przez Wykonawcę T w pkt 5 wykazu wykonanych robót,
    - 2.3.2. korespondencja poczty elektronicznej z dnia 12, 13, 15 i 20 października 2015 r. z dyrektorem projektu obejmującego realizację robót budowlanych wskazanych przez Wykonawcę T w pkt 5 wykazu wykonanych robót,
  - 2.4. schemat linii kolejowych obejmujący stację El Escorial złożony przez Przystępującego w trakcie rozprawy.
3. w sprawie o sygn. akt: KIO 2204/15:
    - 3.1. wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożony przez Konsorcjum P,
    - 3.2. załączniki do odwołania:
      - 3.2.1. wydruk ze strony internetowej <http://bitcity.kujawsko-pomorskie.pl> dotyczący postępów w realizacji projektów BIT-City,
      - 3.2.2. ogłoszenie o zamówieniu z Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej realizowanym przez Tramwaj Fordon sp. z o.o.,
      - 3.2.3. wydruk ze strony internetowej <http://www.plk-inwestycje.pl> dotyczący projektu POLiŚ 7.1-45 „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 18 Kutno – Piła na odcinku Toruń – Bydgoszcz”,
      - 3.2.4. Tom I i III SIWZ dla przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej

nr 132 na odcinku Błotnica Strzelecka – Opole Groszowice” – Instrukcja dla Wykonawców (IDW) i Program Funkcjonalno-Użytkowy (PFU),

- 3.3. korespondencja poczty elektronicznej z dnia 13 i 20 października 2015 r. z dyrektorami projektów obejmujących realizację robót budowlanych wskazanych przez Konsorcjum P w pkt 4 i 5 wykazu wykonanych robót załączona do odpowiedzi na odwołanie,
- 3.4. załączniki do pisma procesowego Odwołującego – załącznika do protokołu z dnia 20 października 2015 r.:
  - 3.4.1. schematy stacji kolejowych Strzelce Opolskie, Toruń Główny i Bydgoszcz-Wschód (załączniki nr 1, 3 i 4),
  - 3.4.2. dokumentacja fotograficzna wykonana na stacji Strzelce Opolskie (załącznik nr 2).
- 3.5. dowody przedstawione przez Przystępującego w toku rozprawy:
  - 3.5.1. poświadczenie z dnia 18 grudnia 2014 r. wystawione przez Zamawiającego w związku z realizacją robót budowlanych wskazanych przez Konsorcjum P w pkt 5 wykazu wykonanych robót,
  - 3.5.2. dokumentacja fotograficzna wykonana na stacji Strzelce Opolskie,
  - 3.5.3. wyciąg z projektu wykonawczego – branża torowa (wraz z peronami i przejazdami) dotyczący realizacji robót budowlanych wskazanych przez Konsorcjum P w pkt 4 wykazu wykonanych robót,
  - 3.5.4. dokumentu pn.: „Szkice odwodnienia liniowego – Strzelce Opolskie”,
  - 3.5.5. PFU dla zamówienia pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu POIiŚ 7.1-45 *Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 18 Kutno – Piła na odcinku Toruń – Bydgoszcz*”.

W oparciu o treść dokumentacji Postępowania (pkt 1, 2.1 i 3.1) skład orzekający stwierdził, że przedstawiony w odwołaniach stan faktyczny w zakresie brzmienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, zasad punktowania wniosków, treści wniosków przystępujących i Wykonawcy T i wyników prekwalfikacji (dowody nr 1.1. i 1.2. i 2.1.1.) nie był przedmiotem sporu, wobec czego odstąpiono od jego przytaczania w niniejszym uzasadnieniu.

Izba uznała, że odwołania zasługiwały na częściowe uwzględnienie.

Na wstępie omówienia wymagają skutki prawne częściowego uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów podniesionych w rozpoznanych odwołaniach.

Przepisy Pzp nie przewidują instytucji częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania, w konsekwencji czego nie jest również możliwe w takiej sytuacji umorzenie

postępowania odwoławczego. Ustawodawca nie sformułował także przepisu przewidującego możliwość pominięcia rozpoznania i orzeczenia o zarzutach, które odwołujący podniósł i cały czas popiera pomimo tego, że zarzuty te zostały przez Zamawiającego uwzględnione, lecz nie nastąpiło uwzględnienie zarzutów odwołania w całości. Umorzenie postępowania odwoławczego możliwe jest w stypizowanych w Pzp przypadkach (argument z art. 186 ust. 2 i 3 Pzp), przy czym w każdym z nich możliwość umorzenia postępowania odnosi się jedynie do sytuacji uznania przez zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Również tylko do takiej sytuacji odnosi się dyspozycja art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp, która stanowi, iż w sytuacji uznania całości zarzutów przez zamawiającego i umorzenia postępowania przez Izbę, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Także przewidziana i uregulowana w art. 186 ust. 3 i 4 Pzp instytucja sprzeciwu została wyraźnie określona jako „sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu”.

W konsekwencji powyższego oświadczenie zamawiającego o uznaniu części zarzutów odwołania, poza znaczeniem w przedmiocie ich dowodzenia i potwierdzenia (przyznania okoliczności procesowo istotnych dla stwierdzenia zasadności zarzutów), nie wywiera jakiegokolwiek bezpośredniego wpływu na wynik postępowania odwoławczego i nie determinuje kształtu rozstrzygnięcia Izby. To zasadność zarzutów odwołania, a nie stanowisko zamawiającego w ich sprawie, będzie decydująca dla uwzględnienia odwołania w myśl art. 192 ust. 1 i 2 Pzp. Uwzględnienie części zarzutów stanowić więc będzie jedynie przyznanie się i potwierdzenie przez zamawiającego niezgodnego z prawem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, czyli jest przyznaniem faktów leżących u podstaw uwzględnionych zarzutów w rozumieniu art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp, przy czym konstrukcja, o której mowa w powołanym przepisie znajdzie zastosowanie w trakcie orzekania o ile przyznanie nie budzi wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy i przepisami prawa. Powyższe nie stanowi jednak żadnej odrębnej instytucji procesowej znanej przepisom Pzp, wywierającej przewidziane w niej skutki, w szczególności skutek umorzenia postępowania odwoławczego w przyznanej części lub zniesienia jego kosztów.

W ocenie składu orzekającego nie mniej istotna jest okoliczność, że skoro uwzględnienie części zarzutów i zobowiązanie się do uczynienia zadość sformułowanym w związku z nimi żądaniom odwołania, nie stanowi uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, skutkującego umorzeniem postępowania odwoławczego i obowiązkiem uczynienia zadość żądaniom odwołania (skutek taki *ex lege* przewiduje art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp). Dopiero uwzględnienie odwołania przez Izbę i nakazanie dokonania stosownych czynności spowoduje, że zamawiający będzie miał obowiązek dokonania uwzględnionych żądań odwołania. Zadeklarowanie uznania niektórych zarzutów odwołania i zapowiedź podjęcia przez zamawiającego związanych z tym kroków (dokonanie/unieważnienie/powtórzenie

czynności), przy jednoczesnym pominięciu rozstrzygnięcia tych zarzutów przez Izbę i braku uwzględnienia tych żądań w wyroku, nie gwarantowałoby wykonawcy, iż zamawiający rzeczywiście postulowane przez niego zmiany wprowadzi. W szczególności wykonawca byłby w takiej sytuacji pozbawiony możliwości przeprowadzenia egzekucji orzeczenia Izby, które nie odnosiłoby się do uznanych przez zamawiającego zarzutów i żądań odwołania, a także wniesienia nowego odwołania względem czynności lub zaniechań czynności, które zamawiający swoim przyznaniem deklarował, a których nigdy nie wykonał, ze względu na upływ terminu do ich kwestionowania w drodze środków ochrony prawnej.

Konsekwentnie przepisom Pzp nie jest znana instytucja częściowego sprzeciwu względem częściowego uwzględnienia odwołania w opisanym wyżej rozumieniu. Nie oznacza to bynajmniej, że w sytuacji, w której zamawiający uwzględnia odwołanie w części obejmującej interesy uczestnika postępowania odwoławczego, nie może on prezentować odmiennego od stron stanowisk tylko dlatego, że nie przysługuje mu prawo do wniesienia sprzeciwu względem takiej czynności zamawiającego. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania skutkowałoby *de facto* pozbawieniem przystępującego prawa do sądu i byłoby nie do pogodzenia z instytucją przystąpienia do postępowania odwoławczego, uregulowaną wszakże w dziale poświęconym środkom ochrony prawnej. Mając jednak na uwadze, że ustawodawca nie przewidział instytucji częściowego sprzeciwu argumentację Przystępujących w części odnoszącej się do uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów dotyczących oceny ich wniosków potraktowano jako zwykłe stanowisko w sprawie.

Przechodząc do merytorycznej oceny zasadności wniesionych odwołań Izba stwierdziła, co następuje.

#### **Sygn. akt: KIO 2187/15**

Potwierdził się zarzut nieprawidłowej oceny wniosku Konsorcjum B związany z przyznaniem ww. 40 pkt za wykonanie robót budowlanych na 4 stacjach (El Escorial, Santa Maria de la Alameda, Zarzalejo, Robledo de Chavela), wskazanych w pkt 3 wykazu wykonanych robót – załącznika nr 3a do wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu (str. 169 wniosku), z uwagi na niespełnianie przez nie warunku węzłowych stacji kolejowych.

Zawisły przed Izbą spór dotyczący prawidłowej interpretacji pojęcia „węzłowa stacja kolejowa” należało rozstrzygnąć po myśli Odwołującego i przyjąć, że kryje się pod nim stacja, na której łączą się szlaki z trzech lub więcej kierunków, tj. przyjąć interpretację zgodną z definicją legalną tego pojęcia, wynikającą z przepisu § 3 ust. 4 pkt 1a Rozporządzenia, jako że taki sposób interpretacji zapewnia spójność treści warunku udziału w Postępowaniu.

Izba uwzględniła i podzieliła argumentację Zamawiającego, że postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) adresowane są do profesjonalistów z danej branży, wobec czego, w sytuacji w której użyte



w nich pojęcia mają swoje legalne znaczenia, nie ma konieczności objaśniania ich, czy odsyłania do ustanawiających je przepisów prawa, gdyż ich znajomość jest jednym z podstawowych obowiązków profesjonalnych uczestników obrotu gospodarczego. Co zaś dotyczy zaprezentowanego na rozprawie stanowiska, zgodnie z którym definiowane używanych w dokumentacji pojęć jest nieodzowne z uwagi na krąg adresatów Ogłoszenia wykraczający poza podmioty krajowe i obejmujący również podmioty zagraniczne należy zauważyć, że obowiązkiem tych ostatnich jest znajomość przepisów prawa polskiego, skoro ubiegają się o udzielenie zamówienia w Polsce. Brak definicji pojęcia „węzłowej stacji kolejowej” na gruncie Ogłoszenia nie stanowił *nota bene* przeszkody do prawidłowego odczytania jego znaczenia przez Odwołującego, który, podobnie jak Przystępujący, był konsorcjum złożonym m.in. z wykonawcy zagranicznego.

Jakkolwiek Konsorcjum B poczyniło trafne spostrzeżenie, że Zamawiający nie był konsekwentny w stosowaniu ww. reguły, ponieważ w treści spornego warunku dookreślił pojęcia „budowy” i „przebudowy” przez odesłanie do przepisów prawa budowlanego, tym niemniej okoliczność, że Zamawiający – być może niezbyt fortunnie, a z pewnością nadmiarowo – określił znaczenie tych pojęć (co w całkowitym rozrachunku nie miało znaczenia, ponieważ – zgodnie z przytoczonym powyżej schematem konstruowania dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – nawet bez treści „w rozumieniu przepisów prawa budowlanego” – tam należałoby poszukiwać właściwych znaczeń, zatem cytowana treść była klasycznym przykładem *suprefluum*), nie mogła stanowić uzasadnienia dla przyjęcia w tej mierze za uzasadnionych zapatrywań Konsorcjum B. Uwzględnienie chociażby poglądu, zgodnie z którym wykonawcy zagraniczni w różny sposób definiują pojęcie „węzłowej stacji kolejowej” nie było możliwe także z tego względu, że w takim przypadku, przy jednoczesnym braku określenia znaczenia tego terminu w Ogłoszeniu (Izba nie dopatrzyła się w nim bowiem swoistego, nadanego temu pojęciu na użytek Postępowania znaczenia), nie tylko nie można byłoby ustalić jednego znaczenia tego terminu na potrzeby Postępowania, ale w konsekwencji utrudniona, o ile nie niemożliwa byłaby ocena złożonych przez wykonawców wniosków z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego ich traktowania. W tym kontekście zarówno treść ogłoszenia o zamówieniu, jak i postanowienia SIWZ muszą być interpretowane w sposób, który nie prowadzi do wskazanych powyżej nieścisłości, a wręcz absurdów.

Zaprezentowane powyżej stanowisko w kwestii znaczenia pojęcia „węzłowa stacja kolejowa” jest uzasadnione także okolicznością, że przedmiot zamówienia – zgodnie z niezaprzeczonymi twierdzeniami Zamawiającego – ma obejmować m.in. modernizację stacji węzłowej, wobec czego Zamawiający miał prawo oczekiwać od wykonawców wykazania się doświadczeniem związanym z przedmiotem zamówienia.

W ocenie Izby stanowisko Przystępującego wynikało z niewłaściwej interpretacji treści warunku udziału w Postępowaniu. Błędnie wiązał on pojęcie „węzłowej stacji kolejowej” z ilością linii komunikacyjnych, które stacja taka ma obsługiwać, wobec czego uznano, że dowód wskazany w pkt 2.4 (dotyczący *nota bene* wyłącznie jednej z czterech zakwestionowanych stacji kolejowych) nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia o omawianym zarzucie odwołania, ponieważ okoliczność, na którą został zawnioskowany nie była związana z treścią warunku udziału w Postępowaniu. Z kolei dokumenty przedstawione za pismem wskazanym w pkt 2.1.3. – jakkolwiek mogły rozwiewać wątpliwości Zamawiającego wyrażone w treści wezwania (pismo wskazane w pkt 2.1.2.), a dotyczące liczby torów głównych zasadniczych i dodatkowych – tym niemniej nie dotyczyły kwestii związanej z węzłowym charakterem stacji. Stanowisko Przystępującego było przy tym niekonsekwentne, ponieważ o ile w toku rozprawy powoływał się na liczbę linii komunikacyjnych, prowadząc postępowanie dowodowe w tym kierunku, to na etapie udzielania drugich wyjaśnień, mających stanowić odpowiedź na pytanie o węzłowy charakter stacji (dowody z pkt 2.1.4. i 2.1.5.) wiązał pojęcie węzłowej stacji kolejowej z liczbą torów głównych zasadniczych i dodatkowych.

Izba stwierdziła, że dowody przedstawione przez Odwołującego (pkt 2.1.1 – 2.2.6.) potwierdzały, że sporne stacje na mają charakteru węzłowego, ponieważ – niezależnie od liczby linii kolejowych, które obsługują – nie umożliwiają podróży w co najmniej trzech różnych kierunkach, co wynikał z prawidłowej interpretacji treści warunku.

Nie podzielono przy tym stanowiska Konsorcjum B, jakoby o węzłowym charakterze stacji przesądzać miała liczba torów głównych zasadniczych i dodatkowych. Ze wzmiankowanego przepisu Rozporządzenia wynika, że kwestia posiadanej przez stację liczby torów nie ma bezpośredniego związku z liczbą szlaków łączących się na danej stacji. Zgodnie z jego treścią węzłową może być stacja, w obrębie której oprócz toru głównego zasadniczego przynajmniej jeden tor główny dodatkowy (w tym sensie można powiedzieć, że Zamawiający wpisując w treść warunku większą liczbę torów dokonał modyfikacji omawianego pojęcia, jednak tylko i wyłącznie w tym zakresie), przy czym warunkiem *sine qua non* uznania takiej stacji za węzłową pozostaje krzyżowanie się szlaków z trzech lub więcej kierunków i ten właśnie aspekt pomijany był konsekwentnie w argumentacji Przystępującego.

Z kolei argumentacja Przystępującego podająca w wątpliwość konieczność, aby szlaki łączące się na stacji węzłowej były z różnych kierunków sprzeczna jest z fragmentem definicji, zgodnie z którym stacją węzłową jest taka, na której łączą się „[...]szlaki z trzech lub więcej kierunków[...]”.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 51 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 2a i art. 7 ust. 1 Pzp.

Pozostałe zarzuty odwołania uznać należało za nieuzasadnione.

W szczególności brak było, w ocenie Izby, podstaw do wykluczenia Konsorcjum B z udziału w Postępowaniu z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na jego wynik. Jakkolwiek w orzecznictwie Izby eksponowany jest pogląd, zgodnie z którym nie jest konieczne wykazanie umyślności w podaniu informacji niezgodnych z rzeczywistością (ogólnie rzecz ujmując wystarczające jest wykazanie braku staranności w sposobie postępowania wykonawcy), tym niemniej w warunkach błędnego odczytania treści warunku udziału w Postępowaniu stosowanie tak dotkliwej dla wykonawcy sankcji, godzącej wszak w jego dobre imię (renomę), skład orzekający uznał za nieuzasadnione.

Izba nie znalazła również podstaw przemawiających za uwzględnieniem zarzutu dotyczącego nieprawidłowej oceny oferty Wykonawcy T w zakresie terminu i prawidłowości wykonania robót budowlanych wskazanych w pkt 5 wykazu wykonanych robót. Zebrany w sprawie materiał dowodowy wskazuje, że – po pierwsze – kwestionowane przez Odwołującego roboty budowlane zostały ukończone przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, po drugie zaś – że zostały ukończone prawidłowo, co uzasadniało przyznanie Wykonawcy T punktów za ich realizację.

W odniesieniu do terminu ukończenia robót budowlanych przyjąć należało datę 21 marca 2014 r., jako wynikająca zarówno ze świadectwa przejęcia robót (dowód z pkt 2.3.1.), korespondencji poczty elektronicznej z dyrektorem projektu (dowód z pkt 2.3.2.), a nadto z Części II ust. 2 pkt 4) załączonego do odwołania protokołu odbioru końcowego inwestycji (dowód z pkt 2.2.7.).

W kwestii należytego wykonania robót skład orzekający uznał, że ponieważ umowa o roboty budowlane jest umową rezultatu, to z nienależytym jej wykonaniem będziemy mieli do czynienia w sytuacji, w której ów rezultat (tu – obiekt budowlany) został wykonany w sposób, który uniemożliwia jego prawidłową (zgodną z przeznaczeniem obiektu) eksploatację.

W powyższym zakresie ustalono, że w Części III ust. 4 protokołu odbioru końcowego nie stwierdzono zmniejszonej wartości użytkowej, natomiast w ust. 5 wskazano, że nie było konieczności dostosowywania obiektu do zgodności z projektem i umową.

Reasumując, usterki niezmnijające wartości użytkowej i niepowodujące niemożliwości korzystania z obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, dotyczące realizacji zamówienia o dużym stopniu skomplikowania (za takie Izba poczytuje roboty budowlane związane z budową/przebudową stacji kolejowych), nie stanowią przeszkody do stwierdzenia jego należytego wykonania.

Ponadto uwzględniono niekwestionowaną przez Odwołującego argumentację Zamawiającego związaną z czynnościami odbiorowymi na gruncie warunków kontraktowych

FIDIC. Zgodnie z subklauzulą 10.1 wystawienie świadectwa przejęcia następuje po ukończeniu robót przewidzianych w kontrakcie, a możliwości takiej nie przeczy występowanie drobnych zaległych prac, czy wad których dokończenie (usunięcie) nie będzie miało znaczącego wpływu na użytkowanie robót zgodnie z przeznaczeniem. W konsekwencji, skoro – zgodnie z niezaprzeczoną stanowiskiem Zamawiającego – obiekt był eksploatowany po ukończeniu robót z nim związanych, a wykonawcy wystawiono świadectwo przejęcia, to także z tych powodów nie sposób twierdzić o nienależyтым wykonaniu prac wskazanych w wykazie wykonanych robót.

### **Sygn. akt: KIO 2204/15**

Częściowo potwierdził się zarzut nieprawidłowej oceny wniosku Konsorcjum P, związany z przyznaniem mu 20 pkt za wskazane w pkt 5 wykazu wykonanych robót roboty budowlane na stacjach Toruń Główny i Bydgoszcz-Wschód (dowód wskazany w pkt 3.1.).

Tytułem wstępu należy zauważyć, że konstrukcja relewantnego warunku udziału w Postępowaniu nie ograniczała wykonawców w możliwości wykazania wykonania robót budowlanych niewynikających bezpośrednio z dokumentacji projektowej dla danej inwestycji. W konsekwencji znaczenie, zarówno w płaszczyźnie oceny spełniania warunku udziału w Postępowaniu, jak i klasyfikacji punktowej złożonych wniosków, miały roboty budowlane rzeczywiście wykonane przez uczestnika Postępowania, o ile okoliczność ta mogła zostać przez Zamawiającego stwierdzona na podstawie dowodów przedstawionych przez wykonawcę.

W ocenie składu orzekającego Przystępujący nie udowodnił, że we wspomnianym powyżej zakresie wykonywał prace wpisujące się w treść warunku udziału w Postępowaniu, tj. obejmujące budowę lub przebudowę w dwóch torach głównych zasadniczych i dwóch torach głównych dodatkowych nawierzchni, podtorza wraz z odwodnieniem i sieci trakcyjnej. Wniosków takich nie sposób bowiem wyciągnąć z przedstawionych przez niego dokumentów.

Jakkolwiek załączone do akt postępowania odwoławczego poświadczenie z dnia 18 grudnia 2014 r. (dowód z pkt 3.5.1.) przeczy teżom odwołania, jakoby roboty w nim wskazane nie były prawidłowo ukończone przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu oraz że wykonywane były przez innego wykonawcę w ramach odrębnego projektu i załączonym na tą okoliczność dowodom (patrz dowody z pkt 3.2.1. i 3.2.2.), tym niemniej z treści poświadczenia nie wynika ilu i jakich konkretnie torów na ww. stacjach kolejowych dotyczyły zrealizowane roboty budowlane. Poświadczenie pozwala natomiast na ustalenie, że wykonawcą powołanych w pkt 5 wykazu wykonanych robót prac na stacjach Toruń Główny i Bydgoszcz-Wschód był jeden z członków konsorcjum ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, występujący wówczas pod firmą Porr (Polska) S.A., roboty były realizowane na rzecz

Zamawiającego, nie zaś instytucji zamawiającej Tramwaj Fordon sp. z o.o., zostały one zrealizowane w ramach zadania „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu POLiŚ 7.1 – 45 *Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 18 Kutno-Piła na odcinku Toruń-Bydgoszcz od km 107,790 do km 159,420*”, nie zaś zadania „Wykonanie robót budowlanych pn.: *Budowa linii tramwajowej do dzielnicy Fordon z przebudową układu drogowego w ciągu ulic Fordońskiej, Lewińskiego, Akademickiej, Andersa i węzłem integracyjnym w obszarze stacji kolejowej Bydgoszcz-Wschód w Bydgoszczy*”, a ich zakończenie miało miejsce w dniu 14 kwietnia 2014 r. Z uwagi na powyższe Izba uznała, że zawnioskowany przez Odwołującego dowód (wydruk wymieniony w pkt 3.2.3.) nie mógł stanowić potwierdzenia okoliczności podniesionych w odwołaniu, jako że dotyczył on właśnie projektu objętego wystawionym poświadczeniem.

Zrealizowanie przez Konsorcjum P prac wpisujących się rodzajowo w treść warunku udziału w Postępowaniu nie mogło zostać również skutecznie wywiedzione z treści dokumentu stanowiącego dowód wskazany w pkt 3.5.5. Przystępujący wskazywał na fragmenty PFU obejmujące określone prace w torach głównych zasadniczych, których wykonanie *per se* miało świadczyć o realizacji wymaganych treścią warunku rodzajów robót także w zakresie torów głównych dodatkowych, tym niemniej nie potrafił określić których konkretnie torów i jakich rodzajów robót okoliczność ta miała dotyczyć. W konsekwencji, nawet jeśli – jak chciał Przystępujący – PFU stanowił jedynie punkt wyjścia dla ustalenia zakresu rzeczywiście wykonanych robót, to ich realizacja powinna być – jak wspomniano – stwierdzona przy pomocy dowodów, co jednak nie miało miejsca.

Co więcej, z materiału dowodowego przedstawionego zarówno przez Odwołującego, jak i Zamawiającego wynikało, że roboty budowlane wykonywane na stacjach Toruń Główny i Bydgoszcz-Wschód obejmowały jedynie prace w dwóch torach głównych zasadniczych. Wniosek ów potwierdza zarówno dowód z pkt 3.4.1. (schematy ww. stacji kolejowych), jak i korespondencja poczty elektronicznej prowadzona z dyrektorem projektu obejmującego roboty na tych stacjach kolejowych (dowód z pkt 3.3. – korespondencja z dnia 13 października 2015 r.). Potwierdzają one, że prace realizowane były wyłącznie w torach nr 1 i 2 dla stacji Toruń Główny i 201 i 101, a także 202 i 102 dla stacji Bydgoszcz-Wschód, które to są torami głównymi zasadniczymi (status tych torów nie był okolicznością sporną).

W konsekwencji, w powyższym zakresie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 51 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 2a i art. 7 ust. 1 Pzp.

Odmienne natomiast należało ocenić kwestię zakresu prac wykonanych na stacji Strzelce Opolskie.

Jakkolwiek z przywołanych przez Odwołującego dokumentów (IDW i PFU – dowody z pkt 3.2.4. oraz schemat tej stacji – pkt 3.4.1.) mogło wynikać, że zamówienie

dotyczyło jedynie robót obejmujących tory nr 1 i 2, będące torami głównymi zasadniczymi (vide pkt 2.1.2.1. lit. a i b IDW – str. 5 oraz tabela 1.15, poz. 5 i 6 PFU – str. 36), tym niemniej wykonanie wymaganych treścią warunku robót w torach głównych dodatkowych zostało stwierdzone szeregiem innych dowodów. Okoliczność ta wynikała z korespondencji poczty elektronicznej z dyrektorem tego projektu (dowód z pkt 3.3. – korespondencja z dnia 20 października 2015 r.), dokumentacji fotograficznej przedstawionej nie tylko przez Przystępującego, ale i Odwołującego, na której uwidoczniono krzyżowanie się zakresów poszczególnych rodzajów prac na torach głównych zasadniczych i dodatkowych (dowody z pkt 3.4.2. i 3.5.2.), a nadto – w zakresie robót związanych z odwodnieniem – z dowodów wymienionych w pkt 3.5.3. i 3.5.4.

W konsekwencji nie mógł potwierdzić się zarzut związany ze złożeniem przez Przystępującego nieprawdziwych informacji. Z treści uzasadnienia odwołania wynika bowiem, że zarzut ów dotyczył wyłącznie stacji kolejowej w Strzelcach Opolskich, co do której ustalono, że wykonane roboty budowlane odpowiadały wymogom określonym w treści warunku udziału w Postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 i 2 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 3 sentencji) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b i § 6 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 (Dz.U.2010.41.238).

Rozstrzygając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na względzie, że przystępujący nie mieli możliwości zgłoszenia częściowych sprzeciwów wobec uwzględnienia przez zamawiającego niektórych zarzutów w złożonych odwołaniach, chociaż prezentowali stanowiska przeciwne do stron. Wprawdzie zarzuty w powyższym zakresie się potwierdziły, co oznacza że Zamawiający trafnie podzielił zapatrywania odwołujących, tym niemniej mogłoby to mieć znaczenie dla obciążenia kosztami przystępujących, gdyby dotyczyło uwzględnienia całości zarzutów odwołań. Przepisy Pzp, a także przywołane powyżej rozporządzenie wykonawcze nie przewidują jednak obciążenia kosztami postępowania odwoławczego wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w innej sytuacji, aniżeli złożenie sprzeciwu w razie uwzględnienia wszystkich zarzutów odwołania.

Nie było również podstaw do stosunkowego rozdzielenia kosztów pomiędzy przystępujących (w zakresie zasadnie uwzględnionych zarzutów odwołań) i odwołujących (w zakresie zarzutów oddalonych). Przepisy o kosztach zostały zaprojektowane tak, że przewidują zawsze występowanie dwóch stron postępowania odwoławczego (odwołujący –

zamawiający i interwenient przystępujący po jego stronie albo odwołujący i popierający go zamawiający, który odwołanie w całości uwzględnił – wnoszący sprzeciw wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego) i przy przyjęciu takiego założenia skonstruowano przepisy dotyczące obciążania stron kosztami postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:** .....