

WYROK
z dnia 9 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.** (lider konsorcjum) **C\Orense 11, 4^a Planta, 28020 Madryt, Hiszpania;** **2. Tecsma Empresa Constructora S.A.** (członek konsorcjum) **Avda. Madariaga 1, 48014 Bilbao, Hiszpania;** **3. ELECTREN S.A.** (członek konsorcjum) **Avda. Del Brasil 6, 2^a Planta 28020 Madryt, Hiszpania,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centralne Biuro Zamówień, ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.** (lider konsorcjum) **C\Orense 11, 4^a Planta, 28020 Madryt, Hiszpania;** **2. Tecsma Empresa Constructora S.A.** (członek konsorcjum) **Avda. Madariaga 1, 48014 Bilbao, Hiszpania;** **3. ELECTREN S.A.** (członek konsorcjum) **Avda. Del Brasil 6, 2^a Planta 28020 Madryt, Hiszpania** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A.** (lider konsorcjum) **C\Orense 11, 4^a Planta, 28020 Madryt, Hiszpania;** **2. Tecsma Empresa Constructora S.A.** (członek konsorcjum) **Avda. Madariaga 1, 48014 Bilbao, Hiszpania;** **3. ELECTREN S.A.** (członek konsorcjum) **Avda. Del Brasil 6, 2^a Planta 28020 Madryt, Hiszpania,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
1. VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. (lider konsorcjum) **C/Orense 11, 4^a Planta, 28020 Madryt, Hiszpania;** **2. Tecsá Empresa Constructora S.A.** (członek konsorcjum) **Avda. Madariaga 1, 48014 Bilbao, Hiszpania;** **3. ELECTREN S.A.** (członek konsorcjum) **Avda. Del Brasil 6, 2^a Planta 28020 Madryt, Hiszpania** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centralne Biuro Zamówień, ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa,** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące 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 (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centralne Biuro Zamówień, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Warszawa - Otwock - Dęblin - Lublin, odcinek Otwock - Lublin w km 26,050-175,850*”.

Dnia 11 lipca 2016 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zamówienia częściowego B.

Dnia 21 lipca 2016 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. (lider konsorcjum), 2. Tecsa Empresa Constructora S.A. (członek konsorcjum), 3. ELECTREN S.A. (członek konsorcjum) (dalej „*Odwołujący*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez niezgodne z prawem wykluczenie odwołującego z postępowania ze względu na:

- 1) nieuznanie przez zamawiającego zgłoszonej przez odwołującego roboty pn. „*Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej Nr 1 na odcinku Koluszki - Częstochowa*” za wykonaną należycie ze względu na fakt, że „*zgodnie z ostatnim wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej dot. sygn. KIO 782/16 robota powyższa została wykonana nienależycie*”, podczas, gdy roboty te zostały wykonane przez odwołującego należycie, co bezsprzecznie potwierdza wystawione odwołującemu z tytułu wykonania tego zamówienia Świadectwo Przejęcia z 18 grudnia 2015 roku oraz nieprzerwana eksploatacja przez zamawiającego linii kolejowej nr 1 już od dwóch lat przed terminem odbioru końcowego aż do dziś, a powołany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 782/16) jest nieprawomocny, bowiem został zaskarżony przez odwołującego do Sądu Okręgowego w Warszawie, gdzie sprawa toczy się obecnie pod sygn. akt XXIII Ga 976/16, a więc nie jest wiążący dla stron i nie może stanowić podstawy decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania, zatem powyższe zamówienie należało uznać za wykonane należycie a warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia za spełniony, a więc wykluczenie odwołującego z postępowania było nieprawidłowe i niezgodne z prawem,
- 2) stwierdzenie przez zamawiającego, że odwołujący nie wykazał doświadczenia w zakresie wykonania budowy/przebudowy co najmniej 50 rozjazdów, podczas, gdy zarówno roboty

pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej Nr 1 na odcinku Koluszki - Częstochowa” jak i załączone do wniosku odwołującego referencje od hiszpańskiego przedsiębiorstwa państwowego ADIF z 22 grudnia 2012 roku potwierdzają spełnienie tego warunku przez odwołującego.

W zakresie postępowania dowodowego odwołujący wniósł o:

- 1) dopuszczenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania – na okoliczności wskazane każdorazowo w uzasadnieniu niniejszego odwołania,
- 2) dopuszczenie dowodu z zeznań świadków:
 - a) T. S. (wezwanie na adres: T. S., VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A., ul. Cybernetyki 19A, 02-677 Warszawa) - na okoliczność braku współpracy zamawiającego przy realizacji roboty dotyczącej linii kolejowej nr 1 Koluszki - Częstochowa, w szczególności poprzez brak aktualizacji harmonogramu zamknięć torowych uwzględniającej opóźnienie w podpisaniu umowy oraz na okoliczność pojawienia się konieczności wykonania robót dodatkowych (m.in. na obiektach nr 50 i 51) powodujących niezawinione przez wykonawcę opóźnienie w wykonaniu zamówienia, jak również na okoliczność eksploatacji przez zamawiającego linii kolejowej nr 1 już od 2013 roku,
 - b) R. O., (wezwanie na adres: R. O., VIAS Y CONSTRUCCIONES SA, ul. Cybernetyki 19A, 02-677 Warszawa) - na okoliczność braku współpracy zamawiającego przy realizacji roboty dotyczącej linii kolejowej nr 1 Koluszki - Częstochowa, w szczególności w zakresie udzielenia zamknięć torowych dla ostatniego odcinka Piotrków Trybunalski - Rozprza, skutkujące opóźnieniem wykonania zamówienia niezawinionym przez wykonawcę, na okoliczność rodzaju wad zgłoszonych przy wystawieniu Świadectwa Przejęcia oraz na okoliczność eksploatacji przez zamawiającego linii kolejowej nr 1 do chwili obecnej,
- 3) dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa, specjalność: budownictwo kolejowe, ocena poprawności robót budowlanych, ocena prawidłowości procesu budowlanego oraz analizy terminowe, na okoliczność: potwierdzenia należytego wykonania przez odwołującego roboty pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej Nr 1 na odcinku Koluszki - Częstochowa”, tj. w szczególności poprzez ustalenie, że wady występujące w momencie odbioru końcowego ww. zamówienia miały charakter wad nieistotnych, a powstałe opóźnienie wynikało z przyczyn niezależnych od odwołującego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zamówienia częściowego B z dnia 11 lipca 2016 roku,
- 2) unieważnienia wykluczenia odwołującego z postępowania w zakresie zamówienia częściowego B,
- 3) przeprowadzenia ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem przedstawionego we wniosku odwołującego zadania pod nazwą *„Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego Unii kolejowej Nr 1 na odcinku Koluszki - Częstochowa”* oraz referencji ADIF z 22 grudnia 2012 roku,
- 4) zaproszenia odwołującego do składania ofert w postępowaniu w zakresie zamówienia częściowego B,
- 5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący podniósł, iż nie zgadza się z oceną zamawiającego i wskazał, że spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia. W ocenie odwołującego, prawidłowe wykonanie zamówienia dot. linii kolejowej nr 1 Koluszki - Częstochowa potwierdza wydane odwołującemu 18 grudnia 2015 roku Świadectwo Przejęcia (*dowód: Świadectwo Przejęcia z 18 grudnia 2015 roku wraz z załącznikami*), a także okoliczność nieprzerwanej eksploatacji tej linii kolejowej przez zamawiającego. Roboty wchodzące w zakres tego zamówienia potwierdzają oba warunki dla robót torowych, tj. zarówno wymagany kilometraż robót torowych jak i liczbę wykonanych rozjazdów.

Odwołujący podniósł, że jako uzasadnienie dla nieuznania przez zamawiającego doświadczenia odwołującego w postaci linii kolejowej nr 1 Koluszki - Częstochowa, a w konsekwencji wykluczenia odwołującego z postępowania, zamawiający wskazał jedynie na istnienie wyroku KIO 782/16. Na stronie 5 pisma z 11 lipca 2016 roku, zamawiający stwierdził: *„(...) Wykonawca wykazał spełnianie w/w warunku określonego w lit a) w ramach zamówienia pn. Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej Nr 1 na odcinku Koluszki - Częstochowa” jednakże, ze względu na fakt, iż zgodnie z ostatnim wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej dot. sygn. KIO 782/16 robota powyższa została wykonana nienależycie. Zamawiający nie uznał w/w doświadczenia”*.

Z powyższego wynika, że jedynym argumentem zamawiającego dla nieuznania doświadczenia odwołującego linii kolejowej nr 1 Koluszki - Częstochowa była okoliczność wydania wyroku KIO 782/16. Żadne inne uzasadnienie dla tej czynności nie zostało przez zamawiającego przytoczone. Biorąc powyższe pod uwagę, odwołujący wskazał, że

powołany przez zamawiającego wyrok KIO 782/16 jest nieprawomocny. Odwołujący podniósł, że 17 czerwca 2016 roku wniósł skargę na wyrok KIO 782/16 do Sądu Okręgowego w Warszawie, gdzie obecnie sprawa toczy się pod sygn. akt: XXIII Ga 976/16.

W związku z powyższym, postępowanie nie zostało zakończone, a sprawa nie została ostatecznie rozstrzygnięta. Zatem wyrok KIO 782/16, na który powołuje się zamawiający w swoim piśmie z 11 lipca 2016 roku, może zostać zmieniony. Niestalość i niepewność rozstrzygnięcia w tamtej sprawie pociąga za sobą brak związania jego ustaleniami. Związanie stron, sądów, innych organów państwowych i innych organów administracji publicznej (ewentualnie innych podmiotów) oznacza obowiązek respektowania zawartej w orzeczeniu sądu skonkretyzowanej, indywidualnej normy prawnej i ma ono znaczenie prejudycjalne przy rozstrzyganiu spraw przez inne sądy, organy państwowe i inne organy administracji publicznej (zob. Manowska Małgorzata (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Art. 1-505(38), wyd. III, 2015). Orzeczenia nieprawomocne, chociaż mogą wywierać pewne skutki oraz być wykonalne, nie mają mocy wiążącej (zob. K. Piasecki (w:) *Kodeks postępowania cywilnego...*, t. 1, red. K. Piasecki, s. 1639).

Zgodnie z art. 197 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu. Stosownie do art. 365 § 1 k.p.c., jedynie wyroki prawomocne wiążą zarówno strony i sąd, który je wydał i to tylko w odniesieniu do tych samych okoliczności i zarzutów, które były przedmiotem rozpoznania (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie VI Wydział Cywilny z 14 marca 2014 roku, sygn. akt VI ACa 977/13). W konsekwencji, w związku z brakiem prawomocności, wyrok KIO 782/16 nie jest wiążący dla stron oraz innych podmiotów. Powyższe oznacza m.in., że zamawiający nie mógł na jego podstawie przyjąć, że zamówienie dotyczące linii kolejowej nr 1 Koluszki - Częstochowa zostało wykonane przez odwołującego nienależycie (a w konsekwencji wykluczyć odwołującego z postępowania). Podkreślenia wymaga również okoliczność, że zamawiający poprzestał jedynie na powołaniu się na nieprawomocny wyrok KIO 782/16, nie próbując nawet podać żadnych innych argumentów dla swojej decyzji, w szczególności związanych merytorycznie z kwestią wykonania zamówienia. Takie działanie prowadzi do wniosku, że zamawiający nie miał innych argumentów na poparcie swojego stanowiska, ponieważ tamto zamówienie zostało wykonane przez odwołującego należycie. W przeciwnym bowiem razie, zamawiający wskazałby także inne argumenty w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu odwołującego. Zdaniem odwołującego okoliczność podjęcia przez zamawiającego zaskarżonej czynności w postępowaniu w oparciu jedynie o nieprawomocny wyrok KIO 782/16 stanowi wystarczającą podstawę do uwzględnienia przedmiotowego odwołania w całości.

Odwołujący podniósł, że prawidłowo wykonał zamówienie dotyczące linii kolejowej nr 1 Koluszki - Częstochowa i zamierza tego dowieść w ramach odrębnego postępowania przed

właściwym sądem powszechnym. Ocena należytego lub nienależytego wykonania robót należy bowiem do właściwości sądów powszechnych. Jednakże, na potrzeby przedmiotowego postępowania, odwołujący wskazał na okoliczności jednoznacznie wskazujące na należyte wykonanie zamówienia dotyczącego linii kolejowej nr 1 Kolużki - Częstochowa. Są to m.in.:

- otrzymanie od zamawiającego Świadcstwa Przejęcia (*dowód: Świadcstwo Przejęcia z 18 grudnia 2015 roku wraz z załącznikami*), które zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej potwierdza należyte wykonanie robót, nawet, gdy świadectwo przejścia zawiera załącznik z listą wad nieistotnych,

- okoliczność występowania w momencie odbioru końcowego jedynie wad nieistotnych inwestycji, tj. nieczyniących niezdatnym do zwykłego użytku ani niesprzeciwiających się wyraźnie umowie (por. wyrok SN z 14 lutego 2007 roku, sygn. akt II CNP 70/06 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu - I Wydział Cywilny z dnia 29 maja 2013 roku, sygn. akt I ACa 368/13),

- okoliczność występowania w momencie odbioru końcowego opóźnienia, za które odpowiedzialności nie ponosi wykonawca (w części dotyczącej 98 dni mającej charakter niesporny),

- sukcesywna i nieprzerwana od 2013 roku (tj. na dwa lata przed odbiorem końcowym inwestycji) eksploatacja robót budowlanych przez zamawiającego.

Odwołujący podniósł, iż w celu wykazania spełniania warunków określonych w postępowaniu, przedstawił zamówienie dotyczące linii kolejowej nr 1 Kolużki – Częstochowa. Odwołujący - działając w konsorcjum - był głównym wykonawcą tej inwestycji. Było to zamówienie realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”, do którego zastosowanie miały „*Warunki Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych u mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez wykonawcę*” - tzw. żółty FIDIC („FIDIC”) (*dowód: Umowa Zamawiającego i Odwołującego na realizację zadania pod nazwą: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej Nr 1 na odcinku Kolużki - Częstochowa”*). Odwołujący wykonał opisane powyżej zamówienie, na dowód czego dnia 18 grudnia 2015 roku otrzymał Świadcstwo Przejścia (*dowód: Świadcstwo Przejścia z 18 grudnia 2016 roku wraz z załącznikami*).

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z treścią Świadcstwa Przejścia, odwołujący ukończył roboty objęte zamówieniem w sposób umożliwiający ich eksploatację dnia 4 grudnia 2015 roku. Roboty niedokończone oraz wady niemające wpływu na możliwość eksploatacji inwestycji miały zostać wykonane przez odwołującego w terminie późniejszym (m.in. do 30 lipca 2016 roku). W ocenie odwołującego, otrzymanie Świadcstwa Przejścia

potwierdzającego możliwość eksploatacji zamówienia jest równoznaczne z potwierdzeniem jego należytego wykonania. Istotne dla niniejszej sprawy jest zawarcie przez strony umowy w oparciu o tzw. Warunki Kontraktu FIDIC, tj. standardowe warunki kontraktu zalecane przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów dla danych typów umów (m.in. o roboty budowlane). W przypadku przyjęcia dla realizacji umowy warunków ogólnych FIDIC i warunków szczegółowych, stają się one integralną częścią umowy, a ich postanowienia stają się wiążące dla zamawiającego, Inżyniera Kontraktu oraz dla wykonawcy. Kontrakt FIDIC przewiduje swoiste dokumentowanie zrealizowanych prac, m.in. w przypadku gotowości robót budowlanych do odbioru wystawiane jest tzw. Świadectwo Przejęcia. FIDIC przewiduje w tym zakresie częściowe Świadectwo Przejęcia oraz końcowe Świadectwo Przejęcia, w zależności czy odbierana jest część robót czy całość.

Oprócz argumentacji dotyczącej czynności odbiorowych na gruncie Warunków Kontraktu FIDIC, odwołujący wskazał na akceptujący charakter prawny samego odbioru końcowego. Odbiorem jest jednostronna czynność zamawiającego z dorozumianym przejawem woli przyjęcia dzieła (objektu) i uznania świadczenia za wykonane (por. W. Siuda, Glosa do wyroku SN z dnia 12 maja 1981 roku, II CR 136/81 oraz S. Buczkowski (w:) System prawa cywilnego, t. III, cz. 2, Prawo zobowiązań, część szczegółowa). Dodatkowo w piśmiennictwie prawniczym wymienia się następujące funkcje odbioru świadczenia rzeczowego (*dare*): tradycyjną, dokumentacyjną i aprobacyjną. Ta ostatnia tkwi w akcie woli zamawiającego, który stwierdza, że świadczenie odpowiada wymogom umowy, godzi się je przyjąć i uznać za wykonane. Istotę tej czynności oddaje w sposób obrazowy stwierdzenie o „skwitowaniu” wykonawcy ze spełnionego świadczenia, którego używa również Sąd Najwyższy w tezie wyroku z dnia 5 marca 1997 roku, podkreślając, że protokół z czynności odbioru stanowi pokwitowanie spełnienia świadczenia (por. Jerzy Naworski, Wpływ istnienia wad na obowiązek odbioru robót budowlanych przez inwestora, Przegląd Prawa Handlowego, 8/1998). Jeżeli chodzi o znaczenie i charakter prawny odbioru przedmiotu świadczenia przy umowach rezultatu, do jakich należy zaliczyć umowy o roboty budowlane, to opowiedzieć należy się za poglądem, który traktuje odbiór, jako czynność prawną aprobaującą, a nie tylko jako czynność o charakterze faktycznym, polegającą z reguły na objęciu bezpośredniego władztwa nad rzeczą albo na uzyskaniu możliwości dysponowania nią przez nabywcę (zamawiającego). Przyjęcie odrębnej instytucji prawnej odbioru przedmiotu świadczenia ma istotne znaczenie przede wszystkim dla sprawy odpowiedzialności wykonawcy robót budowlanych z tytułu rękojmi za wady. W akcie odbioru zamawiający przyjmuje świadczenie (odbiór we właściwym rozumieniu), aprobaując w ten sposób, że wykonane jest ono zgodnie z umową i zwalnia wykonawcę z wykonanego świadczenia (J. Strzępka, „Z problematyki prawnej umowy o roboty budowlane”, Przegląd Prawa Handlowego 12/2002).

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

Ponadto, wydanie Świadectwa Przejęcia poprzedza przeprowadzenie udanych prób końcowych, które obejmują próby przed-odbiorowe, próby odbiorowe, oraz eksploatację próbną włącznie z próbami wydajności w celu zademonstrowania, że roboty odpowiadają kryteriom sprecyzowanym w wymaganiach zamawiającego i w wykazie gwarancji (klauzula 9.1 FIDIC). Wydanie Świadectwa Przejęcia poprzedza przekazanie Inżynierowi Kontraktu dokumentacji powykonawczej (klauzula 5.6 FIDIC). Na uwagę zasługuje również okoliczność, że wystawienie Świadectwa Przejęcia kończy okres Czasu na Ukończenie robót w rozumieniu klauzuli 8.2 FIDIC. Ponadto Świadectwo Przejęcia pozwala zamawiającemu na przejęcie przedmiotu odbioru w posiadanie i umożliwia mu ich używanie, zgodnie z założonym celem. Istotne znaczenie ma również ranga podmiotu, który w niniejszej sprawie wystawił odwołującemu Świadectwo Przejęcia. Mianowicie, Świadectwo Przejęcia, będące dokumentem o doniosłym znaczeniu prawnym dla umów o roboty budowlane wykonywanych w oparciu o Warunki Kontraktu FIDIC, zostało wystawione przez inżyniera Kontraktu. Wskazać należy, że Inżynier Kontraktu jest to podmiot reprezentujący zamawiającego w umowach typu FIDIC, stanowiący zespół wykwalifikowanych specjalistów sprawujących nadzór techniczny nad robotami budowlanymi i jakością ich wykonywania (powołanie Inżyniera Kontraktu ma na celu zapewnienie, iż dana inwestycja zostanie ukończona zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i wiążącą strony umową). Skoro podmiot ten wystawił odwołującemu Świadectwo Przejęcia to okoliczność ta bezspornie potwierdza należyte wykonanie inwestycji.

W związku z powyższym odwołujący stwierdził, że okoliczność wystawienia Świadectwa Przejęcia potwierdza, że roboty zostały wykonane należyście.

Z ostrożności procesowej odwołujący wskazał również, że wady ukończonej inwestycji, wskazane w załącznikach do Świadectwa Przejęcia, miały charakter nieistotny. Potwierdza to bowiem wprost treść Świadectwa Przejęcia, zgodnie z którą: *„Wady oraz niedokończone roboty nie mające wpływu na użycie Robót wymienione zostały w załączonych protokołach branżowych Odbioru Końcowego Robót oraz notatkach służbowych - załączniki od nr 2 do nr21”*.

Odwołujący odwołał się również do akceptowanego powszechnie w orzecznictwie i doktrynie podziału wad na tzw. wady istotne i nieistotne. Zgodnie z ugruntowanym

poglądem, wadą istotną dzieła jest wada czyniąca je niezdatnym do zwykłego użytku, albo taka, która sprzeciwia się wyraźnie umowie. Pozostałe wady stanowią wady nieistotne. Z powyższego wynika m.in., że wada, która nie ma wpływu na eksploatację dzieła stanowi wadę nieistotną (por. wyrok SN z 14 lutego 2007 roku, sygn. akt II CNP 70/06, wyrok SN z 26 lutego 1998 roku, sygn. akt CKN 520/97, wyrok SN z 8 stycznia 1999 roku, sygn. akt I CKN 975/97). Za prawidłowością powyższego przemawia także wykształcona praktyka, która uznaje za zrealizowane poprawnie dzieło takie, które nadaje się do korzystania (nie zawiera wad istotnych). Jest bowiem oczywiste, że przy realizacji skomplikowanych inwestycji infrastrukturalnych o dużej wartości, w momencie ich odbioru mogą istnieć drobne wady i usterki, które są następnie usuwane w ramach okresu rękojmi i gwarancji. Powyższe nie narusza interesów zamawiającego, gdyż w tym okresie zamawiający posiada gwarancję bankową dotyczącą właśnie pokrycia kosztów usuwania takich usterek i wad. Taki standard postępowania jest zwyczajowo akceptowany przez uczestników rynku. Dodatkowo odwołujący podniósł, że odbiór robót budowlanych z wadami nieistotnymi jest powszechną praktyką przy dużych inwestycjach (także w oparciu o kontrakty typu FIDIC, skoro nie zawierają one wymogu, aby ukończone roboty były bezusterkowe). Ewentualne wady i usterki wskazane w załącznikach do Świadectwa Przejęcia nie mogą mieć charakteru istotnego, skoro zamawiający rozpoczął pełną eksploatację tej linii. Zamawiający, jako zarządca sieci, nie ryzykowałby bowiem ponoszenia odpowiedzialności za ewentualną katastrofę w ruchu kolejowym, gdyby rzeczywiście przejął i świadomie eksploatował odcinki linii kolejowej nr 1 wykonane niepoprawnie, niezgodnie z przepisami prawa i zasadami sztuki budowlanej. To na nim bowiem spoczywa obecnie obowiązek zapewnienia bezpiecznego ruchu pociągów na zarządzanej przez niego sieci kolejowej.

Odwołujący wskazał także, że nie ponosi odpowiedzialności (winy) za powstałe w trakcie realizacji linii kolejowej nr 1 Koluszki - Częstochowa opóźnienie. Tylko zaś zawinione opóźnienie, a więc wynikające z okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, mogłoby stanowić podstawę uznania, że roboty zostały wykonane w sposób nienależyty.

Opóźnienie w zawarciu umowy i w konsekwencji brak aktualizacji harmonogramu zamknięć torowych, stanowi okoliczność, za którą nie ponosi odpowiedzialności. Zgodnie z dokumentacją przetargową założono, że umowa zostanie zawarta do dnia 8 stycznia 2013 roku, gdyż tylko rozpoczęcie realizacji umowy w tej dacie dawało możliwość realizacji robót budowlanych zgodnie z harmonogramem zamknięć torowych załączonym do Programu Funkcjonalno-Użytkowego. Zawarcie umowy dopiero 16 kwietnia 2013 roku (98 dni później) sprawiło, iż odwołujący nie był w stanie rozpocząć ani prowadzić robót zgodnie z pierwotnym harmonogramem zamknięć torowych (pierwsze zamknięcia torowe przewidziane były już 9 czerwca 2013 roku, podczas, gdy odwołujący miał zgodnie z umową 150 dni na przygotowanie projektu od dnia zawarcia umowy). W konsekwencji przesunięcia terminu

zawarcia umowy zamawiający, mimo wyraźnego obowiązku kontraktowego, nie przedstawił odwołującemu zaktualizowanego harmonogramu zamknięć torowych, który uwzględniałby późniejsze zawarcie umowy. Zgodnie z § 5 ust. 6 umowy w przypadku zawarcia umowy po 8 stycznia 2013 roku terminy ujęte w harmonogramie zamknięć torowych powinny zostać skorygowane przez zamawiającego o ilość dni potrzebną wykonawcy na opracowanie dokumentacji projektowej niezbędnej do rozpoczęcia robót. Inną konsekwencją późniejszego terminu zawarcia umowy było wejście dodatkowego okresu zimowego w okres realizacji robót budowlanych.

Tytułem wyjaśnienia istotnej okoliczności związanej z przyznaniem wykonawcy zamknięć torowych przy realizacji robót budowlanych w kolejnictwie, odwołujący wskazał, że wykonawca może prowadzić takie roboty jedynie przy wyłączeniu toru kolejowego z ruchu (zamknięcia torowe). Wynika to przede wszystkim z konieczności zapewnienia bezpiecznych warunków pracy wykonawcy, a także z techniki prac budowlanych w tym zakresie (np. potrzeba demontażu nawierzchni torowej w postaci szyn i podkładów celem wykonania prac w podtorzu). Z prawnego punktu widzenia przyznanie wykonawcy zamknięcia torowego jest równoznaczne z przekazaniem mu terenu budowy. Zgodnie z art. 647 k.c., jest to obowiązek zamawiającego. W celu realizacji swojego obowiązku zamawiający opracowuje harmonogram zamknięć torowych, w oparciu o który wykonawca dopiero planuje sposób prac, poprzez m.in. sporządzenie harmonogramu robót. Kolejną okolicznością wymagającą komentarza jest kwestia pierwotnego harmonogramu zamknięć torowych. Został on sporządzony na etapie przygotowania dokumentacji przetargowej i stanowił załącznik do PFU. Inwestycja, obejmująca zarówno prace projektowe jak i budowlane, odbywała się na podstawie umowy terminowej przewidującej 730 dni na jej realizację. Przy czym wykonawca miał 150 dni (tj. ok. 5 miesięcy) po podpisaniu umowy na sporządzenie w pierwszej kolejności dokumentacji projektowej, i po tym okresie, poczynszy od dnia 9 czerwca 2013 roku miał przystąpić do robót budowlanych. W początkowych założeniach umowa miała być zawarta w styczniu 2013 roku i kończyć się w grudniu 2014 roku, czyli toczyć się w czasie, w którym występuje tylko jeden okres zimowy. Do tych dat dostosowany został pierwotny harmonogram zamknięć torowych. Jednakże, na skutek przedłużającego się postępowania zamówieniowego, do podpisania umowy doszło dopiero 16 kwietnia 2013 roku. Zgodnie z § 5 ust. 6 umowy, w przypadku zawarcia umowy po 8 stycznia 2013 roku, zamawiający zobowiązany był do sporządzenia korekty harmonogramu zamknięć torowych. W związku z powstałym opóźnieniem w zawarciu umowy, jej okres obowiązywania uległ zmianie na od 16 kwietnia 2013 roku do 15 kwietnia 2015 roku, czyli na okres obejmujący dwie kalendarzowe zimy. W tej sytuacji oczywistym jest, że korekta harmonogramu zamknięć torowych powinna uwzględniać nowe terminy obowiązywania umowy. Jest to z oczywistych

względów uzasadnione koniecznością zapewnienia wykonawcy dostępu do terenu budowy w całym okresie obowiązywania umowy (również w roku 2015).

Tymczasem Zamawiający, pomimo wielu wniosków i propozycji aneksów w tej sprawie przedłożonych przez wykonawcę, kategorycznie odmówił udzielenia zamknięć torowych w 2015 roku.

Dodatkowo, odwołujący podniósł, że podejmował czynności zmierzające do uniknięcia opóźnienia, jeszcze przed podpisaniem umowy. Tymi czynnościami, były m.in. wystąpienie z wnioskiem do zamawiającego o korektę harmonogramu zamknięć torowych w kwietniu 2013 roku, przedłożenie projektu aneksu nr 1 w sprawie korekty harmonogramu, przystąpienie we wcześniejszym terminie, niż był do tego zobowiązany postanowieniami umowy, do realizacji robót budowlanych. Te okoliczności powinny doprowadzić do wniosku, że umowa była wykonywana przez odwołującego od samego początku w sposób należyty, jakiego oczekuje się od wykonawcy mającego dawać rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia.

Ponadto, odwołujący wskazał, iż w trakcie realizacji umowy miał miejsce szereg zdarzeń niezależnych od odwołującego, które spowodowały konieczność wykonania prac nie przewidzianych jej zakresem (roboty dodatkowe). Przykładem takiego zdarzenia jest wykrycie przez odwołującego rozwarstwienia spoin na obiektach nr 50 i 51 już na samym początku realizacji umowy, co poważnie zakłóciło przebieg prac. Z uwagi na konieczność wykonania robót naprawczych konstrukcji stalowej obiektów nr 50 i 51 (naprawa pękniętych spoin konstrukcyjnych i wykonanie zabezpieczenia antykorozyjnego), nieprzewidzianych w umowie i w ofercie odwołującego, odwołujący doznał opóźnień w zakończeniu prac na obiektach nr 50 i 51. Wykonanie przedmiotowych robót naprawczych nastąpiło w trakcie kolejnych zamknięć torowych, udzielonych w okresie od 01.06.2014 r. do 2.10.2014 r., co zdeorganizowało prace odwołującemu i uniemożliwiło mu ukończenie robót zgodnie z terminami kontraktowymi.

Odwołujący wskazał, że zamawiający nie wypełniał ciążącego na nim obowiązku współdziałania przy wykonywaniu umowy. Przede wszystkim bezzasadnie odmówił aktualizacji harmonogramu zamknięć torowych, odmawiając tym samym odwołującemu dostępu do terenu budowy. Zamawiający nieprzychylnie odnosił się do składanych przez odwołującego wniosków jak i odmawiał wydania odwołującemu częściowego Świadectwa Przejęcia pomimo systematycznego częściowego przejmowania poszczególnych odcinków inwestycji do użytkowania.

Odwołujący wskazał, że na dzień umownego zakończenia robót, tj. 15 kwietnia 2015 roku, ukończone zostało ok. 90 % inwestycji i była ona nieprzerwanie eksploatowana przez zamawiającego. Dodatkowo, bardzo często dochodziło również do rozpoczynania przez zamawiającego faktycznego korzystania z części robót (przejęcia do eksploatacji) bez

wydania odwołującemu częściowego Świadcstwa Przejęcia. Tego rodzaju działania zamawiającego należy uznać za sprzeczne z zasadami współzycia społecznego i zasadami lojalności kontraktowej, i nie powinny one obciążać odwołującego. Gdyby zamawiający sporządził Świadcstwo Przejęcia dla części robót, które użytkował od 2013 r. pozbawiłby się możliwości naliczania odszkodowania umownego (kar umownych). Z kolei, gdy zamawiający współdziałał z odwołującym w wykonaniu zobowiązania w sposób, w jaki określa to art. 354 § 2 k.c. powinien wystawić Świadcstwo Przejęcia w takim zakresie, w jakim faktycznie przejął wykonywane przez odwołującego roboty.

Odwołujący podniósł również, że spełnił także wymóg posiadania doświadczenia w zakresie wykonania 50 rozjazdów. Zgodnie z wykazem wykonanych robót odwołujący przedstawił dwie roboty na potwierdzenie tego warunku. Pierwszą robotą była linia kolejowa nr 1 Koluszki - Częstochowa, w ramach której odwołujący wykonał budowy/przebudowy 135 rozjazdów oraz zabudowy 6 nowych rozjazdów. W związku z czym, pozytywne rozstrzygnięcie w sprawie pierwszego zarzutu niniejszego odwołania spowoduje spełnienie warunku udziału w postępowaniu również w tym zakresie.

Odwołujący powołał również robotę dotyczącą linii Valladolid - Burgos, która także spełnia postawiony przez zamawiającego warunek. Zgodnie bowiem z otrzymanymi referencjami od hiszpańskiego przedsiębiorstwa państwowego ADIF z 22 grudnia 2012 roku, robota ta obejmowała m.in. „30 rozjazdów i 10 przejść trapezowych” (*dowód: referencje od ADIF w języku hiszpańskim wraz z tłumaczeniem na język polski - wniosek str. 527-533*).

Zgodnie z utrwaloną definicją rozjazdu kolejowego jest to konstrukcja z szyn umożliwiająca przejazd pojazdów szynowych, z toru zasadniczego na inny tor zwrotny (odgałęźny) lub odwrotnie bez konieczności przerwania jazdy. Definicja ta obejmuje także tzw. „przejścia trapezowe”. W hiszpańskiej wersji referencji od ADIF zastosowane zostało słowo „*escape*”, które w języku polskim oznacza tzw. przejścia trapezowe pojedyncze (zwane także „*półtrapezowe*”). „*Półtrapez*” jest urządzeniem torowym umożliwiającym komunikację pomiędzy dwoma torami, zasadniczo równoległymi, poprzez 2 rozjazdy o identycznym skosie i ich połączone tory zwrotne. Terminologia odwołująca się do trapezu i półtrapezu stosowana jest również w literaturze przedmiotu, m.in. w znanej pozycji literackiej na temat projektowania linii i stacji kolejowych autorstwa dr inż. Andrzeja Massela (Instytut Kolejnictwa, wcześniej wiceminister transportu ds. kolejnictwa). Książka ta została wydana przez zamawiającego, z czego wynika, że zastosowana w referencji terminologia („*trapez*” i „*półtrapez*”) była i jest znana zamawiającemu (*dowód: wyciąg z książki pt „Projektowanie linii i stacji kolejowych” autorstwa Andrzeja Massela*).

Biorąc powyższe pod uwagę, należy wskazać, że na każdy „półtrapez” przypadają 2 rozjazdy.

Podsumowując, odwołujący wykazał spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia referencją od ADIF, z której wynika, że wykonał: 30 rozjazdów (wpisanych wprost w referencji) i 10 przejść trapezowych (10x2 rozjazdy), które daje 20 rozjazdów, w sumie 50 rozjazdów (30 + 20). Tak więc, zdaniem odwołującego, spełnił on także warunek w postaci wykonania 50 rozjazdów.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Po prekwalifikacji wykonawców, odwołujący został wykluczony z postępowania w zakresie zamówienia częściowego B, co pozbawia go jednocześnie możliwości otrzymania zaproszenia od zamawiającego do złożenia oferty i uzyskania zamówienia. Takie zagrożenie dla interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia nie powstałoby, gdyby zamawiający dokonał prawidłowej oceny spełniania warunków udziału przez odwołującego i zakwalifikował go do dalszego etapu postępowania. W związku z tym, odwołującemu może grozić szkoda na skutek niezgodnych z prawem czynności zamawiającego i wniesienie odwołania może doprowadzić do zmiany decyzji zamawiającego i umożliwienia odwołującemu złożenia oferty.

Zamawiający, pismem z dnia 3 sierpnia 2016 roku (data wpływu 4 sierpnia 2016 r.) złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania, ewentualnie o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego. Zamawiający podniósł, iż już w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była „*Realizacja robót budowlanych w ramach Przetargu nr 1 - Modernizacja odcinka Jaworzno Szczakowa - Trzebinia (km 1,150 - 0,000 linii nr 134, km 15,810 - 29,110 linii nr 133)*” wskazywał, że nie zgadza się z odwołującym, jakoby wykonane przez niego roboty dotyczące linii kolejowej nr 1 na odcinku Koluszki - Częstochowa były wykonane należycie, co znalazło jedynie potwierdzenie w sentencji i uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 24 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 782/16. W powyższym orzeczeniu Izba przyznała rację zamawiającemu, stwierdzając, że odwołujący nie wykonał przedmiotowych robót należycie. Przesądziła przy tym, okoliczność, że skoro w 6 miejscach na trasie Koluszki - Częstochowa pociągi zmuszane są - z powodu zaniechań odwołującego - zwalniać do 60 km/h, a nawet 30 km/h, to jest to jednoznaczne z tym, że cel umowy nie został osiągnięty. Co istotne, Izba nie tylko odmówiła przyznania wiarygodności dowodom powoływanym przez odwołującego na potwierdzenie należytego wykonania robót, ale doszła do przekonania, że potwierdzają one nienależyte ich wykonanie. Zamawiający podkreślił, że odwołujący opiera się na tych samym dowodach w ramach niniejszego postępowania odwoławczego.

Wnioski podzielone przez Izbę w uzasadnieniu wyroku KIO 782/16 były wnioskami własnymi zamawiającego i to one stanowiły podstawę wykluczenia. Zamawiający nie widział potrzeby i celowości powtarzania ich w wezwaniu kierowanym do odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (powyższe okoliczności nie były podstawą uzasadnienia wykluczenia odwołującego z postępowania) w sytuacji, gdy odwołujący dysponuje wyrokiem, a zatem jego treść jest mu doskonale znana. Takie działanie zamawiającego usprawnia i przyspiesza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, przez co powinno zasługiwać na aprobatę. Co więcej, podstawą wezwania odwołującego do uzupełnienia wniosku w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu było także niewykazanie spełniania warunku określonego postanowieniu sekcji III.2.3) pkt III. 1. 1.2. A) lit. b z uwagi na powołanie się przez odwołującego na roboty dotyczące linii Valladolid-Burgos. Tymczasem zamawiający w ramach wyjaśnień udzielonych „w odpowiedzi” na wezwanie zupełnie „przemilczał” powyższą kwestię, czym potwierdził jedynie brak wykazania spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu.

Podtrzymując stanowisko zamawiającego w zakresie nienależytego wykonania przywołanej w wykazie pod pozycją nr 1 roboty budowlanej realizowanej w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 1 na odcinku Koluszki - Częstochowa”, rzutującego na brak spełnienia wskazanego powyżej warunku udziału w postępowaniu, zamawiający wniósł o załączenie w poczet materiału dowodowego akt sprawy KIO 782/16, wraz z przedstawionymi dowodami, jak też przesłuchanie w charakterze świadka: Pana K. P. - Dyrektora Projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 1 na odcinku Koluszki - Częstochowa”, na okoliczność ustalenia rangi wad w wykonawstwie przejętych robót na które powołuje się odwołujący, jak też przyczyn ich powstania i ich nieusunięcia przez zobowiązanego (wezwanie na adres Zamawiającego) oraz Pana B. B. - pełniącego funkcję Inżyniera Rezydenta na ww. kontrakcie, na okoliczność jak wyżej - na adres Eko Centrum Wrocław, ul. Budziszyńska 35/1, 54-434 Wrocław.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku

naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Zgodnie z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, wykonawcy ubiegający się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie zamówienia częściowego B zobowiązani byli wykazać m.in. spełnianie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z pkt 111.2.3) ppkt 111.1. 1.2. A) „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę wykonania, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w ramach jednego lub więcej Zamówień co najmniej: A) *ROBOTY TOROWE: Roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia tj. roboty budowlane, wykonane w ramach jednej lub więcej umów, na zakres których składają się:*

- a) *budowa lub przebudowa (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) lub modernizacja, co najmniej 50 (pięćdziesięciu) kilometrów nawierzchni torowej pojedynczego toru na linii dwutorowej zelektryfikowanej o wartości co najmniej 70 000 000,00 PLN (słownie: siedemdziesiąt milionów złotych) brutto, obejmującej podtorze, torowisko i odwodnienie, przy czym co najmniej 10 (dziesięć) kilometrów nawierzchni torowej wykonana była przy prowadzonym ruchu po torze sąsiednim (...),*
- b) *budowa lub przebudowa (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) co najmniej 50 rozjazdów (...).*

Dla wykazania spełniania powyższego warunku odwołujący przedstawił zamawiającemu następujące roboty (*dowód: Wykaz wykonanych robót: wniosek odwołującego str. 445-457*), tj.:

- 1) *„Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej Nr 1 na odcinku Koluszki - Częstochowa” („linia kolejowa nr 1 Koluszki - Częstochowa”) odnośnie lit. a) i b), oraz*
- 2) *„Korytarz Północ - Północny Wschód. Valladolid - Burgos I Venta de Banos - Palencia. Pododcinek: Węzeł Venta de Baños. Połączenie Valladolid - Palencia - Leon stanowiące część połączenia kolejowego dużych prędkości Valladolid - Palencia - Leon/Nudo Venta de Banos” („linia Valladolid - Burgos”) odnośnie lit. b).*

Dnia 6 czerwca 2016 roku, zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia wniosku w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia - w zakresie zamówienia częściowego B. Zamawiający wskazał, że nie może uznać doświadczenia dotyczącego linii kolejowej nr 1 Koluszki - Częstochowa „ze względu na fakt, iż zgodnie z ostatnim wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej dot. sygn. KIO 782/16 robota powyższa została wykonana nienależycie”. Zamawiający wskazał również, że z referencji dot. linii Valladolid - Burgos wynika, jego zdaniem, wykonanie jedynie 30 rozjazdów, podczas, gdy wymóg określony w lit. b) dotyczył 50 rozjazdów.

Na to wezwanie odwołujący odpowiedział pismem z dnia 10 czerwca 2016 roku. Odwołujący wskazał w nim, że wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 maja 2016 roku, sygn. akt KIO 782/16 („wyrok KIO 782/16”), nie jest prawomocny i nie jest wiążący dla stron, a przedmiotowe zamówienie wykonał należycie.

Pismem z dnia 11 lipca 2016 roku zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zamówienia częściowego B. Zgodnie z przekazaną informacją, odwołujący został wykluczony z postępowania w zakresie zamówienia częściowego B z uwagi na niewykazanie spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający stwierdził, że zamówienie dotyczące linii kolejowej nr 1 Koluszki - Częstochowa nie zostało wykonane należycie i w konsekwencji zamawiający nie uznał tej roboty. Nienależyte wykonanie wspomnianego zamówienia zamawiający ustalił w oparciu o wyrok KIO 782/16. Zamawiający stwierdził także, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku wykonania budowy/przebudowy, co najmniej 50 rozjazdów.

Co do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wykonania budowy lub przebudowy (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) lub modernizacji, co najmniej 50 (pięćdziesięciu) kilometrów nawierzchni torowej pojedynczego toru na linii dwutorowej zelektryfikowanej o wartości co najmniej 70 000 000,00 PLN (słownie: siedemdziesiąt milionów złotych) brutto, obejmującej podtorze, torowisko i odwodnienie, przy czym co najmniej 10 (dziesięć) kilometrów nawierzchni torowej wykonana była przy prowadzonym ruchu po torze sąsiednim (...), Izba w całości popiera argumentację zaprezentowaną w wyroku oraz uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2016 roku, sygn. akt KIO 782/16, oraz wnioski wynikające ze wskazanego orzeczenia, przyjmując przeprowadzone dowody za prawidłowe, jednocześnie przyjmując powyższe ustalenia i wnioski za własne. Wskazać bowiem należy, iż Izba we wskazanym orzeczeniu prawidłowo ustaliła, w oparciu o przeprowadzone dowody, iż odwołujący rzeczoną robotę wykonał nienależycie. Izba wskazała, że „(...) przedłożonemu do sprawy Świadectwu Przejęcia Robót z dnia 18.12.2015 roku zaprzecza w szczególności Protokół odbioru końcowego

inwestycji

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

Co do Świadectwa Przejęcia Robót to jest dokument ze swej natury mający na celu potwierdzenie przedmiotu odbioru robót w takim stanie, że nawet przy istnieniu usterek i wad nadaje się ten przedmiot do użytku. Czyli przedmiot objęty Świadectwem Odbioru Robót jest w stanie spełnić zakładane dla danego przedmiotu funkcje. Co do zasady uważa się, że wymienione w świadectwie przejęcia odbioru robót, usterki i niedoróbki nie niweczą skutku jakim jest odbiór roboty. Bowiem gdyby robota nie spełniała zakładanej funkcji to odbiór nie miałby znaczenia jaki mu się przypisuje. Zamawiający dokonując odbioru robót przejmuje na swoje ryzyko przedmiot tracąc roszczenia do przedmiotu, których nie zgłosił na etapie odbioru oraz te, które mógł dostrzec przy należytej staranności. Faktem bezspornym jest, że zamawiający wystawił Świadectwo Przejęcia w dniu 18.12.2015 roku i użył w nim sformułowanie w rodzaju nadaje się do użytku („wady oraz niedokończone roboty nie mające wpływu na użycie Robót wymienione zostały w załączonych protokołach branżowych Odbioru Końcowego Robót”). Należy również wskazać, że do Świadectw Przejęcia wystawiono ponad dwadzieścia protokołów w tym branżowych gdzie nie tylko opisano przedmiot odbioru ale również usterki i różnego rodzaju wady. Z samego Świadectwa Przejęcia wynika, że zamawiający wyznacza generalnie na usunięcie wad termin niespełna ośmiu miesięcy to jest do dnia 31.07.2016 roku zważywszy, że protokół został podpisany dnia 18.12.2015 roku. Niemniej odwołujący, który chce wykazać swoje racje, co do prawidłowego wykonania robót, nie przedkłada załączników wymienionych w Świadectwie Przejęcia. Takie postępowanie odwołującego powoduje, że Izbie brak podstaw do przyjęcia za wiarygodne twierdzenia odwołującego o nieistotności wymienionych tam usterek i wad. Izba ewentualnie mogłaby przyjąć takie twierdzenia za wiarygodne, ale w sytuacji gdyby nie zeznania świadka K. P.. Świadek ten oświadczył o wystąpieniu usterek i wad dyskwalifikujących użycie wykonanych robót zgodnie z ich przeznaczeniem. Jak nazwa zamówienia wskazuje roboty torowe na trasie kolejowej Koluszki-Częstochowa miały polepszyć komunikację kolejową. Pociągi mają poruszać się z prędkością do 120 km/h. Tym okolicznościom żadna ze stron nie zaprzeczyła. Natomiast świadek dwukrotnie na rozprawie

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

Twierdzeniom odwołującego co do prawidłowego wykonania zamówienia przeczy treść Protokołu końcowego wykonania robót również z dnia 18.12.2015 roku. Na podstawie powyżej dokonanych ustaleń Izby wynika okoliczność przekroczenia terminu wykonania robót o 230 dni w stosunku do terminu umownego. W protokole tym stwierdza się, że przyczyny opóźnienia robót leżą w niewłaściwej organizacji robót, w braku potencjału wykonawczego. Stwierdza się także, że liczba podwykonawców około siedemdziesięciu powodowała, że na zgłaszanych odbiorach przez jednych podwykonawców, inni podwykonawcy zdążyli zepsuć, zniszczyć wykonane prace, co wymagało ponownego ich wykonania czy konieczności naprawienia. Następnym mankamentem organizacji wykonywania robót było niedotrzymywanie wyznaczonych terminów zamknięć torowych. Powyższe okoliczności zostały przyznane podpisem przedstawiciela wykonawcy na Protokole Końcowego Odbioru Robót. Ponadto stawiane pytania świadkowi na rozprawie wskazują na ustępstwa w zakresie uzgadniania harmonogramu zamknięć torowych. Przy

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

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

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

Biorąc powyższe pod uwagę, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostaje kwestia związana z opóźnieniami przy wykonaniu inwestycji, albowiem nie sposób uznać, iż zamówienie zrealizowane przez odwołującego, nawet przyjmując opcję niezawinionego opóźnienia wynikłego z przyczyn nieleżących po stronie odwołującego, w sytuacji gdy zamówienie zrealizowane przez odwołującego nie osiągnęło wymaganego przez

zamawiającego rezultatu, gdyż w sześciu miejscach na trasie Koluszki-Częstochowa pociągi muszą zwalniać do 60 km/h a nawet do 30 km/h. Tym samym cel umowy nie został osiągnięty.

Powyższą argumentację dodatkowo wzmacnia również dowód zgłoszony przez zamawiającego, tj. „Raport Miesięczny Nr 24” wydany dnia 14 kwietnia 2016 roku (który Izba dopuściła w sprawie), w którym wówczas nadzorujący Inżynier Kontraktu wskazał w pkt 1.4., m.in. ppkt 1, 6 i 10 „Cele i spodziewane rezultaty podjętych działań”, do których należało „Osiągnięcie wymaganych parametrów technicznych linii poprzez utrzymanie obecnych nacisków na oś wynoszących 221 kN oraz przywrócenie prędkości rozkładowej $V=120$ km/h dla pociągów pasażerskich i 100 km/h dla pociągów towarowych”, „Zmniejszenie kosztów eksploatacyjnych wynikających z utrzymania infrastruktury, z tytułu zastosowania elementów o wysokiej niezawodności i trwałości oraz w wyniku likwidacji zbędnej infrastruktury i stanowisk pracy”, „Przyszły zrewitalizowany odcinek linii kolejowej będzie spełniał wymagania i warunki określone w obowiązujących aktach prawnych prawa krajowego, standardach i przepisach PKP PLK S.A.”.

We wnioskach na stronach 32-34 rzeczonoego raportu, Inżynier Kontraktu wskazał, iż „Niewykonanie lub niekompletne wykonanie elementów robót kontraktowych w odniesieniu do założonego planu na miesiąc marzec 2015 r., wynika z nienależytej mobilizacji sił i środków Wykonawcy, niewłaściwej organizacji i koordynacji robót oraz nieprzestrzegania przez Wykonawcę warunku umownego dotyczącego wykonywania robót w systemie dwuzmianowym. Wykonawca z powodu niestarannego planowania i nienależytej koordynacji prac Podwykonawców wykorzystał w okresie sprawozdawczym jedynie 74,3% domknięć torów na wyładunki materiałów i roboty kontraktowe wymagające domknięć torów zgodnie z Regulaminami Technicznymi prowadzenia ruchu pociągów. Powyższe świadczy nie tylko o niewłaściwej organizacji ale o braku odpowiedzialności i wiarygodności Wykonawcy za składane wnioski o takie domknięcia (...). Inżynier negatywnie ocenia działalność Wykonawcy co do jakości robót i przygotowania obiektów bądź elementów robót do odbiorów eksploatacyjnych, czego dowodem jest wielość wad, usterek i uwag stwierdzanych podczas odbiorów eksploatacyjnych. Inżynier po zgłoszeniu przez Wykonawcę gotowości do odbioru wielokrotnie, w wyniku prowadzonego monitoringu prac, informował o braku przygotowania robót do odbioru i stwierdzonych usterkach. (...). W związku z licznymi zaniedbaniami po stronie Wykonawcy, pomimo wcześniej składanych deklaracji przez Wykonawcę, sytuacja na Kontrakcie nie ulega poprawie. (...). Inżynier podtrzymuje uwagi dotyczące złej jakości robót na przejazdach kolejowych, o czym wielokrotnie informował Wykonawcę polecając wyeliminowanie nieprawidłowości mogących zagrażać bezpieczeństwu ruchu kolejowego oraz użytkownikom przejazdów.”.

Krajowa Izba Odwoławcza dała wiarę stanowisku Inżyniera Kontraktu wyrażonym w ww. dowodzie, który w sposób jasny i precyzyjny wskazał na okoliczność nieprawidłowego wykonania przedmiotu kontraktu. Tym samym zamawiający, mając na względzie powyższe, ale nie jedyne, wnioski z realizacji umowy nie miał podstaw do stwierdzenia, że odwołujący wykonał referencyjną robotę w sposób prawidłowy, co z kolei musiało prowadzić do wniosku, że odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dlatego też odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania, Izba uznała czynność zamawiającego za prawidłową.

Co do zarzutu odnoszącego się do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego budowy lub przebudowy (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) co najmniej 50 rozjazdów, Izba stwierdziła, co następuje.

Pierwszą robotą, którą wykazywał odwołujący, było zamówienie pn. linia kolejowa nr 1 Koluszki-Częstochowa, w ramach której odwołujący wykonał przebudowę 135 rozjazdów oraz zabudowę 6 nowych rozjazdów (*dowód: Wykaz wykonanych robót - wniosek Odwołującego str. 445 - 457*). Kolejną robotą było zamówienie pn. linia Valladolid - Burgos w zakresie której odwołujący podnosił, że wykonał 50 rozjazdów (*dowód: Wykaz wykonanych robót - wniosek Odwołującego str. 445-457*).

W zakresie pierwszej z wykazanych robót, w związku z uznaniem, iż cała robota związana z przebudową linii kolejowej nr 1 Koluszki-Częstochowa, nie została wykonana należycie, Izba uznała, iż zakres prac związany z przebudową 135 rozjazdów również należało uznać za niewykazany.

W zakresie zaś drugiej ze wskazanych robót - robota wykonana na linii Valladolid – Burgos, Izba wskazuje, że odwołujący na wezwanie zamawiającego nie uzupełnił żądanego przez zamawiającego wykazu o robotę potwierdzającą spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący nie odniósł się również w zakresie wykazywanej roboty, co do zastrzeżeń zamawiającego, co uczynił dopiero na etapie wnoszonego odwołania. Powyższe pozwala zatem na przyjęcie stanowiska, iż odwołujący nie wykazał zamawiającemu spełnienie omawianego warunku, co z kolei oznacza, że odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem argumentację odwołującego w zakresie rzeczowego warunku uznać należało za spóźnioną.

Biorąc pod uwagę powyższe, mając na względzie przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła wnioski dowodowe zgłoszone przez odwołującego, tj. o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków oraz o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, stwierdzając, iż dowody te zostały powołane jedynie dla zwłoki postępowania (art. 190 ust. 6 ustawy Pzp). Ponadto dowody powołane przez odwołującego miałyby potwierdzać fakty stwierdzone już innymi dowodami, mianowicie dowodami przeprowadzonymi w sprawie

o sygn. akt KIO 782/16. Tym samym Izba oddaliła również wnioski dowodowe zgłoszone przez zamawiającego, tj. o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków.

Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła w poczet materiału dowodowego akta sprawy o sygn. akt KIO 782/16 wraz z dopuszczonymi i przeprowadzonymi dowodami.

Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wezwania odwołującego przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, odpowiedzi odwołującego na wezwanie zamawiającego w zakresie uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba dopuściła również dowód w postaci dokumentu – Świadcstwa Przejęcia Robót z dnia 18 grudnia 2015 roku wraz z załącznikami, tj. protokołami branżowymi Odbioru Końcowego Robót (załączniki od 2 do 21), protokoły branżowe dotyczące usunięcia lub też braku usunięcia zgłoszonych wad i usterek, wg. stanu na dzień 2 sierpnia 2016 roku, pisma odwołującego z dnia 1 sierpnia 2016 roku oraz odpowiedzi Inżyniera Kontraktu z dnia 2 sierpnia 2016 roku.

W pozostałym zakresie Izba oddaliła wnioski dowodowe stwierdzając, iż nie mają one istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: