

WYROK

z dnia 14 września 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 11 sierpnia 2020, w dniu 21 sierpnia 2020, w dniu 7 września 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2020 r. przez odwołującego: Budimex S.A. ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa w postępowaniu powadzonym przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa

przy udziale przystępującego: PORR S.A. ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty to jest oferty przystępującego po stronie zamawiającego oraz nakazać zamawiającemu w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp wezwać przystępującego po stronie zamawiającego, do uzupełnienia doświadczenie zawodowego opisanego w pkt.8.6.1 lit.d Instrukcji dla Wykonawców w zakresie budowy lub przebudowy co najmniej jednej stacji kolejowej. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddać.
2. kosztami postępowania obciążyć Budimex S.A. ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Budimex S.A. ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od PORR S.A. ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Budimex S.A. ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania to jest w wysokości połowy uiszczzonego wpisu.
- 2.3. zasądza od PORR S.A. ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa i Budimex S.A. ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa po 1.800,00 zł (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) od każdego z nich na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa tytułem poniesionego kosztu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Poniżej przedstawiona zostanie pełna prezentacja stanowisk stron (zamawiającego i odwołującego) i przystępującego po stronie zamawiającego w toku postępowania odwoławczego to jest:

Odwołanie z dnia 19 czerwca 2020r.

odpowieź na odwołanie z dnia 10 sierpnia 2020r.

Stanowisko przystępującego z dnia 11 sierpnia 2020

Odwołanie

Odwołanie wniesiono w związku z postępowaniem, o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizację robót budowlanych w formule „Projektuj i Buduj” dla zadania pn. LOT A - Prace na linii kolejowej 131 na odcinku Chorzów Batory (km 5,900) - Nakło Śląskie (km 29,000) w ramach projektu POIiŚ 5.1-14 pn. „Prace na linii kolejowej C-E 65 na odc. Chorzów Batory - Tarnowskie Góry - Karsznice - Inowrocław - Bydgoszcz - Maksymilianowo” (nr referencyjny: 9090/IRZR2/14477/03900/19/P), dalej jako „Postępowanie”/”postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S 126-309325 w dniu 3 lipca 2019 roku.

ODWOŁANIE

Odwołujący na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”), wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty nr 3 złożonej przez PORR S.A. (dalej jako „PORR” lub „Wykonawca”/ „przystępujący po stronie zamawiającego”);

- 2) zaniechaniu wykluczenia PORR z udziału w Postępowaniu w sytuacji, gdy Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) zaniechaniu wezwania wykonawcy PORR do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i błędnym przyjęciu, że PORR spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z udziału w Postępowaniu w sytuacji, gdy Wykonawca nie przedłożył dokumentów potwierdzających należyte wykonanie przez niego robót budowlanych.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucono:

- 1) naruszenie art. 24 ust 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie

Wykluczenia PORR z Postępowania w sytuacji, gdy Wykonawca, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w Postępowaniu; względnie (na wypadek niemożności przypisania Wykonawcy działania w sposób zamierzony lub w wyniku rażącego niedbalstwa,

- 2) naruszenie art 24 ust 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia PORR z Postępowania w sytuacji, gdy Wykonawca, co najmniej w wyniku niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego co do posiadanego przez Wykonawcę doświadczenia i dysponowania przez niego wymaganymi przez Zamawiającego osobami, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu; względnie (na wypadek niemożności stwierdzenia, że Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd)

- 3) naruszenie art. 26 ust 3 Pzp w związku z art. 25 ust. 1 Pzp i art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wezwania PORR do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie i ukończenie przez niego robót budowlanych przedstawionych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy dokumenty przedstawione przez Wykonawcę okoliczności tych nie potwierdzały.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty PORR;
- 2) powtórzenie badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności wykluczenie PORR z Postępowania z uwagi na posłużenie się przez Wykonawcę informacjami wprowadzającymi Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, względnie wezwanie PORR do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Interes we wniesieniu odwołania:

Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania bowiem w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego oferta PORR została uznana za najkorzystniejszą, w sytuacji gdy Zamawiający winien był wykluczyć Wykonawcę z udziału w Postępowaniu z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełniania przez PORR warunków udziału w postępowaniu, czego konsekwencją powinno być odrzucenie oferty Wykonawcy. Z uwagi na to, że oferta Odwołującego została ostatecznie sklasyfikowana przez Zamawiającego na drugim miejscu tzw. listy rankingowej, jego interes, w wyniku uchybień Zamawiającego, doznaje uszczerbku. Skutkiem zaskarżonych czynności Zamawiającego jest pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu, a jego oferta odpowiada wymogom specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), a zatem powinna być uznana za najkorzystniejszą dla Zamawiającego w rozumieniu SIWZ i przepisów prawa. Szkoda, jaką może ponieść Odwołujący w wyniku zaskarżonych czynności Zamawiającego, odpowiada więc co najmniej zyskowi, jaki uzyskałby Odwołujący, realizując zamówienie.

Termin:

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, wraz z informacją o punktacji przyznanej każdemu z wykonawców, Odwołujący otrzymał drogą elektroniczną w dniu 9 czerwca 2020 r. Wartość zamówienia, zakwalifikowanego jako zamówienie na roboty budowlane, przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, w związku z czym, termin na wniesienie odwołania upływa dnia 19 czerwca 2020 r. i został zachowany.

UZASADNIENIE odwołania

I. Wstęp

1. Pismem z dnia 14 lutego 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, za jaką pierwotnie Zamawiający uznał ofertę nr 1 złożoną przez Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. Swoją decyzję Zamawiający motywował tym, że w świetle zarzutów zawartych w odwołaniach z dnia 7 lutego 2020 r. zobowiązany był unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej celem wyjaśnienia wszelkich okoliczności sprawy oraz uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (w ślad za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2020 r. sygn. akt: KIO 16/20). Następnie, pismem z dnia 9 czerwca 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, że w wyniku ponownego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu, za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez PORR. Oferta Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. została odrzucona, a oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu).

Z takim rozstrzygnięciem Postępowania nie sposób się zgodzić.

II. 1. Wiedza i doświadczenie:

1. W pkt 8.6.1. Instrukcji Dla Wykonawców (IDW) Zamawiający ustalił następujące, szczegółowe warunki udziału w Postępowaniu w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (wiedza i doświadczenie), zgodnie z którymi wykonawcy mieli wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonali:

a) co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane, każda wykonana w ramach odrębnej umowy, przy czym każda robota budowlana obejmowała swoim zakresem co najmniej Budowę lub Przebudowę nawierzchni torowej na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, gdzie suma długości Budowanych lub Przebudowywanych torów szlakowych i torów głównych zasadniczych wynosiła co najmniej 20 (dwadzieścia) km, przy czym co najmniej 10 (dziesięć) km robót wykonywanych było przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich;

b) co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane, każda wykonana w ramach odrębnej umowy, przy czym każda robota budowlana obejmowała swoim zakresem co najmniej Budowę lub Przebudowę sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, gdzie suma długości Budowanej lub Przebudowywanej sieci trakcyjnej wraz z konstrukcjami wsporczymi dla torów szlakowych i torów głównych zasadniczych wynosiła co najmniej 10 (dziesięć) km robót wykonywanych przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich;

c) Budowa lub Przebudowa co najmniej 20 (dwudziestu) rozjazdów kolejowych wykonana w ramach jednej umowy;

d) Budowa lub Przebudowa co najmniej 1 (jednej) stacji kolejowej, przy czym Budowa lub Przebudowa obejmowała co najmniej 2 (dwa) tory główne zasadnicze i co najmniej 1 (jeden) tor główny dodatkowy wraz z nawierzchnią, podtorzem i odwodnieniem oraz co najmniej 2 (dwa) perony obejmujące co najmniej 3 (trzy) krawędzie peronowe;

e) (...)

A. Linia kolejowa nr 132 Błotnica Strzelecka - Opole Groszowice:

2. W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1. lit. a i d IDW PORR wskazał inwestycję pod nazwą: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 132 na odcinku Błotnica Strzelecka - Opole Groszowice”. W załączniku nr 7 do IDW (Wykaz robót budowlanych), w kolumnie 6 (Przedmiot

wykonywanych robót (należy opisać roboty w sposób umożliwiający weryfikację spełnienia warunków udziału w postępowaniu)) Wykonawca oświadczył, odpowiednio że wyżej wymieniona inwestycja obejmowała:

„przebudowę ponad 20 km nawierzchni torowej na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej (torów szlakowych i torów głównych zasadniczych), całość robót wykonywane było przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich”

„przebudowę stacji kolejowej Strzelce Opolskie, przy czym przebudowa obejmowała co najmniej dwa tory główne zasadnicze i jeden tor główny dodatkowy wraz z nawierzchnią, podtorzem i odwodnieniem oraz co najmniej dwa perony obejmujące co najmniej 3 krawędzie peronowe.”.

3. Informacje podane przez PORR są niezgodne ze stanem faktycznym (wprowadzające w błąd), bowiem:

1) zakres prac wykonanych w ramach przedmiotowej inwestycji obejmował wyłącznie tory główne zasadnicze, z wyłączeniem torów dodatkowych, co oznacza, że Wykonawca nie mógł, posługując się tym zadaniem, wykazać spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1. lit. d IDW.

2) wskazane przez PORR zadanie nie obejmowało wymaganej przez Zamawiającego Budowy bądź Przebudowy nawierzchni torowej - zakres wykonanych przez Wykonawcę robót wskazuje, że był to remont tej nawierzchni, co oznacza, że Wykonawca nie mógł, posługując się tym zadaniem, wykazać spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1. lit. a i d IDW;

I tak:

4. Według posiadanych przez Odwołującego dokumentów zakres robót wykonanych - w ramach wskazanego powyżej zadania - na stacji kolejowej Strzelce Opolskie obejmował prace wyłącznie na dwóch torach zasadniczych, a nie, jak oświadczył PORR i jak wymagał tego Zamawiający, na dwóch torach zasadniczych i co najmniej jednym dodatkowym.

Stanowisko Odwołującego potwierdzają przede wszystkim zapisy PFU tego zadania, gdzie wskazuje się (vide: str. 34 PFU) na następujący zakres robót:

1.3.1. Zadanie I - rewitalizacja nawierzchni torowej oraz sieci trakcyjnej wraz z robotami towarzyszącymi.

W ramach zadania planuje się następujące roboty budowlane:

1. Kompleksowa wymiana istniejącej nawierzchni w torze nr 1,

- a. Demontaż nawierzchni typu S-60 na podkładach drewnianych z przytwierdzeniem typu K zebraniem podsypki tłuczniowej do grubości 35 cm w torze
- b. Naprawa podtorza
- c. Profilowanie ław torowiska.
- d. Wbudowanie warstwy ochronnej - filtracyjnej, o grubości, przyjętej zgodnie z projektem wykonawczym.
- e. Wymiana rozjazdów na typ 60E1 na podrozdnicach strunobetonowych, odmiany spawanej z wymianą podsypki tłuczniowej (0,35 m), wbudowaniem warstwy filtracyjnej (0,3 m).
- f. Zabudowa nawierzchni; na typ szyny 60E1, podkłady strunobetonowe, podsypka tłuczniowa skał twardych z przytwierdzeniem sprężystym.

2. Naprawa istniejącej nawierzchni w torze nr 2

- a. Wymiana szyn, na typ 60E1 na podkładach strunobetonowych z przytwierdzeniem sprężystym wraz z oczyszczeniem i uzupełnieniem podsypki tłuczniowej do grubości 35 cm.
- b. Naprawa podtorza
- c. Profilowanie ław torowiska.
- d. Wbudowanie warstwy ochronno - filtracyjnej, o grubości, przyjętej zgodnie z projektem wykonawczym.
- e. Wymiana rozjazdów na typ 60E1 na podrozdnicach strunobetonowych odmiany spawanej z wymianą podsypki tłuczniowej (0,35 m), wbudowaniem warstwy filtracyjnej (03 m)

Podkreślić należy, że tylko zadanie 1 dotyczyło nawierzchni torowej, przy czym wskazany powyżej zapis PFU określał ogólnie zakres tego zadania (bez podziału na odcinki szlakowe i stacyjne, bez wskazania kilometrażu, w którym dany zakres ma być wykonany).

Stąd, powyższy fragment PFU należały zestawić z danymi zawartymi w Tabeli 1.15 Zestawienie robót - branża torowa, w której w pkt 5 i 6 jednoznacznie wskazano, że zakres: „stacja Strzelce Opolskie” obejmuje prace w obrębie toru 1 (wymiana nawierzchni) i toru 2 (naprawa nawierzchni - wymiana szyn).

PFU nie wspomina więc o większej liczbie torów objętych robotami niż tory 1 i 2 (tory zasadnicze).

Uwzględniając zakres robót przewidzianych do wykonania w ramach ww. zadania wynikający z Tabeli 1.15 Zestawienie robót - branża torowa PFU warto wskazać również na okoliczność, że w obrębie stacji Strzelce Opolskie, w zakres robót związanych z torem nr 2 wchodziła tylko naprawa nawierzchni - wymiana szyn, wymiana rozjazdów nr 2, 3 i 63, zabudowa torem rozjazdu nr 6, naprawa przejazdów i odbudowa rowów odwadniających. Natomiast w zakresie robót związanych z torem nr 1 kompleksowa wymiana nawierzchni, wymiana rozjazdów nr 1, 4, 7, ST2 i 62, naprawa przejazdów, odbudowa rowów odwadniających i odbudowa odwodnienia równi stacyjnej. Nie wskazuje się tu, by przedmiotem robót były prace związane z naprawami podtorza (jak wskazano to wprost w odniesieniu do odcinków szlakowych np. w pkt 7 Tabeli).

Dowód: Program Funkcjonalno- Użytkowy zamówienia 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 na okoliczność wykazania zakresu robót wykonanych w obrębie stacji kolejowej.

Warto podkreślić w tym miejscu, że wartość wykonanych w ramach tego zadania robót wskazana w przedstawionych przez PORR referencjach jest tożsama z wartością podaną w Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 05.03.2013r. co potwierdza, że w ramach tego zadania nie były wykonywane żadne roboty dodatkowe czy uzupełniające, które mogłyby objąć tory nie wskazane w PFU czy inne niewymienione tam roboty.

Dowód: Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 05.03.2013r. oraz referencje przedstawione wraz z ofertą firmy Porr.

Brzmienie warunku udziału w postępowaniu nie pozostawia przy tym wątpliwości, że Budowa lub Przebudowa miała obejmować co najmniej 2 (dwa) tory główne zasadnicze i co najmniej 1 (jeden) tor główny dodatkowy wraz z nawierzchnią, podtorzem i odwodnieniem. Budowa lub Przebudowa miała więc obejmować wszystkie wskazane w warunku elementy toru (nawierzchnię, podtorze, odwodnienie) i winna być wykonywana na jasno określonej ilości torów. Nie chodzi więc o to, ile torów ma dana stacja kolejowa, ale względem ilu torów były wykonywane określone roboty w pełnym zakresie.

PORR wykonywał prace wyłącznie na 2 torach a nie na 3 (2 torach zasadniczych i jednym dodatkowym), zgodnie z wymogami SIWZ, a nadto wykonywane przez niego roboty nie obejmowały w obrębie stacji podtorzy, a zatem posługując się tym właśnie zadaniem nie mógł wskazywać, że posiada wymagane w tym zakresie doświadczenie.

Sposób skonstruowania przez PORR jego oświadczeń zawartych w Wykazie robót jednoznacznie przy tym wskazuje na wprowadzenie Zamawiającego w błąd, bowiem

oświadczenie zostało skonstruowane w taki sposób by wywołać wrażenie, że ww. zadanie spełnia wymagania SIWZ.

5. Odwołujący stoi na stanowisku, że PORR wprowadził Zamawiającego w błąd także co do charakteru robót wykonywanych na tym zadaniu (zarówno na stacji, jak i na całym zadaniu). W wykazie robót budowlanych (sporządzonym wg Zał. 7 do IDW) Wykonawca oświadczył bowiem, że w ramach ww. zadania miała miejsce przebudowa nawierzchni torowej (pkt 8.6.1. a) IDW) oraz przebudowa co najmniej dwóch torów głównych zasadniczych i co najmniej jednego toru głównego dodatkowego (pkt 8.6.l.d) IDW), gdy tymczasem zakres wykonywanych robót wskazuje, że można tu mówić wyłącznie o remoncie.

6. Zgodnie z zapisami pkt 1.3.: Użyte w SIWZ terminy mają następujące znaczenie:

(...)

2) „Ustawa Prawo budowlane” - ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. z 2018r., poz. 1202, z późn. zm.)

16) „Budowa”- budowa w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane,

17) „Przebudowa”- przebudowa w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane,

(...)

Odwołując się zatem do definicji wyżej wymienionych pojęć wskazać należy, że pod pojęciem:

1) Budowy - należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego (art. 3 pkt 6 Prawa budowlanego);

2) Przebudowy - należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego (art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego).

Tymczasem w myśl art. 3 pkt 8 Prawa budowlanego „remont” oznacza: wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.

7. Jak przy tym podkreśla się w orzecznictwie sądów administracyjnych: „przebudowa to wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji. Natomiast remont to, zgodnie z art. 3 pkt 8 Prawa budowlanego, wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym. Różnica zatem pomiędzy przebudową a remontem, sprowadza się de facto, do ustalenia, czy na skutek wykonania robót budowlanych dojdzie do zmiany parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego. Zmiana tych cech jest bowiem następstwem prac budowlanych wykonywanych w ramach przebudowy a nie remontu.” (zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 marca 2019r., sygn. akt: I OSK 1365/17, Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych).

8. O tym, że w rzeczywistości roboty budowlane wykonane przez PORR w zakresie nawierzchni torowej w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 132 na odcinku Błotnica Strzelecka - Opole Groszowice” stanowiły remont a nie przebudowę świadczyć więc będzie fakt, że w wyniku tych robót nie doszło, wbrew twierdzeniom PORR, do podwyższenia parametrów technicznych i użytkowych nawierzchni.

Powyższe potwierdza choćby treść decyzji środowiskowej, jaka została wydana na potrzeby realizacji tej inwestycji, gdzie wprost wskazuje się, że inwestycja miała na celu przywrócenie pierwotnych warunków dwutorowej linii kolejowej nr 132. Przywrócenie pierwotnych warunków mieści się przy tym w zakresie pojęcia „odtworzenia stanu pierwotnego”, który cechuje właśnie remont.

Zgodnie bowiem z zapisami decyzji środowiskowej:

Planowana inwestycja ma na celu przywrócenie na odcinku 35 km pierwotnych parametrów dwutorowej linii kolejowej nr 132 tj. jej dostosowanie do prędkości 120 km/h dla pociągów pasażerskich i 70 km/h dla pociągów towarowych. Formalnie linia jest przystosowana do takich prędkości, jednak ze względu na zły stan nawierzchni torowej oraz obiektów inżynierskich wprowadzono liczne ograniczenia prędkości poruszających się pociągów. Prace związane z planowanym przedsięwzięciem prowadzone będą w ramach zajmowanego pasa gruntu o powierzchni około 131 ha. Nie planuje się zmiany sposobu użytkowania terenu w obrębie i w sąsiedztwie linii kolejowej. Zgodnie z informacjami zawartymi w piśmie nr IROS6c-442-38-12 z dnia 25.06.2012r. Spółka PKP Polskie Linie Kolejowe przewiduje, że natężenie ruchu na

przedmiotowym odcinku linii, po zakończeniu prac modernizacyjnych kształtować się będzie na poziomie wskazanym w Kip tj.:

- > pora dzienna 19 pociągów towarowych, 19 osobowych i 8 pośpiesznych,
- > pora nocna: 9 pociągów towarowych, 4 osobowe,

Dowód: Decyzja Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Opolu z dnia 30 sierpnia 2012 r. o środowiskowych uwarunkowaniach na okoliczność wykazania braku zmian parametrów technicznych i użytkowych nawierzchni torowej w wyniku przeprowadzonych przez PORR robót

9. Podobnie, na str. 33 Programu Funkcjonalno- Użytkowego (PFU) tego zadania wskazuje się, że: „Realizacja projektu pozwoli na przywrócenie nacisków na oś wynoszących 221 kN oraz przywrócenie prędkości rozkładowej $V=120$ km/h dla pociągów pasażerskich i 70 km/h dla pociągów towarowych na całym rewitalizowanym odcinku linii (poza miejscami ograniczeń prędkości wynikającymi z uwarunkowań geometrii toru).” - powyższy zapis ponownie wskazuje, że celem robót było odtworzenie stanu pierwotnego a nie stworzenie całkiem nowej jakości. Linia kolejowa nr 132, objęta zadaniem, pierwotnie posiadała bowiem ww. parametry.

Dowód: Program Funkcjonalno - Użytkowy zamówienia 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 na okoliczność wykazania na okoliczność wykazania braku zmian parametrów technicznych i użytkowych nawierzchni torowej w wyniku przeprowadzonych przez PORR robót.

10. Skoro zatem w ramach wskazywanego przez PORR zadania nastąpić miało przywrócenie pierwotnych parametrów nawierzchni torowych a nie ich podwyższenie, to Wykonawca nie mógł wykazywać przedmiotowego zadania celem wykazania niezbędnego doświadczenia polegającego na wykonaniu Budowy lub Przebudowy.

11. W kontekście powyższego szczególną uwagą zwrócić należy na okoliczność, że prace w obrębie toru nr 2, w ramach ww. zadania (na szlakach i stacji Strzelce Opolskie) obejmowały wyłącznie naprawę nawierzchni - wymiana szyn (por. Tabela 1.15 Zestawienie robót - branża torowa). Skoro w PFU literalnie mowa jest o naprawie (a właściwie tylko o wymianie szyn), trudno przyjąć by istniały jakiegokolwiek podstawy do uznania, że oba tory, których dotyczyły roboty na stacji Strzelce Opolskie były poddane przebudowie w zakresie nawierzchni.

12. Rodzaj robót objętych przedmiotowym zadaniem był zresztą przedmiotem dodatkowych wyjaśnień, o które Zamawiający wystąpił do PORR. Pismem z dnia 29 maja 2020

r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp o udzielenie wyjaśnień m.in. w następującym zakresie:

„Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Wykonawca zobowiązany był złożyć wymienione w pkt 1.9. pisma nr IRZR2e-0815-POIIŚ 5.1-14- CE 65 LOT A-90/19 z dnia 8.04.2020 r. dokumenty i oświadczenia.

Zamawiający wymagał aby Wykonawca wskazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał m.in. (...)

a) co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane, każda wykonana w ramach odrębnej umowy, przy czym każda robota budowlana obejmowała swoim zakresem co najmniej Budowę lub Przebudowę nawierzchni torowej na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, gdzie suma długości Budowanych lub Przebudowywanych torów szlakowych i torów głównych zasadniczych wynosiła co najmniej 20 (dwadzieścia) km, przy czym co najmniej 10 (dziesięć) km robót wykonywanych było przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich.

d) Budowa lub Przebudowa co najmniej 1 (jednej) stacji kolejowej, przy czym Budowa lub Przebudowa obejmowała co najmniej 2 (dwa) tory główne zasadnicze i co najmniej 1 (jeden) tor główny dodatkowy wraz z nawierzchnią, podtorzem i odwodnieniem oraz co najmniej 2 (dwa) perony obejmujące co najmniej 3 (trzy) krawędzie peronowe.

Zamawiający nie może stwierdzić spełnienia powyższego warunku z uwagi na rozbieżności pomiędzy Wykazem a referencjami.

W pozycji 1 Wykazu wykazano przebudowę stacji Strzelce Opolskie natomiast z referencji (kompleksowa wymiana nawierzchni na typ) wynika, że był to remont w rozumieniu ustawy Prawo budowlane.

W związku z powyższymi rozbieżnościami, działając na podstawie art. 26 ust. 4 Ustawy wzywam do wyjaśnienia czy roboty wykazane na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku obejmowały swoim zakresem przebudowę czy remont (wymiana) w rozumieniu ustawy Prawo budowlane."

(...)

Zamawiający nie może stwierdzić spełnienia powyższego warunku z uwagi na rozbieżności pomiędzy Wykazem robót budowlanych („Wykaz”) (Pozycja 1 i 2 Wykazu - przebudowa nawierzchni torowej) a treścią Referencji i Protokołem odbioru eksploatacyjnego (odpowiednio kompleksowa wymiana istniejącej nawierzchni na typ i wymiana nawierzchni) z których wynika że był to remont w rozumieniu ustawy Prawo budowlane.

W związku z powyższymi rozbieżnościami, działając na podstawie art. 26 ust. 4 Ustawy wzywam do wyjaśnienia czy roboty wykazane na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku obejmowały swoim zakresem przebudowę czy remont (wymiana) w rozumieniu ustawy Prawo budowlane.”

13 W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca oświadczył, że roboty wykonane w ramach wskazanych inwestycji (w zakresie nawierzchni torowej) stanowiły przebudowę. Co istotne, w szczególności w kontekście stawianego przez Odwołującego zarzutu. PORR wskazywał Zamawiającemu, że w toku realizowanej doszło do podwyższenia parametrów technicznych i użytkowych nawierzchni torowej (nie wskazując jednak, do jakich parametrów tu nawiązuje). Warto przy tym wskazać, odwołując się do argumentów PORR, że powołane powyżej przepisy mówią o podwyższeniu paramentów istniejącego obiektu budowlanego (tu: linii kolejowej¹). Zastosowanie innego materiału do wykonania remontu, w tym materiałów o lepszych właściwościach (bo np. wykonanych w nowszej technologii) nie świadczy jeszcze o tym, że mamy do czynienia z przebudową. Ustalenia wymaga, czy materiały o lepszych właściwościach zostały zastosowane w celu osiągnięcia wyższych parametrów całego obiektu - wyższych od tych, które obiekt miał pierwotnie. Tu z taką sytuacją nie mamy miejsca. Dodatkowo, wskazać należy, że w odpowiedzi na wezwanie PORR zasugerował, że wymiana nawierzchni (1) dotyczyła całego odcinka linii kolejowej objętego zadaniem i (2) może być utożsamiana z wybudowaniem obiektu na nowo. Także i taka sytuacja nie miała tu miejsca. skoro - jak wskazano powyżej - na znacznej części remontowanego odcinka PORR jedynie wymienił szyny (na torze nr 2) a nawet tam, gdzie wymiana nawierzchni była „kompleksowa” (tor 1), roboty w obrębie stacji nie dotyczyły całej konstrukcji toru, a tylko jego nawierzchni (podkłady, przytwierdzenia i szyny). Nie jest to więc sytuacją, którą można porównać do odbudowania (wybudowania na nowo w miejscu poprzednio istniejącego) toru, czy szerszej linii kolejowej.

14. W kontekście powyższego wskazać należy, że całkowicie niezrozumiałe jest stanowisko Zamawiającego w niniejszej sprawie. Zamawiający powziął wątpliwości co do charakteru wykonywanych przez PORR robót na podstawie przedstawionych przez PORR referencji i protokołów oddania obiektów do eksploatacji, które - podobnie jak powyżej wskazana dokumentacja przetargowa - jednoznacznie wskazywała na to, że roboty wykonywane przez PORR były remontem. Wyjaśnienia PORR złożone w tym zakresie miały charakter ogólny (nawet, gdy PORR pisze o zakresie wykonywanych robót posługuje się ogólnikami typu „m.in.”) i opierały się na orzecznictwie sądów administracyjnych nie odnoszącym się do sytuacji, jaka miała miejsce w niniejszej sprawie. Z protokołu postępowania nie wynika także, by Zamawiający tak ogólnie sformułowane wyjaśnienia PORR skonfrontował z dokumentami źródłowymi odnoszącymi się do zakresu wykonywanych robót.

B. Linia kolejowa nr 354 Poznań Główny POD - Chodzież - Piła Główna

15. Podobnie sytuacja wygląda w zakresie ww. zadania, które zostało wskazane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1. lit. a, b IDW. Także w tym przypadku PORR wskazał w Wykazie robót budowlanych, że zadanie to obejmowało przebudowę odpowiednio nawierzchni torowej oraz sieci trakcyjnej, gdy tymczasem zakres robót wykonany na tym zadaniu potwierdza, że był to wyłącznie (na znacznej części odcinka) remont.

16. Zgodnie z zapisami PFU dla tego zadania:

6.2. Nawierzchnia torowa 6.2.1 LOT A

Przewiduje się zachowanie dotychczasowego układu linii w zakresie odcinków jedno- i dwutorowych. linia dwutorowa na odcinku od posterunku odgałęźnego Poznań Główny PoD, od km -0,197 do zdalnie sterowanego posterunku odgałęźnego Oborniki Most w km 25,408, na dalszym odcinku do km 43,300 (km końca odenka objętego przetargiem) linia jednotorowa.

Układ linii kolejowej nr 354 w planie i profilu zaprojektowano jako zbliżony do istniejącego. Na niektórych łukach poziomych przewiduje się nieznaczną korektę ich parametrów geometrycznych, co pozwoli na dostosowanie linii do docelowej prędkości 120 km/h. Przesunięcia poziome osi torów są nieznaczne - z reguły od kilku do kilkunastu centymetrów, nieco większe przesunięcia będą miały miejsce tylko w rejonie głowic stacyjnych przebudowywanych stacji Oborniki Wielkopolskie i Rogoźno Wielkopolskie Szerokość międzytorza na szlakach dwutorowych wynosi 4, 00 m.

Przewiduje się utrzymanie ładowni przy p.o Poznań Strzeszyn przy zachowaniu obecnych uwarunkowań geometrycznych.

Przewiduje się przebudowę posterunku odgałęźnego Suchy Las - zastosowanie rozjazdów o skosie 1:12 i promieniu R-500. co pozwoli na zwiększenie prędkości jazdy pociągów na kierunku zwrotnym (z lub na linię nr 803} z 40 km/h do 60 km/h.

Przebudowie ulegnie stacja Złotniki w celu usytuowania na międzytorzu torów głównych zasadniczych nowego normatywnego peronu wyspowego Zachowana zostanie liczba torów i funkcje ładunkowe stacji przy nieznacznym ograniczeniu układu ładunkowego.

Przebudowie w analogicznym jak poprzednio zakresie ulegnie stacja Wargowo Układ torowy zostanie przystosowany do zabudowy nowego normatywnego peronu wyspowego usytuowanego na międzytorzu torów głównych zasadniczych. Liczba torów zostanie ograniczona o jeden tor główny dodatkowy. Funkcje ładunkowe stacji zostaną zachowane przy nieznacznym ograniczeniu układu ładunkowego

W obrębie posterunku Oborniki Most przewiduje się zmianę w zakresie geometrii dla umożliwienia kursowania pociągów w kierunku zwrotnym z prędkością 100 km/h. Przebudowa stacji Oborniki Wielkopolskie ma na celu przystosowanie układu torów do budowy nowych normatywnych peronów, zwiększenie prędkości jazdy na kierunkach zwrotnych w obrębie stacji do 60 km/h oraz poprawę jej funkcjonalności w zakresie obsługi towarowej

W obrębie przystanku osobowego Oborniki Wlkp. Miasto przewiduje się likwidację części toru nr 2 dla umożliwienia przeniesienia peronu na stronę lewą toru w związku z planowaną przez Gminę realizacją węzła integracyjnego opartego na tym przystanku.

W obrębie p.o. i ładowni Parkowo przewiduje się rozbiórkę zbędnego (niewykorzystywanego) układu ładunkowego, a pozostawienie wyłącznie peronu.

Przebudowie ulegnie stacja Rogoźno Wielkopolskie- Układ torowy zostanie dostosowany

Z treści PFU wynika zatem, że przebudowę stanowiły roboty budowlane wykonane przez PORR tylko w określonych szczegółowo w PFU punktach (głównie w obrębie stacji kolejowych), a nie w obrębie całej nawierzchni torowej na całej linii kolejowej poddanej modernizacji w ramach tego zadania. Wyłączenie z przebudowy odcinków szlakowych (odcinków innych niż wskazano powyżej jako odcinki do przebudowy) powoduje, że długość torów, na których była przebudowywana nawierzchnia jest niewystarczająca do spełnienia warunku 20 km

Podobnie prace wykonane w obrębie sieci trakcyjnej (warunek 8.6.1. lit. b IDW) stanowiły co do zasady remont, a ewentualna budowa lub przebudowa miała charakter punktowy, a zatem nie jest zachowany wymagany przez Zamawiającego zakres prac (20 km sieci). I tak, zgodnie z zapisami PFU tego zadania:

6.8 Sieć trakcyjna i elektroenergetyka nietrakcyjna

Roboty w branży energetyki obejmują:

Zmianę typu sieci trakcyjnej (jej uelastycznienie) umożliwiające jazdę z prędkością 120 km/h po torach szlakowych i głównych zasadniczych stacji. Prace te nie będą stanowić podstawy do dochodzenia roszczeń ze strony Wykonawcy, w szczególności w zakresie zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej lub przedłużenia Czasu na Ukończenie.

Budowa nowej sieci może mieć miejsce w lokalizacjach w których następują istotne zmiany geometryczne układów torowych i wynikać będzie z zakresu przebudowanego układu torowego. W przypadku wymiany konstrukcji bramkowych z wysięgiem przez dwa tory lub konstrukcji „parasolowych” podtrzymujących sieć trakcyjną układów torowych niepoddawanych pracom remontowym, Wykonawca dokona przewieszenia tej sieci trakcyjnej

do nowych konstrukcji i dokona odpowiednich regulacji z wykorzystaniem niezbędnych nowych materiałów. Przebudowa układu sieci trakcyjnej powinna uwzględniać również konieczność przebudowy układu sterowania odłącznikami sieci trakcyjnej w oparciu o „Porozumienie„ o którym mowa w punkcie 5.9.1) i dostosowania do nowych warunków szaf USb-2. Powyższe Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w cenie ofertowej. Prace te nie będą stanowić podstawy do dochodzenia roszczeń ze strony Wykonawcy, w szczególności w zakresie zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej lub przedłużenia Czasu na Ukończenie

Dowód: Program Funkcjonalno- Użytkowy dla zadania Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych „Modernizacja linii kolejowej nr 354 Poznań Główny POD - Chodzież - Piła Główna" w ramach Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2014 - 2020 na okoliczność wykazania zakresu i charakteru robót wykonanych przez Wykonawcę w ramach wyżej wymienionego zadania.

Także więc w tym przypadku informacje podane przez PORR w Wykazie robót budowlanych (Załącznik 7 do IDW) są niezgodne ze stanem rzeczywistym.

17. Wyjaśnienia złożone w tym zakresie przez PORR, podobnie jak wskazano to powyżej, są nieprzekonywujące i ogólne. Także bowiem w tym przypadku Wykonawca konsekwentnie pomija okoliczność, że zakres robót wykonywanych na różnych odcinkach modernizowanej przez niego w ramach tego zadania linii kolejowej był różny. Tymczasem to zakres tych robót jest kluczowy, co potwierdza PORR w swoich wyjaśnieniach, dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z remontem czy przebudową. W tym przypadku okoliczność ta jest kluczowa w kontekście wymaganego w opisie warunku kilometrażu, skoro bowiem w istotnej części zadania zakres robót był zdecydowanie mniejszy niż pokazuje to PORR (był to remont), to do przebudowanego kilometrażu linii nie można wliczyć całego zadania.

18. Mając na uwadze powyższe fakty stwierdzić należy, że jednoznaczne w swej treści oświadczenie PORR zawarte w pkt 1 i 2 wykazu robót budowlanych, było informacją wprowadzającą Zamawiającego w błąd. Umieszczenie przedmiotowej inwestycji w ramach Wykazu robót wprost bowiem wskazuje na jednoznaczne przypisanie sobie przez Wykonawcę kompetencji mających spełniać stawiane przez Zamawiającego warunki udziału w Postępowaniu, których w istocie Wykonawca nie spełnia.

19. Odwołujący wskazuje, że w niniejszej sprawie może być mowa nawet o celowym wprowadzeniu Zamawiającego w błąd. Wskazane powyżej zadania PORR realizował samodzielnie, a zatem miał pełną wiedzę dotyczącą zakresu prac, jakie wykonał. Wykonawca nie musiał posiłkować się informacjami co do zakresu robót pozyskiwanymi od podmiotów trzecich, zamawiających czy ustalać je opierając się na informacjach powszechnie dostępnych np. w Internecie. Roboty były przy tym wykonywane przez PORR zaledwie kilka lat, a nawet miesięcy temu np. zadanie na linii kolejowej nr 354 zakończyło się 12.2019). Okoliczności te potwierdzają, że Wykonawca miał pełną wiedzę co do zakresu wykonywanych robót i skoro ostatecznie zakres ten przedstawił niezgodnie ze stanem rzeczywistym, to okoliczność ta wskazuje na zamierzone działanie, a nie tylko brak wymaganej staranności. Nie sposób przy tym logicznie, w świetle dokumentacji wykonanej dla ww. zadań, wyjaśnić, na jakiej podstawie PORR przypisuje sobie wskazywane doświadczenie, zwłaszcza w kontekście zakresu robót, jakie wykonywane były na stacji kolejowej Strzelce Opolskie, gdzie jednoznacznie wykonywał prace wyłącznie w obrębie dwóch torów a nie trzech, co dodatkowo świadczy o celowym działaniu Wykonawcy. O takim charakterze działań Wykonawcy świadczą również wyjaśnienia złożone przez PORR w toku Postępowania, w których Wykonawca dodatkowo potwierdził niezgodne ze stanem rzeczywistym informacje, zaś opis wykonywanych robót sporządził w taki sposób by wywołać wrażenie, że opis ten dotyczy całego zakresu zadania. Wykonawca pominął w wyjaśnieniach okoliczności dla niego „niewygodne” jak ta, że na torze nr 2 w ramach zadania 1 wymienił tylko szyny na nowe (co z pewnością nie może być uznane za przebudowę). Gdyby Wykonawca działał rzeczywiście w sposób nieumyślny, czy wyłącznie nie dochował wymaganej od niego staranności, to co najmniej po otrzymaniu wezwania do złożenia wyjaśnień winien był ponownie zweryfikować zgodność swoich oświadczeń z rzeczywistością i skorygować swoje wcześniejsze oświadczenia (względnie rzetelnie przedstawić zakres wykonywanych przez siebie robót by Zamawiający mógł samodzielnie ocenić czy odpowiada on definicji „remontu”). Tak się jednak nie stało.

20. Jak podkreśla się w orzecznictwie: „Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. dotyczy wykonawców, którzy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub którzy zataili te informacje lub nie są w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. przede wszystkim dotyczy sytuacji, w której wykonawca oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności. Wprowadzenie w błąd musi przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 czerwca 2019 r., sygn. akt: KIO 1014/19, LEX nr 2711605). Na gruncie przedmiotowej sprawy Wykonawca jednoznacznie oświadczył nieprawdę, składając oświadczenie, w którym oświadczył nieistniejące fakty. Z tego właśnie względu Odwołujący w pierwszej kolejności stawia najdalej idący zarzut dotyczący wprowadzenia przez Wykonawcę (w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu. Tym samym, sankcją, jaką powinien zastosować w takiej sytuacji Zamawiający, jest więc sankcja wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

21. Alternatywnie, w przypadku nie podzielenia twierdzeń Odwołującego odnośnie zamierzonego (lub w wyniku rażącego niedbalstwa) wprowadzenia w błąd Zamawiającego przez PORR, Odwołujący wskazuje, że zachowanie Wykonawcy wypełniało co najmniej znamiona lekkomyślności lub niedbalstwa, w wyniku których PORR przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Profesjonalny charakter podmiotów biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia zobowiązuje do weryfikowania każdej informacji składanej w postępowaniu, jak również takiej jej prezentacji, która nie będzie wprowadzać w błąd Zamawiającego. Informacje podane przez wykonawcę powinny być rzetelne i przedstawiać prawdziwy stan faktyczny. Przepisy Pzp nie przewidują bowiem żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji i nie zawierają obowiązku zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych. Informacje wprowadzające w błąd to informacje nieprawdziwe lub błędne. Znaczenie ma więc różnica pomiędzy stanem faktycznym, a informacjami przedstawionymi przez wykonawcę. Podobnie wygląda sytuacja w przypadku zmanipulowania sposobu przekazu prawdziwych informacji. Wykonawca w takiej sytuacji uważnie dobiera wybrane do przedstawienia informacje lub dokonuje takiego jej przedstawienia by wywołać u zamawiającego wyobrażenie, iż podane przez niego informacje odpowiadają wymaganiom zamawiającego, podczas gdy w rzeczywistości informacja nieprzetworzona w ten sposób przez wykonawcę wskazywałaby na niespełnianie wymagań stawianych w określonym postępowaniu. W związku z tym, że błędne informacje dotyczą warunków udziału w postępowaniu, należy zakładać, że gdyby Zamawiający miał rzetelne informacje w tym zakresie, nie mógłby uznać oferty Wykonawcy za najkorzystniejszą, a zastosowałby sankcję wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp, względnie podjąłby działania mające na celu uzyskanie stosownych wyjaśnień w tym zakresie.

22. Tym samym, minimalną sankcją jaką powinien zastosować w takiej sytuacji Zamawiający była, zdaniem Odwołującego, sankcja wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Dyspozycja wskazanego przepisu powinna być bowiem zastosowana zawsze, gdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, nie wykazując profesjonalizmu wymaganego od uczestnika rynku zamówień publicznych przedstawia informacje niezgodne z rzeczywistością, które mogą mieć wpływ na decyzje podejmowane w ramach postępowania przez zamawiającego. Powołany przepis ma bowiem na celu ochronę uczciwej konkurencji i sprzyja wykonawcom zachowującym należyta staranność w toku przygotowywania się do udziału w procedurze udzielania zamówienia. Podkreślenia przy tym wymaga, iż z treści art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, który wskazuje, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wyływają istotne w kontekście omawianego stanu faktycznego konsekwencje.

23. Po pierwsze dla przypisania wykonawcy odpowiedzialności na podstawie rzezonego przepisu wystarczającym jest możliwość przypisania mu winy nieumyślnej, która zgodnie z nauką prawa cywilnego może przybrać formę lekkomyślności lub niedbalstwa. Działanie lub zaniechanie nieumyślne może być przypisane wykonawcy, który nie dochował należytej staranności. Z kolei zgodnie z definicją zawartą w art. 355 § 1 ustawy Kodeks cywilny (dalej; kc) należyta staranność to staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju. Oznacza to, że dłużnik ma obowiązek zachowywać stosowną pilność, uwagę, ostrożność, zdrowy rozsadek oraz troskę o zrealizowanie swojego zamiaru. Staranność ta wyznacza zatem sposób w jaki dłużnik powinien wykonać zobowiązanie. Przekładając powyższe na analizowany stan faktyczny wskazać należy, że skoro PORR realizował zadanie samodzielnie, był w posiadaniu wszelkich dokumentów niezbędnych do ustalenia rzeczywistego zakresu robót wykonanych, to nieprawidłowe określenie przez Wykonawcę zakresu robót jest działaniem wskazującym co najmniej na niedbalstwo. Za przejaw co najmniej niedbalstwa uznać należy także i tą okoliczność, że PORR nawet w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie podjął trudu dokładnego wyjaśnienia charakteru wykonywanych przez siebie robót, bowiem choćby dochowanie minimalnej staranności winno skutkować ustaleniem okoliczności wskazanych przez Odwołującego powyżej. Odwołujący zakres i charakter wykonywanych przez PORR robót ustalił przede wszystkim na podstawie dokumentacji postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (którą PORR dysponuje lub łatwo może pozyskać z Internetu). W dalszej kolejności Odwołujący weryfikował swoje ustalenia poprzez informacje internetowe (np. artykuły z czasopism branżowych) oraz oględziny, a więc również za pomocą środków łatwo dostępnych Wykonawcy. Zweryfikowanie zakresu i charakteru robót, nawet wykonawcy, który ich nie wykonywał, choć wymagało pewnego zaangażowania czasowego, było relatywnie proste. Z punktu widzenia PORR ustalenia te były jeszcze prostsze, dziwi więc to, że nie zostały poczynione.

24. Po drugie za informacje wprowadzające w błąd zamawiającego uważa się takie informacje, które nie są zgodne z rzeczywistością, istniejącym stanem faktycznym. Są więc to informacje nieprawdziwe, oddające fałszywie stan faktyczny, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający pozostaje w błędzie, czyli ma mylne wyobrażenie o rzeczywistości lub też brak jakiegokolwiek wyobrażenia o niej (taką definicję błędu podaje Z. Radwański [w:] System Prawa Prywatnego, red. Z. Radwański, 1.1, Prawo cywilne - część ogólna, red. M. Safjan, Warszawa 2008, s. 397) (W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII, LEX 2018). Istotna jest sama treść informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło. Przekładając powyższe na analizowany stan faktyczny, wskazać należy, że literalna treść złożonego przez PORR wykazu wykonanych robót budowlanych i wykazu osób (o czym szerzej poniżej sprawiała wrażenie, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, co z kolei determinuje możliwość uzyskania niniejszego zamówienia).
25. Po trzecie, niezgodne z rzeczywistością informacje, którymi posługuje się dany wykonawca powinny być informacjami „mogącymi mieć wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu”, co jak słusznie przypomina się w literaturze przedmiotu oznacza, iż: „(...) nie chodzi tu o istotne decyzje (czyli np. wybór oferty, wykluczenie wykonawcy, odrzucenie oferty itp.) lecz o istotny wpływ na wszelkie decyzje zamawiającego. W dodatku wprowadzające w błąd informacje nie musiały wywrzeć takiego wpływu; wystarczy, że zaistniała potencjalna jego możliwość. Założeniem przepisu jest zapewne wyeliminowanie przypadków, kiedy niezamierzone działanie wykonawcy może zagrażać podejmowaniu właściwych decyzji przez zamawiającego, w szczególności w stosunku do tego wykonawcy” (J Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2018). W kontekście analizowanego stanu faktycznego, ciężko wyobrazić sobie istotniejsze informacje niż decydujące o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Dokonując pewnego uogólnienia, zawsze, choć nie wyłącznie, informacjami mogącymi mieć wpływ na decyzję Zamawiającego podejmowane w toku postępowania będą te, stanowiące podstawę do wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy czy odrzucenia jego oferty.
26. Jak bowiem podkreśla się w orzecznictwie: „Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Zatem jeżeli przystępujący wykonawca przedstawił w złożonych przez siebie oświadczeniach informacje pozostające w sprzeczności z faktami i odwołujący się wykonawca zdołał to wykazać, uznać należy, że przystępujący wykonawca co najmniej wykazał się niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p.” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2020 r., sygn. akt: KIO 27/20, LEX nr 2876369).

II.2. Warunek dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

1.W pkt 8.6.2. IDW Zamawiający określił wymagania dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania przedmiotowego zamówienia, gdzie żądał między innymi wykazania przez wykonawcę, że dysponuje następującymi osobami:

Kierownikiem robót torowych, który:

- a) Powinien posiadać uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych,
- b) Powinien co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego, na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych na robotach związanych z Budową lub Przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie robót torowych

oraz

w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert nabył na etapie realizacji robót co najmniej 12 miesięcy doświadczenia zawodowego na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych w realizacji 1 zadania inwestycyjnego na robotach związanych z Budową lub Przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie robót torowych. Wyżej wymienione zadanie miało obejmować łącznie Budowę lub Przebudowę linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej w zakresie:

- Budowy lub Przebudowy co najmniej 2 szlaków oraz
- Budowy lub Przebudowy co najmniej 1 stacji kolejowej posiadającej co najmniej 2 tory główne zasadnicze, 1 tor główny dodatkowy oraz 3 krawędzie peronowe

2) Kierownikiem robót sterowania ruchem kolejowym który:

- a) Posiadać powinien uprawnienia bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi, których zakres obejmuje urządzenia sterowania ruchem kolejowym,

b) Posiadać co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego, na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym na robotach związanych z Budową lub Przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym oraz w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert nabył co najmniej 12 miesięcy doświadczenia zawodowego na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym w realizacji 1 zadania inwestycyjnego na robotach związanych z Budową lub Przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym, które to roboty prowadzone były na zelektryfikowanej, dwutorowej linii kolejowej, na której zbudowano przekaźnikowe lub komputerowe urządzenia srk;

3) Kierownikiem budowy, który:

a) Posiadać powinien uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych,

b) Posiadać co najmniej 5 doświadczenia zawodowego, na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych na robotach związanych z Budową lub Przebudową infrastruktury kolejowej

oraz

c) w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert nabył na etapie realizacji robót co najmniej 12 miesięcy doświadczenia zawodowego na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych w realizacji 1 zadania inwestycyjnego w zakresie Budowy lub Przebudowy infrastruktury kolejowej w zakresie Budowy lub Przebudowy infrastruktury kolejowej o wartości minimum 150 000 000 zł brutto.

Wyżej wymienione zadanie obejmować miało łącznie Budową lub Przebudową linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej w zakresie:

- Budowy lub Przebudowy co najmniej 2 szlaków kolejowych oraz

 - Budowy lub Przebudowy co najmniej 1 stacji kolejowej.
2. W odpowiedzi na postawione przez Zamawiającego warunki wzięcia udziału w Postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednią kadrą Wykonawca oświadczył, że dysponuje m.in. następującymi osobami, które (według twierdzeń PORR) posiadają niezbędne kwalifikacje. I tak:
- 1) do pełnienia funkcji Kierownika robót torowych Wykonawca wyznaczył Pana L. Ł., który posiadać miał następujące doświadczenie:
- a) Realizacja robót budowlanych w ramach Przetargu ntv - Modernizacja odcinka Jaworzno Szczakowa - Trzebinia (km 1,150 - 0,000 linii nr 134, km 15,810 -v29,110 linii nr 133) w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej E 30, odcinek Zabrze - Katowice -Kraków, etap IIb”,

 - b) 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". Ww. zadanie obejmowało przebudowę linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej w zakresie: przebudowy co najmniej 2 szlaków: Błotnica Strzelecka - Strzelce Opolskie; Szymiszów - Kamień Śląski oraz przebudowy 1 stacji kolejowej Strzelce Opolskie posiadającej co najmniej 2 tory główne zasadnicze, 1 tor główny dodatkowy oraz 3 krawędzie peronowe.
- 2) do pełnienia funkcji Kierownika robót sterowania ruchem kolejowym Wykonawca wyznaczył

Pana J. K., który posiadać miał następujące doświadczenie:

- a) Zaprojektowanie i wykonanie robót dla projektu pn. „Prace na linii kolejowej E30 na odcinku Kędzierzyn Koźle - Opole Zachodnie" w zakresie linii nr 136 od km - 0,206 do km 37,511 oraz linii nr 132 od km 94,281 do km 97,210. Ww. zadanie związane jest z budową i przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym.

- b) Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania "Prace na liniach kolejowych nr 153, 199, 681, 682 oraz 872 na odcinku Toszek Północ - Rudziniec Gliwicki - Stare Koźle" Ww. zadanie związane jest z budową i przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym,
- c) Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej nr 131 Chorzów Batory - Tczew na odcinku Bydgoszcz Główna - Granica IZ Zwiększenie przepustowości wybranych linii kolejowych poprzez optymalizację urządzeń sterowania ruchem kolejowym i układów stacyjnych - linia kolejowa nr 131 odcinek Bydgoszcz - Maksymilianowo Rewitalizacja linii kolejowej nr 131 Chorzów Batory - Tczew, odcinek Bydgoszcz Główna - Tczew Budowa urządzeń komputerowych na szlaku Bydgoszcz - Maksymilianowo i powiązanie z urządzeniami stacyjnymi na stacjach Bydgoszcz i Maksymilianowo. Budowa samoczynnej blokady liniowej na szlaku Bydgoszcz Główna - Maksymilianowo W ramach zadania wykonano przebudowę /budowę infrastruktury kolejowej w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym,
- d) Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 132 na odcinku Błotnica Strzelecka - Opole Groszowice od km 58,600 do km 93,750" W ramach zadania wykonano przebudowę/budowę infrastruktury kolejowej w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym,
- e) Budowa sieci technicznej urządzeń srk, teletechniki i elektroenergetyki kolejowej na odcinku Czempień - Mosina dla zadania - „Projekt i zabudowa urządzeń sterowania ruchem kolejowym oraz urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych na odcinku linii kolejowej E-59 Czempień - Poznań, w ramach projektu POIiŚ 7.1-5.1 „Modernizacja linii kolejowej E59 na odcinku Wrocław - Poznań, Etap III, odcinek Czempień - Poznań" Budowa urządzeń komputerowych srk na szlaku Czempień - Mosina i na stacjach Czempień i Mosina. W ramach zadania wykonano przebudowę/budowę infrastruktury kolejowej w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym. Roboty prowadzone były na zelektryfikowanej, dwutorowej linii kolejowej;
- 3) do pełnienia funkcji Kierownika budowy Wykonawca wyznaczył Pana P. S., który

posiadać miał następujące doświadczenie:

- a) Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych „Modernizacja linii kolejowej nr 354 Poznań Główny POD - Chodzież - Piła Główna” w ramach Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2014 – 2020. Roboty związane z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej. Ww. zadanie obejmowało łącznie Budowę lub Przebudowę linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej w zakresie: Budowy lub Przebudowy co najmniej 2 szlaków kolejowych: Poznań POD - Złotniki, Złotniki - Wargowo, Dziembówko - Piła Główna oraz Budowy lub Przebudowy co najmniej 1 stacji kolejowej Piła Główna. Wartość zadania: 596 550 000,00 PLN brutto,
- b) Zaprojektowanie i wykonanie robót dla Projektu nr POIIS 5.1 19.1 „Poprawa stanu technicznego infrastruktury obsługi podróżnych (w tym dostosowanie do wymagań TSI PRM), Etap I Szczecin Główny”. Roboty związane z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej,
- c) „Wykonanie prac projektowych i robót budowlanych na linii kolejowej nr 281 Oleśnica - Chojnice, prace na stacji Jarocin oraz szlaku Jarocin - Żerków wraz ze stacją Żerków w torze nr 1, w ramach zadania pn.: „Prace na liniach kolejowych nr 281, 766 na odcinku Oleśnica/Lukanów - Krotoszyn - Jarocin - Września - Gniezno”. Roboty związane z przebudową infrastruktury kolejowej,
- d) Wykonanie dokumentacji projektowej i robót budowlanych w ramach zadania pn. „Prace na linii kolejowej nr 272 Kluczbork - Poznań Główny”. Roboty związane z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej,
- e) Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu "Modernizacja linii kolejowej nr 356 Poznań Wschód - Bydgoszcz na terenie województwa wielkopolskiego mającej duże znaczenie w obsłudze połączeń małych miejscowości z aglomeracją poznańską na odcinku Poznań Wschód-Gołańcz - Etap IA" Roboty związane z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej,
- f) Wykonanie robót budowlanych na stacji Kowalów oraz opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych na stacji Godków w ramach zadania pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 273 na odcinku Głogów - Zielona Góra - Rzepin - Dolna Odra”. Roboty związane z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej,
- g) Budowa polegająca na odbudowie toru nr 1 na linii kolejowej nr 540 Łódź Chojny - Łódź Widzew na odcinku od km 0,875 do km 6,818". Roboty związane z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej,

h) „Wykonanie dokumentacji projektowej i robót budowlanych związanych z wymianą nawierzchni na linii kolejowej nr 273 Wrocław Gł. - Szczecin Gł. w torze nr 2 na odcinku Zielona Góra - Czerwieńsk od km 154,901 do km 165,722 wraz z robotami towarzyszącymi w ramach zadania pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 273 na odcinku Głogów - Zielona Góra - Rzepin - Dolna Odra" wraz z robotami uzupełniającymi. Roboty związane z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej.

3. Mając na uwadze inwestycje, jakie Wykonawca wskazał na poparcie doświadczenia, skierowanych do realizacji zadania osób, uznać należy, że Wykonawca ponownie wprowadził w błąd Zamawiającego bowiem:

1) w przypadku doświadczenia Pana L. Ł. Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd, składając oświadczenie, że powołane zadanie: „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 132 na odcinku Błotnica Strzelecka - Opole Groszowice" obejmowało przebudowę (nawierzchni torowej), a nadto, że roboty na stacji Strzelce Opolskie dotyczyły 2 torów głównych zasadniczych, 1 toru głównego dodatkowego, skoro:

a) wyżej wymienione zadanie nie obejmowało wymaganej przez Zamawiającego Budowy bądź Przebudowy nawierzchni torowej - zakres wykonanych przez Wykonawcę robót wskazuje, że był to remont, co oznacza, że Wykonawca nie mógł, posługując się tym zadaniem, wykazać niezbędnego doświadczenia wyznaczonej przez siebie do pełnienia funkcji kierownika robót torowych,

b) zakres prac wykonanych w ramach przedmiotowej inwestycji obejmował wyłącznie tory główne zasadnicze, z wyłączeniem torów dodatkowych, co oznacza, że Wykonawca nie mógł, posługując się tym zadaniem, wykazać niezbędnego doświadczenia wyznaczonej przez siebie do pełnienia funkcji kierownika robót torowych;

W tym zakresie Odwołujący powołuje się na argumentację i dowody przedstawione w pkt II.1 powyżej. Podkreślić należy, że wyeliminowanie ww. zadania z doświadczenia wskazanej osoby powoduje, że osoba ta nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu.

- 2) w przypadku doświadczenia Pana J. K. Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd, składając oświadczenie, że powołane zadanie: „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 132 na odcinku Błotnica Strzelecka - Opole Groszowice od km 58,600 do km 93,750" obejmowało przebudowę/budowę infrastruktury kolejowej w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym, skoro wyżej wymienione zadanie nie pozwalało na zdobycie wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia zawodowego kierownika robót sterowania ruchem kolejowym zdobytego w ramach robót związanych z Budową lub Przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym, bowiem prace w tym zakresie, bowiem wykonane w tym zakresie prace nie obejmowały Budowy bądź Przebudowy urządzeń, a wyłącznie ich remont. Powyższe oznacza, że Wykonawca nie mógł, posługując się tym zadaniem, wykazać niezbędnego doświadczenia wyznaczonej przez siebie do pełnienia funkcji kierownika robót sterowania ruchem kolejowym;

W tym zakresie Odwołujący powołuje się na argumentację i dowody przedstawione w pkt II.1 powyżej, z których wynika, że wykonawca zadania miał przywrócić parametry linii kolejowej (remont), a nie je podwyższać.

Linia kolejowa nr 273 Wrocław GL - Szczecin GL jest linią dwutorową, zelektryfikowaną, magistralną, znaczenia państwowego. Zlokalizowana jest w województwach dolnośląskim, lubuskim i zachodniopomorskim. Na planowanym do modernizacji szlaku Zielona Góra - Czerwieńsk w torze nr 2 ze względu na zły stan toru obniżono prędkość rozkładową ze 100 km/h do 30km/h.

Na modernizowanym odcinku nawierzchnię stanowią szyny UIC 60, tor bezstykowy, podkłady drewniane, podsypka tłuczniowa grubości 25 cm.

Planowane do uzyskania efekty w wyniku realizacji zadania:

- przywrócenie ruchu po torze nr 2 z prędkością $V=100$ km/h,
- skrócenie czasu jazdy o 12 minut,
- przywrócenie pełnej przepustowości linii kolejowej

- poprawa bezpieczeństwa,
- likwidacja ograniczeń prędkości jazdy pociągów,
- utrzymanie parametrów eksploatacyjnych linii i zmniejszenie kosztów utrzymania infrastruktury,
- poprawa oferty przewozowej dla przewozów towarowych i pasażerskich,

Dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia pod nazwą: Wykonanie dokumentacji projektowej i robót budowlanych związanych z wymianą nawierzchni na linii kolejowej 273 Wrocław Gł. - Szczecin Gł. w torze nr 2 na odcinku Zielona Góra - Czerwieńsk od km 154,901 do km 165,722 wraz z robotami towarzyszącymi w ramach zadania pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 273 na odcinku Głogów - Zielona Góra - Rzepin - Dolna Odra na okoliczność rodzaju i zakresu prac objętych zadaniem, (str. 4 SIWZ).

Powyższe oznacza, że Wykonawca nie mógł, posługując się tym zadaniem, wykazać niezbędnego doświadczenia wyznaczonej przez siebie do pełnienia funkcji kierownika robót sterowania ruchem kolejowym.

4. Konsekwencją tego, że zakres zadań wskazanych w ust. 3 powyżej nie odpowiada wymaganiom postawionym przez Zamawiającego, jest konieczność ich pominięcia przy ocenie doświadczenia poszczególnych osób, co wpływa również na ocenę długości wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia poszczególnych osób, która zdaniem Odwołującego, również nie spełnia minimalnych wymogów zawartych w IDW. I tak:

- 1) w przypadku Pana L. Ł. - w sytuacji pominięcia zadania pod nazwą: „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 132 na odcinku Błotnica Strzelecka - Opole Groszowice"- na dzień składania ofert tj. na dzień 23 września 2019 r. nie spełniał on warunku posiadania 3 lat doświadczenia zawodowego a jedynie 2,5 roku, a także nie można uznać, że w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert nabył na etapie realizacji robót co najmniej 12 miesięcy doświadczenia zawodowego na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych w realizacji 1 zadania inwestycyjnego na robotach związanych z budową lub przebudowa infrastruktury kolejowej w zakresie robót torowych,

2) w przypadku Pana P. S. - w sytuacji pominięcia zadania pod nazwą: „Wykonanie dokumentacji projektowej i robót budowlanych związanych z wymianą nawierzchni na linii kolejowej 273 Wrocław Gł. - Szczecin Gł. W torze nr 2 na odcinku Zielona Góra - Czerwieńsk od km 154,901 do km 165,722 wraz z robotami towarzyszącymi w ramach zadania pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 273 na odcinku Głogów - Zielona Góra - Rzepin - Dolna Odra” - na dzień składania ofert tj. na dzień 23 września 2019 r. nie spełniał on warunku posiadania 5 lat doświadczenia zawodowego dotyczącego robót budowlanych związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej.

Odwołujący w tym miejscu powołuje się na argumentację prawną (i faktyczną) powołaną w pkt II. 1 powyżej wskazującą na możliwość przypisania PORR wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co winno skutkować wykluczeniem tego Wykonawcy z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp lub art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Odwołujący wskazuje przy tym, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby informacji nieprawdziwych, wprowadzających Zamawiającego w błąd nie można zastąpić, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, informacjami prawdziwymi. Wskazany przepis nie może więc znaleźć zastosowania w niniejszej sprawie.

III. Brak przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu.

1. Odwołujący kwestionuje również fakt prawidłowego wykazania przez Wykonawcę należytego wykonania robót w ramach zadania pod nazwą: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych „Modernizacja linii kolejowej nr 354 Poznań Główny POD - Chodzież - Piła Główna” w ramach Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2014 - 2020”,
2. Zgodnie z pkt 8.6.1. IDW ocena spełniania warunku w zakresie doświadczenia Wykonawcy miała nastąpić na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów i oświadczeń, o których mowa w punkcie 9 IDW.
3. I tak, zgodnie z pkt 9.7.1 i 2 wykonawcy zobowiązani byli dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu przedłożyć:

1) wykaz robót budowlanych, wykonanych nie wcześniej niż w okresie 5 ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie (według wzoru stanowiącego Załącznik nr 7 do IDW);

2) dowody określające, czy roboty budowlane wymienione w wykazie zostały wykonane należycie, zawierające w szczególności informacje o tym, czy roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane.

4. Zamawiający w ślad za przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców wymagał zarówno potwierdzenia, że dane roboty zostały wykonane - ukończone, jak i że ich wykonanie jest należyte - zgodne z przepisami prawa budowlanego, prawidłowe.

5. W ocenie Odwołującego nie każdy jednak dokument, choćby został wystawiony przez właściwy podmiot (zamawiającego), będzie automatycznie potwierdzał należyte wykonanie robót. Zamawiający winien jest przy tym każdorazowo przeanalizować treść dokumentu i dokonać oceny, czy po pierwsze dokument ten potwierdza wymagane przepisami okoliczności (w szczególności prawidłowe ukończenie robót i ich wykonanie zgodnie z przepisami prawa budowlanego), ale także, czy w danych okolicznościach zamawiający mógł potwierdzić takie okoliczności (w szczególności czy pozwalała mu na to łącząca go z wykonawcą umowa). Przedkładany przez wykonawcę dokument winien być więc dokładnie analizowany pod kątem jego treści, ale także okoliczności, w jakich został wystawiony z uwzględnieniem celu, w jakim został przedłożony.

6. Na potwierdzenie należytego wykonania robót w ramach zadania pod nazwą: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych „Modernizacja linii kolejowej nr 354 Poznań Główny POD - Chodzież - Piła Główna” w ramach Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2014 - 2020” Wykonawca przedłożył następujące dokumenty:

1) Protokół nr 8/11/2017 z dnia 30.11.2017 r. Odbioru Technicznego Robót;

2) Protokół nr 1 z dnia 1.12.2017 r. Odbioru Eksploatacyjnego;

3) Protokół nr I/U/17 z dnia 5.12.2017 r. Odbioru Technicznego Usunięcia Usterek.

7. Podkreślić przy tym należy, że zakończenie realizacji całości umowy nastąpiło - zgodnie z oświadczeniem PORR zawartym w Wykazie robót budowlanych - dopiero w grudniu 2019 r. Wyżej wymienione protokoły zostały zatem wystawione przed zakończeniem wykonywania przez wykonawcę całości robót składających się na przedmiot umowy.

8. W kontekście przedmiotowego zarzutu należy zwrócić uwagę, że zadanie to było realizowane w formule „projektuj i buduj” - tzw. „żółty FIDIC”. Powyższe jest o tyle istotne, że warunki kontaktowe FIDIC jasno wskazują, że potwierdzenie należytego wykonania robót budowlanych może nastąpić dopiero po odbiorze końcowym tych robót lub ich wydzielonego odcinka bądź po wystawieniu Świadectwa Przejęcia robót lub ich wydzielonego odcinka. Na potwierdzenie powyższego stanowiska można przywołać treść subklauzuli 10.1., zgodnie z którą: Roboty będą przejęte przez Zamawiającego kiedy:
 - a) Roboty zostaną ukończone zgodnie Kontraktem, co zostanie potwierdzone protokołem Odbioru końcowego, z wyjątkiem tego, co zostało dozwolone w pkt (i) (wystawienie Świadectwa Przejęcia z pominięciem drobnych prac zaległych i wad, które nie mają wpływu na użycie Robót lub Odcinka do przeznaczonego im celu),
 - b) Świadectwo Przejęcia dla Robót zostanie wystawione lub będzie się uważało, że zostało wystawione zgodnie z tą Subklauzulą.

9. Umowa nie przewidywała więc możliwości dokonania odbiorów częściowych robót tylko jednej branży wykonanych na danym odcinku.

10. Powyższe jednoznacznie więc potwierdza, od jakiego momentu możliwe jest potwierdzenie prawidłowości wykonania robót i z całą pewnością nie może to nastąpić na podstawie protokołów odbioru technicznego robót bądź protokołów odbioru eksploatacyjnego. Dopiero bowiem wykonanie całości robót może stanowić podstawę oceny należytego wykonania jej poszczególnych etapów, co ma szczególne znaczenie w kontekście infrastruktury kolejowej, gdzie nie jest możliwe oddzielenie i ocena poszczególnych elementów infrastruktury kolejowej.

11. Godzi się przy tym zauważyć, że na gruncie orzecznictwa wydawanego przez sądy powszechne w sprawach z zakresu robót budowlanych nie wyklucza się możliwości kwestionowania jakości robót budowlanych wykonanych przez wykonawcę, pomimo podpisania częściowych protokołów odbioru robót. Ostateczne rozliczenie zamawiającego z wykonawcą będzie bowiem następowało zawsze w protokole końcowym odbioru robót. Z tego też względu posługiwanie się dokumentami wystawionymi na tak wczesnym etapie realizacji inwestycji nie może potwierdzać należytego wykonania robót. Na powyższy kierunek wskazuje choćby treść uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2014 r., który choć odnosi się przede wszystkim do kwestii rozliczeń stron, to jednak również porusza kwestię znaczenia informacji zawartych w protokołach częściowego odbioru robót. I tak: „Zgodnie z powołanymi orzeczeniami Sądu Najwyższego nie można częściowego rozliczenia robót dokonywanego po oddaniu części robót w rozumieniu art. 654 k.c. traktować, jako wygaśnięcia zobowiązania w tej części. Przyjmowanie kolejnych części budynku (obiektu budowlanego) nie ma charakteru ostatecznego, z tego względu, że zawsze konieczna jest późniejsza ocena całego, gotowego już rezultatu robót budowlanych. Zapłata wynagrodzenia za roboty budowlane ma zawsze charakter świadczenia jednorazowego, a więc także wtedy, gdy jego zapłata następuje częściami, w związku z przyjmowaniem kolejnych części robót budowlanych”, (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2014 r., sygn. akt: II CSK 645/13, LEX nr 1604630).

12. Protokoły odbiorów technicznych i eksploatacyjnych, które wobec zapisów umowy nie mogą nawet zostać uznane za protokoły odbiorów częściowych, nie oznaczają więc zakończenia wykonywania robót przez wykonawcę i przejścia przez niego do etapu odpowiedzialności za wykonane roboty na zasadach rękojmi i gwarancji. Dokumenty te mają charakter tymczasowy i co najwyżej mają służyć przywróceniu na modernizowanych czy remontowanych odcinkach ruchu kolejowego - ruchu tymczasowego, uwzględniającego ograniczenia związane z tym, że na danym odcinku nadal wykonywane są roboty budowlane.

13. Warto więc w tym miejscu podkreślić, że odbiór eksploatacyjny umożliwia jedynie oddanie części robót do wstępnej eksploatacji, czyli takiej, która nie wymaga osiągnięcia wszelkich wymaganych umową parametrów. Dopiero po zakończeniu wszystkich robót na danym odcinku robót jest możliwe przystąpienie do odbioru końcowego robót, który ostatecznie pozwoli na potwierdzenie przez zamawiającego, czy wykonane w ramach danego zadania roboty zostały prawidłowo ukończone i czy spełniają oczekiwane przez zamawiającego parametry.

14. W konsekwencji dokumenty przedstawione przez PORR nie tylko nie mogą potwierdzać faktu wykonania robót, ale przede wszystkim jakości ich wykonania (prawidłowości, zgodności z wymogami prawa i umowy). Oba te elementy pozostają w ścisłym związku, tj. jakość wykonanych robót nie może być oceniana, jeśli roboty nie zostały wykonane, przy czym zgodnie z umowami zawieranymi z PKP PLK S.A. owa jakość odnoszona jest nie tylko do spełnienia wymogów technicznych przy wykonywaniu określonych robót (co wstępnie weryfikowane jest odbiorami technicznymi), ale również osiągnięcia wymaganych umową parametrów, co z kolei musi zostać wykazane stosowanymi badaniami i dokumentacją powykonawczą, która wykonywana jest na etapie dokonywania odbiorów końcowych. Nawierzchnia kolejowa czy sieć trakcyjna wykonana poprawnie technicznie będzie z punktu widzenia zamawiającego nieużyteczna, jeśli nie zostaną osiągnięte zakładane parametry i odcinek linii nie będzie mógł być użytkowany zgodnie z przepisami prawa (w tym w sposób bezpieczny dla użytkowników).
15. Wobec powyższego Wykonawca nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a w związku z tym Zamawiający powinien go wykluczyć z udziału w Postępowaniu.

Mając na względzie wszystkie powyższe okoliczności, niniejsze odwołanie uznać należy za konieczne i zasadne.

Do odwołania załączono dowody wskazane w treści odwołania.

ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO NA ODWOŁANIE – pismo z dnia 10.08.2020r.

Działając w oparciu o przepis art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843) dalej: „Pzp”, w odniesieniu do zarzutów przedstawionych w odwołaniu z dnia 19 czerwca 2020 r., sprawa o Sygn. akt KIO 1351/20 (dalej jako: „Odwołanie”), wniesionym przez Budimex S.A.(dalej jako: „Odwołujący”), na mocy udzielonego pełnomocnictwa w imieniu Zamawiającego, niniejszym wnoszę odpowiedź na odwołanie wnosząc o;

1. oddalenie Odwołania w całości,
2. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

UZASADNIENIE

I. Zarzuty odwołania

1. Wniesionym odwołaniem odwołujący zarzucił zamawiającemu:

I. Zarzuty odwołania

1. Wniesionym odwołaniem odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1.1. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia PORR z postępowania w sytuacji gdy wykonawca, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu;

1.2. względnie (na wypadek niemożności przypisania wykonawcy działania w sposób zamierzony lub w wyniku rażącego niedbalstwa) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia PORR z postępowania w sytuacji, gdy wykonawca, co najmniej w wyniku niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego co do posiadanego przez wykonawcę doświadczenia i dysponowania przez niego wymaganymi przez zamawiającego osobami, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;

1.3. względnie (na wypadek niemożności stwierdzenia, że wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd) naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 25 ust. 1 Pzp i art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wezwania PORR do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie i ukończenie przez niego robót budowlanych przedstawionych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy dokumenty przedstawione przez wykonawcę okoliczności tych nie potwierdzały.

2. W odniesieniu do powyżej przedstawionych zarzutów zamawiający wnosi o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego - argumentacja przyjęta przez odwołującego prowadzi do nieuprawnionych wniosków oraz nakładałaby na zamawiającego konieczność dokonywania czynności w sposób niezgodny z przepisami Pzp, co zostanie w sposób szczegółowy wykazane poniżej w treści niniejszej odpowiedzi na odwołanie.
3. W celu usystematyzowania podnoszonych przez strony argumentów Zamawiający na potrzeby niniejszej odpowiedzi na odwołanie przyjął kolejność poszczególnych elementów oraz nomenklaturę tożsamą z przyjętą w odwołaniu.

II. Uwagi ogólne

1. Zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie dotyczące Opracowania dokumentacji projektowej oraz realizację robót budowlanych w formule „Projektuj i Buduj” dla zadania pn. LOTA - Prace na linii kolejowej 131 na odcinku Chorzów Batory (km 5,900) - Nakło Śląskie (km 29,000) w ramach projektu POIiŚ 51-14 pn. „Prace na linii kolejowej C-E 65 na odc. Chorzów Batory - Tamowskie Góry - Karsznice - Inowrocław - Bydgoszcz - Maksymilianowo” (nr referencyjny: 9090/1RZR2/14477/03900/19/P).
2. Pismem z dnia 14 lutego 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, za jaką pierwotnie Zamawiający uznał ofertę nr 1 złożoną przez Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o.
3. Pismem z dnia 9 czerwca 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, że w wyniku ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez PORR. Oferta Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. została odrzucona, a oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.
4. Zarzuty odwołującego dotyczą w głównej mierze wprowadzenia w błąd zamawiającego, co do posiadanego przez PORR doświadczenia w realizacji wskazanych w odwołaniu projektów.
5. W ocenie zamawiającego, argumentacja odwołującego w żadnym stopniu nie zasługuje na uwzględnienie, co zostanie wykazane poniżej w treści uzasadnienia niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

III. Wprowadzenie w błąd

1. Zamawiający wskazuje, iż odnosząc się do przywołanego w uzasadnieniu stanowiska odwołującego, w zakresie dotyczącym wprowadzenia w błąd, co do posiadanego przez PORR doświadczenia, nie sposób zgodzić się z prezentowaną przez odwołującego argumentacją.
2. W odniesieniu do wskazanej przez PORR na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu realizacji linii kolejowej nr 132 Błotnica Strzelecka — Opole Groszowice, odwołujący wskazał, iż Informacje podane przez PORR są niezgodne ze stanem faktycznym (wprowadzające w błąd), bowiem:
 - a zakres prac wykonanych w ramach przedmiotowej inwestycji obejmował wyłącznie tory główne zasadnicze, z wyłączeniem torów dodatkowych co oznacza, że wykonawca nie mógł posługując się tym zadaniem, wykazać spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1. lit. d IDW,
 - b wskazane przez PORR zadanie nie obejmowało wymaganej przez zamawiającego budowy bądź przebudowy nawierzchni torowej - zakres wykonanych przez wykonawcę robót wskazuje, że był to remont tej nawierzchni co oznacza, że wykonawca nie mógł posługując się tym zadaniem, wykazać spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1. lit. a i d IDW.
3. W ocenie odwołującego zakres robót wykonanych - w ramach wskazanego powyżej zadania na stacji kolejowej Strzelce Opolskie obejmował prace wyłącznie na dwóch torach zasadniczych, a nie jak oświadczył PORR i jak wymagał tego zamawiający, na dwóch torach zasadniczych i co najmniej jednym dodatkowym.
4. Odwołujący na potwierdzenie powyższego przywołał postanowienia PFU twierdząc, że dokument ten nie wspomina o większej liczbie torów objętych robotami niż tory 1 i 2 (tory zasadnicze). W jego ocenie PORR wykonywał prace wyłącznie na dwóch, a nie na trzech torach (zasadniczych i jednym dodatkowym), a nadto wykonywane przez niego roboty nie obejmowały w obrębie stacji podtorzy.

5. Co więcej, w ocenie odwołującego powyższa realizacja stanowiła remont, a nie przebudowę. Według odwołującego prace w obrębie toru nr 2, w ramach ww. zadania (na szlakach i stacji Strzelce Opolskie) obejmowały wyłącznie naprawę nawierzchni - wymiana szyn (por. Tabela 1.15 Zestawienie robót — branża torowa). Skoro w PFU literalnie mowa jest o naprawie (a właściwie tylko o wymianie szyn), trudno przyjąć by istniały jakiegokolwiek podstawy do uznania, że oba tory, których dotyczyły roboty na stacji Strzelce Opolskie były poddane przebudowie w zakresie nawierzchni.
6. Należy wskazać, iż zamawiający w toku postępowania zwrócił się do wykonawcy PORR o wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy Wykazem robót budowlanych („Wykaz”) (Pozycja 1 i 2 Wykazu — przebudowa nawierzchni torowej), a treścią Referencji i Protokołem odbioru eksploatacyjnego. Wykonawca PORR złożył stosowane wyjaśnienia, które spotkały się z aprobatą zamawiającego.
7. Niemniej niezależnie od złożonych wyjaśnień zamawiający zweryfikował, czy wskazana przez wykonawcę PORR realizacja faktycznie spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 8.6.1 a) IDW.
8. Z ustaleń zamawiającego wynika, iż wykonawca PORR wykonał następujący zakres prac: przebudowę nawierzchni kolejowej w torze nr 1 i 2 na odcinku od km 58,600 do 93.750. polegającą na zastosowaniu materiałów o lepszych parametrach techniczno - użytkowych takich jak: podkłady strunobetonowe PS - 94, szyny 60E1 spawane lub zgrzewane oraz zwiększenia grubości podsypki tłuczniowej z 0,30 m do 0,35 m. Dokonano też zmiany położenia torów celem dostosowania ich geometrii do podwyższonej prędkości V_{max} -120km/h.
9. Dowodami na wykonanie powyższych robót są następujące protokoły: protokół nr OI/T/2015 z dnia 17.06.2015 r.; protokół nr 02/T/2015 z dnia 17.06.2015 r.; protokół nr 03/T/2015 z dnia 17.06.2015 r.; korekta protokołu nr OI/T/2015 z dnia 07.10.2015 r.
10. W wyniku powyższych prac podniesiono na tym odcinku linii kolejowej nr 132 w torze nr 1 i 2 prędkość maksymalną pociągów z 80 km/h na 120 km/h.

Dowód: wyciąg z ZMIPEL na dzień 31.12.2012 r. - prędkość maksymalna dla wagonów osobowych ($V_{max P}$); wyciąg z ZMIPEL na dzień 01.01.2016 r. - prędkość maksymalna dla wagonów osobowych ($V_{max P}$).

11. Wskazana przez odwołującego prędkość 120 km/h dotyczy prędkości konstrukcyjnej wskazanej w Instrukcji Id-12 „Wykaz linii” dla całej linii kolejowej nr 132. Zgodnie z §13 ust.4 Rozporządzenia MTiGM z dnia 10 września 1998r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie; (Dz. U. 1998 nr 151 poz. 987 z późn. zm.) linię kolejową uznaje się za przystosowaną do danej prędkości konstrukcyjnej, jeżeli na co najmniej połowie jej długości układ geometryczny, nawierzchnia, podtorze, obiekty inżynieryjne oraz urządzenia sterowania ruchem są przystosowane do ruchu pociągów z daną prędkością. Na odcinku linii kolejowej nr 132 objętej przedmiotowym zadaniem tj. Błotnica Strzelecka - Opole Groszowice maksymalna prędkość przed rozpoczęciem prac ze względu na istniejące obiekty inżynieryjne oraz warunki utrzymaniowe linii wynosiła 80 km/h - świadczą o tym zapisy w PFU pkt 1.1. „Opis linii” Tabele: 1.1; 1.2; 1.3. Dopiero W wyniku przeprowadzonych prac podniesiono prędkość do 120 km/h. co według zamawiającego świadczy o przebudowie linii.

12. Zamawiający zweryfikował także zakres wykonanych prac, pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 8.6.1 d) IDW. Według ustaleń Zamawiającego Wykonawca PORR w stacji Strzelce Opolskie wykonał następujące prace:
 - a. przebudowa rozjazdów zwyczajnych nr 1, 2, 3, 7, 63;

 - b. przebudowa rozjazdów krzyżowych nr 4, 62;

 - c. przebudowa skrzyżowania torów ST1, ST2 wraz z wykonaniem prac podtorzowych i zastosowaniu materiałów o lepszych parametrach techniczno - użytkowych takich jak: podrozjazdnice strunobetonowe lub z drewna twardego, nawierzchnia stalowa 60E1 spawana lub zgrzewana, przytwierdzenie sprężyste Sk112 oraz zwiększenia grubości podsypki tłuczniowej z 0,30 m do 0,35 m. Dokonano też zmiany położenia rozjazdów celem dostosowania ich geometrii do podwyższonej prędkości.

13. Dowodami na wykonanie powyższych robót są następujące protokoły:
 - a. protokół nr 03/T/2015 z dnia 17.06.2015 r. - rozjazdy;

 - b. protokół nr 04/T/2015 z dnia 17.06.2015 r. — podtorze.

14. Wykonawca PORR przebudował perony nr 1, 2 i 3. Prace polegały na rozebraniu starych peronów (o wys. 0,30 m) i budowie nowych peronów (o wys. 0,55m).
15. Po wykonaniu nowych peronów dokonano zmiany położenia torów głównych zasadniczych nr 1 i 2 oraz torów głównych dodatkowych nr 3, 5 i 7.
16. Zmiana położenia torów nr 1 i 2 wynikała z dostosowania geometrii tych torów do zwiększonej prędkości V_{max} 120 km/h i wymaganej skrajni budowl peronów.
17. Zmiana położenia torów nr 3, 5 i 7 wynikała z dostosowania geometrii tych torów do wymaganej skrajni budowl nowych peronów. Zmiana geometrii torów nr 1 i 2 z powodu dostosowania do prędkości V_{max} 120 km/h rozjazdów nr 1,2,3,4, 7, ST1 i ST 2 wymusiła zmianę położenia rozjazdów nr 8,10,47,56,57,58 i toru nr 3.
18. Dowodami na wykonanie powyższych robót są:

protokół nr 01/MA/2015 z dnia 16.06.2015r. — perony i mała architektura; schemat stacji Strzelce Opolskie z zaznaczonym przebiegiem linii kolejowych; plany przebudowy peronów wraz z przebudową torów na stacji Strzelce Opolskie.
19. W wyniku prowadzonych robót budowlanych doszło do zmiany (podwyższenia) parametrów użytkowych i technicznych istniejącego obiektu budowlanego. W ocenie zamawiającego zakres wykonanych prac należy zakwalifikować jako przebudowę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r. poz. 1086 ze zm.), dalej: Prawo budowlane.
20. Zgodnie z art. 3 pkt 7a) Prawa budowlanego przez przebudowę - należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego;

21. Z kolei art. 3 pkt 8) Prawa budowlanego stanowi, że przez remont - należy rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.
22. Zestawienie powyższych definicji oraz zakresu wykonanych prac w ramach kwestionowanej realizacji, jednoznacznie wskazuje, iż przedmiotową realizację należy zakwalifikować jako przebudowę w rozumieniu Prawa budowlanego.
23. Co więcej, niektóre elementy zrealizowanego zamówienia (określone poniżej) wskazują wprost, iż zakres prac dotyczył także budowy w rozumieniu art. 3 pkt 6 Prawa budowlanego. Zgodnie z definicją budowy należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego.
24. W treści PFU brak jest jednoznacznego określenia robót na torach głównych dodatkowych na wszystkich stacjach. Jedyne informacje odnośnie torów głównych dodatkowych na stacjach, w tym na stacji Strzelce Opolskie zawarte są w pkt 1.2.6 PFU „Perony, wiaty, przejścia podziemne”, Tabela 1.14 „Zestawienie i charakterystyka peronów”, pozycja 3 (tor główny zasadniczy - tor nr 1 oraz tor główny dodatkowy - tor nr 3), oraz w pkt 1.3.2 PFU „Zadanie 2 - przystosowanie peronów do potrzeb osób niepełnosprawnych wraz z dojazdami do peronów oraz ich odwodnieniem i oświetleniem”, Tabela 1.17 „Zakres robót na peronach i wiatkach”, pozycja 3 (tor główny zasadniczy - tor nr 1 oraz tor główny dodatkowy - tor nr 3).
25. Ponadto następujący zapis w pkt 2.1.4 PFU „Perony i wiaty”: „Ewentualna korekta niwelety torów na długości peronów, z uwagi na przejazdy kolejowe i obiekty inżynieryjne podlegałyby w każdym przypadku osobnej analizie” wskazuje na potrzebę przebudowy torów głównych zasadniczych i torów głównych dodatkowych ze względu na osiągnięcie wymaganej skrajni budowli.
26. Pomimo, że w treści PFU nie użyto sformułowania „budowa/przebudowa” infrastruktury linii kolejowej nr 132, to jednak z charakteru wykonywanych robót wynika, że na linii kolejowej nr 132 na odcinku Błotnica Strzelecka - Opole Groszowice miała miejsce przebudowa infrastruktury kolejowej (nawierzchnia, sieć trakcyjna, urządzenia srk). Co istotne w protokołach odbiorów końcowych branżowych wskazanych poniżej:

- a. Nr OI/T/2015 z dnia 17.06.2015 r. - nawierzchnia torowa tor nr 1;
 - b. Nr 02/T/2015 z dnia 17.06.2015 r. - nawierzchnia torowa tor nr 2;
 - c. korekta protokołu Nr OI/T/2015 z dnia 07.10.2015 r. - nawierzchnia torowa tor nr 1, zawarte są *expressis verbis* zapisy dotyczące przebudowy nawierzchni kolejowej w torze nr 1 i nr 2 na odcinku od km 58 600 do km 93 750 polegające na zastosowaniu materiałów o lepszych parametrach techniczno - użytkowych takich jak: podkłady strunobetonowe PS- 94, szyny 60E1. spawane lub zgrzewane oraz zwiększenia grubości podsypki tłuczniowej z 0,30 m do 0,35 m.
27. W protokole Nr 03/T/2015 z dnia 17.06.2015 r. - nawierzchnia torowa rozjazdy - w celu określenia wykonywanych robót użyto wprawdzie słowa „wymiana”, ale roboty te w ocenie zamawiającego należy także traktować, jako przebudowę w rozumieniu Prawa budowlanego.

28. Niezależnie od powyższego zauważyć należy, iż ocena czy kwestionowana realizacja (ta sama, która jest przedmiotem zarzutów złożonego odwołania) dotyczyła dwóch torów zasadniczych i dwóch torów dodatkowych, była przedmiotem oceny Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 26 października 2015 r. Sygn. akt KIO 2187/15, KIO 2204/15. Dla przypomnienia wskazać należy, iż w postępowaniu prowadzonym w 2015 r. warunki udziału w postępowaniu determinowały wykonawców do wykazania się doświadczeniem w realizacji prac na dwóch torach zasadniczych i dwóch torach dodatkowych. Należy także wskazać, iż w przywołanej wyżej sprawie odwołujący występował w roli przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wówczas w uzasadnieniu odwołania (analogicznie, jak w obecnym odwołaniu) wskazywano, 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. (...)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”.
29. Z uzasadnienia powyższego wyroku wynika, iż „Zamawiający przytoczył treść warunku (1.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)

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 wymiany rozjazdów, budowy peronów, przebudowy odwodnienia, czy zabudowy bramek dla sieci trakcyjnej. Zatem zakres ten odpowiadał postawionemu w Ogłoszeniu wymogowi.”

30. Izba zaś zważyła, 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 (...) 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 115, 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 2015r.), 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”.

31. W świetle powyższego nie sposób zatem uznać, iż informacje przekazane przez odwołującego na temat realizacji zamówienia dotyczącego linii kolejowej nr 132 Błotnica Strzelecka - Opole Groszowice są niezgodne ze stanem faktycznym, co w rezultacie zaprzecza możliwości wprowadzenia w błąd zamawiającego.

32. Wykonawca PORR mógł zatem posługując się tym zadaniem (doświadczeniem), wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1. lit. d Wskazane przez PORR zadanie obejmowało budowę oraz przebudowę nawierzchni torowej, co oznacza, że Wykonawca mógł, posługując się tym zadaniem, wykazać spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1. lit. a i d IDW.

Linia nr 354 Poznań Główny POD - Chodzież — Piła Główna

33. W ocenie Odwołującego podobnie sytuacja wygląda w zakresie ww. zadania, które zostało wskazane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1. lit. a, b IDW. Odwołujący podkreślił, iż w tym przypadku PORR wskazał w Wykazie robót budowlanych, że zadanie to obejmowało przebudowę odpowiednio nawierzchni torowej oraz sieci trakcyjnej, gdy tymczasem zakres robót wykonanych na tym zadaniu potwierdza, że był to wyłącznie (na znacznej części odcinka) remont.

34. Zdaniem odwołującego oświadczenie PORR zawarte w pkt 1 i 2 wykazu robót budowlanych, było informacją wprowadzającą zamawiającego w błąd. Umieszczenie przedmiotowej inwestycji w ramach Wykazu robót wprost bowiem wskazuje na jednoznaczne przypisanie sobie przez wykonawcę kompetencji mających spełniać stawiane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, których w istocie wykonawca nie spełnia.

35. Z powyższym nie sposób się zgodzić, gdyż wykonawca faktycznie wykonał przebudowę nawierzchni torowej w torze nr 1 i nr 2 polegającą na zastosowaniu materiałów o lepszych parametrach techniczno-użytkowych takich jak podkłady strunobetonowe PS - 94, szyny 60 E1 spawane lub zgrzewane oraz przytwierdzenie typu SB 4. Dokonano też zmiany położenia ich geometrii do podwyższonej prędkości $V_{max}=120$ km/h.

36. Wykonawca PORR zrealizował również przebudowę rozjazdów na rozjazdy typu 60 E1-1:12-500 i 60E1 - 1:9 - 300 wraz z wykonaniem prac podtorzowych i zastosowaniu materiałów o lepszych parametrach techniczno - użytkowych takich jak: podrozjazdnice strunobetonowe lub z drewna twardego, nawierzchnia stalowa 60E1 spawana lub zgrzewana, przytwierdzenie sprężyste Skl 12. Dokonano też zmiany położenia rozjazdów celem dostosowania ich geometrii do podwyższonej prędkości, przebudowę przejazdów kolejowo-drogowych w km: 3,391; 5,141; 8,917; 9,785; 12,844; 13,916; 15,305; 16,722; 18,259; 18,986; 19,980; 20,491 - zabudowa nowej nawierzchni drogowej typu Mirosław Ujski oraz CBP z dojazdami, budowa odwodnienia wgłębnego, uzupełnienie oznakowania i osygnalizowania. W ramach zamówienia zlikwidowano przejazdy w km: 12, 211; 14, 558; 17, 195.

37. Dowodami na wykonanie powyższych robót są:

a. protokół nr IRS5/1-0813.LK354-423.6/19 z dnia 12.07.2019r. - dotyczy odbioru eksploatacyjnego część I (zbiorczy);

b. protokół nr 1 z dnia 01.12.2017 r- odbiór eksploatacyjny (zbiorczy).

38. Jak wynika z treści Programu funkcjonalno-użytkowego - Załącznik nr 1 - szczegółowe rozwiązania techniczne — LOT A „do realizacji został wybrany wariant projekt charakteryzujący się następującymi założeniami:

a. Przygotowanie geometrii torów szlakowych i głównych zasadniczych na stacjach do prędkości maksymalnej dla ruchu pasażerskiego 120 km/h oraz dla ruchu towarowego 80 km/h,

b. Przebudowa układów torowych stacji pozwalająca na lokalizację na nich nowych normatywnych peronów,

c. Przebudowa istniejących i budowa nowych normatywnych peronów na stacjach i przystankach osobowych,

d. Remonty lub przebudowa istniejących obiektów inżynierskich (...)

- e. Przebudowa sieci trakcyjnej z uwagi na zmiany układu torowego oraz napraw konsytuacji stalowych (...)

39. W powyższym dokumencie wskazano także, iż „korekta geometrii osi torów szlakowych oraz przebudowa posterunków ruchu powoduje konieczność przebudowy sieci trakcyjnej (...) Obecnie stosowana sieć trakcyjna dostosowana jest do prędkości maksymalnej 110 km/h i przewidywana jest zmiana typu sieci poprzez jej „uelastycznienie” umożliwiające podniesienie prędkości do 120 k/h”. Powyższe zatem jednoznacznie potwierdza, iż referencyjna robota budowlana wpisuje się w wymagania określone przez Zamawiającego.

40. W zakresie spełniania warunku; o którym mowa w pkt 8.6.1 b) faktycznie wykonano przebudowę sieci trakcyjnej w torze nr 1 i 2 od km — 0,197 do km 25,000 do prędkości maksymalnej V max do 120 km/h. Zwiększenie prędkości, jak już była o tym mowa w pkt 11 przedmiotowej odpowiedzi na odwołanie, świadczy o wykonaniu prac, które należy zakwalifikować, jako przebudowę w rozumieniu Prawa budowlanego.

41. Dowodami na wykonanie powyższych robót są:

- a. protokół nr 8/11/2017 z dnia 30.11.2017 r. - dotyczy odbioru technicznego
- b. protokół nr IRS5/1-0813.LK354-423.6/19 z dnia 12.07.2019r. - dotyczy odbioru eksploatacyjnego część I (zbiorczy)
- c. protokół nr 1 z dnia 01.12.2017 r - odbiór eksploatacyjny (zbiorczy).

42. W wyniku powyższych prac podniesiono od km — 0,160 do km 25,408 na linii kolejowej nr 354 w torze nr 1 i 2 prędkość maksymalną pociągów z 70 km/h na 100 km/h (docelowo 120 km/h).

Potwierdzeniem powyższego jest:

- a wyciąg z ZMIPEL na dzień 01.01.2017 r. - prędkość maksymalna dla wagonów osobowych (V max P);
- b wyciąg z ZMIPEL na dzień 01.01.2020 r. - prędkość maksymalna dla wagonów osobowych (V max P).

43. W treści PFU na zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 354 Poznań Główny POD - Chodzież - Piła Główna” bezpośrednie odniesienie do przebudowy nawierzchni torowej znajduje się w pkt 6.2 PFU „Nawierzchnia torowa” ppkt 6.2.1 „LOT A” i dotyczy przebudowy posterunku odgałęźnego Suchy Las, stacji Złotniki i stacji Wargowo. W pozostałych przypadkach użyto słowa „kompleksowa wymiana nawierzchni torowej” - pkt 5.2.1 PFU „Tory” oraz „wymiana rozjazdów” - pkt 5.2.2 PFU „Rozjazdy”.

44. W pkt 5.3.1 PFU „Wzmocnienie podtorza, ławy torowiska” ppkt 4 użyto słowa „wbudowanie warstwy ochronnej”, zaś pkt 5.3.2 PHU „Odwodnienie” zawarty jest zapis, że Wykonawca w ramach prac wykona nowe rowy odwodnieniowe.

45. Zapisy w pkt 6.8 PFU „Sieć trakcyjna i elektroenergetyka” informują o zmianie typu sieci trakcyjnej (m. in. jej uelastycznienie) umożliwiające jazdę z prędkością 120 km/h po torach szlakowych i głównych zasadniczych stacji (w załączeniu skan oświadczenia Projektanta, że zakres prac dotyczy przebudowy). Dalsze zapisy w tym punkcie dotyczą budowy nowej sieci, która może mieć miejsce w lokalizacjach, w których następują istotne zmiany geometryczne układów torowych i wynikać będzie z zakresu przebudowanego układu torowego (głównie dotyczy to przebudowanego posterunku odgałęźnego Suchy Las, oraz stacji Złotniki i Wargowo).

46. W ocenie zamawiającego wykonawca PORR złożył dokumenty potwierdzające, iż ww. inwestycje zostały zrealizowane w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Co więcej, zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśniającą w zakresie wątpliwości, jakie powziął na etapie oceny i badania ofert. Wykonawca złożył wyjaśnienia, które były dla zamawiającego przekonywujące.

47. Niezależnie od powyższego zamawiający zweryfikował dokumenty (wskazane w treści niniejszej odpowiedzi), które pozwoliły na uznanie, iż wskazane przez wykonawcę PORR realizacje spełniają jego wymagania. Wykonawca legitymuje się doświadczeniem wymaganym przez zamawiającego.
48. W świetle powyższego trudno zatem uznać, iż wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd. Podkreślenia wymaga, że zamawiający nie określił warunków udziału w postępowaniu w ten sposób, że zakres prac winien wynikać wprost z dokumentów stanowiących podstawę ich realizacji tj. w szczególności dokument PFU. Istotnym jest wykaz wykonanych robót oraz dokumenty potwierdzające fakt, ich należytego wykonania.
50. Zakres zrealizowanych prac w ramach linii kolejowej nr 132 był przedmiotem wyroku o Sygn. akt KIO 2187/15, KIO 2204/15. Wówczas jednoznacznie wskazano, że rzeczywiście zrealizowany zakres prac wpisuje się w wymagania określone przez zamawiającego. W ocenie zamawiającego stan faktyczny istniejący na moment wyrokowania w 2015 r. nie uległ zmianie, w związku z czym nie istnieją obiektywne czynniki, które wskazywałyby na konieczność dokonania odmiennej oceny zakresu wykonanych przez wykonawcę PORR prac.
51. Okoliczność ta determinuje ocenę czy przedstawione informacje wprowadzały zamawiającego w błąd, co mogłoby stanowić podstawę wykluczenia z postępowania.

52. Z daleko posuniętej ostrożności wskazać należy także, że w orzecznictwie KIO, w tym w świetle wyroku z dnia 12 maja 2017 r. (sygn. akt KIO 782/17) "nie można mówić o przedstawieniu przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, o których mowa w art 24 ust 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.), jeśli informacje te dotyczą okoliczności znanych zamawiającemu. W takiej bowiem sytuacji trudno uznać, że są to informacje mające lub mogące mieć wpływ na decyzję podejmowane przez zamawiającego. Oświadczenie wykonawcy zamawiający zweryfikuje na podstawie posiadanych przez siebie danych, zatem to one są decydujące dla decyzji zamawiającego.", a także wyrok z dnia 04 września 2017 r. (sygn. akt KIO 1721/17): „O wprowadzeniu w błąd można byłoby mówić w sytuacji, w której wykonawca podałby Zamawiającemu błędną informację, której Zamawiający nie mogąc zweryfikować uznałby jako informację prawdziwą. Tymczasem w niniejszej sprawie Zamawiającemu wprost znane były okoliczności związane z zawarciem ww. umowy z firmą F. G., gdyż umowa ta podpisana została z samym Zamawiającym. Tym samym Zamawiający posiadał wiedzę, pozwalającą na weryfikację podanej przez Odwołującego informacji. W konsekwencji, skoro podana przez Odwołującego informacja mogła (i powinna) zostać przez Zamawiającego zweryfikowana, nie można uznać, że doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd.”

53. W świetle powyższego niezasadny jest zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16) i ewentualny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp. Odwołujący nie wykazał, iż działania Wykonawcy PORR były zawinione. W tym stanie rzeczy należy stwierdzić, iż twierdzenia Odwołującego są całkowicie chybione.

54 W tym stanie rzeczy niezasadne są także twierdzenia odwołującego co do doświadczenia osób dedykowanych do realizacji zamówienia. Osoby te legitymują się bowiem doświadczeniem zawodowym nabytym w trakcie realizacji zamówień wymienionych powyżej.

Dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

56. W ocenie odwołującego, wykonawca PORR w przypadku doświadczenia Pana L. Ł., wprowadził zamawiającego w błąd, składając oświadczenie, że powołane zadanie: „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 132 na odcinku Błotnica Strzelecka - Opole Groszowice” obejmowało przebudowę (nawierzchni torowej), a nadto, że roboty na stacji Strzelce Opolskie dotyczyły 2 torów głównych zasadniczych, 1 toru głównego dodatkowego.
57. W ocenie Zamawiającego odwołujący nieprawidłowo interpretuje warunek udziału w postępowaniu. Kierownik robót torowych winien legitymować się doświadczeniem zdobytym na zadaniu inwestycyjnym obejmującym ; po pierwsze budowę lub przebudowę co najmniej 2 szlaków oraz po drugie doświadczeniem dotyczącym: budowy lub przebudowy stacji o określonych parametrach: posiadającej dwa tory główne zasadnicze i jeden tor główny dodatkowy oraz trzy krawędzie peronowe).
58. Jak już była o tym mowa wymienione zadanie obejmowało swoim zakresem budowę oraz przebudowę nawierzchni torowej. Nie można zatem uznać, iż zakres wykonanych przez Wykonawcę PORR robót wskazuje, że był to remont. W ocenie Zamawiającego Wykonawca PORR mógł zatem, posługując się powyższym zadaniem, wykazać doświadczenie kierownika robót torowych.
59. Podobnie w przypadku doświadczenia Pana J. K. nie można uznać, iż Wykonawca PORR wprowadził Zamawiającego w błąd, składając oświadczenie, że powołane zadanie: „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 132 na odcinku Błotnica Strzelecka - Opole Groszowice od km 58,600 do km 93,750” obejmowało przebudowę/budowę infrastruktury kolejowej w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym. Wbrew twierdzeniom odwołującego wymienione zadanie pozwalało na zdobycie wymaganego przez zamawiającego doświadczenia zawodowego kierownika robót sterowania ruchem kolejowym zdobytego w ramach robót związanych z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym. Prace w powyższym zakresie obejmowały bowiem budowę oraz przebudowę urządzeń, a nie ich remont.

60. Zamawiający nie zgadza się z zarzutami odwołującego, gdyż jak już była o tym mowa, na ww. szlaku faktycznie miała miejsce przebudowa linii kolejowej nr 132 na odcinku Błotnica Strzelecka - Opole Groszowice od km 58,600 do km 93,750 wraz z przebudową stacji Strzelce Opolskie w zakresie wymaganym przez Zamawiającego opisanym w IDW.

61. W ramach zadania wykonano przebudowę/budowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym (srk):

a. na stacji Opole Groszowice OGA, szlak Tarnów Opolski - Opole Groszowice nastąpiła zabudowa urządzenia detekcji stanu technicznego taboru DSAT (ASDEK) w km 91,578 w torze nr 1, co dokumentuje:

1. protokół nr 03/02/SRK/2015 z dnia 26.02.2015 z odbioru i przekazania do eksploatacji wstępnej urządzenia DSAT w torze nr 1 km 91,578

2. protokół nr 02/06/SRK/2015 z dnia 15.06.2015 z odbioru końcowego obiektu budowlanego po inwestycji i przekazania go do eksploatacji DSAT(ASDEK) w torze nr 1 km 91,600 (pierwotna lokalizacja w km 91,578) na szlaku Tarnów Opolski — Opole Groszowice,

b) na stacji Opole Groszowice nastąpiła zabudowa/przebudowa: semaforów, tarcz ostrzegawczych, urządzeń samoczynnego hamowania pociągów (shp), zabudowa nowej sieci kablowej oraz przebudowa napędów zwrotnicowych rozjazdów.

Dodatkowo na szlaku dwutorowym Opole Groszowice - Tarnów Opolski wykonano zabudowę liniowej, dwukierunkowej półsamoczynnej blokady liniowej typu BEPSA. Dla jej potrzeb przebudowano obwody elektryczne przekaźników sygnałowych i pomocniczych. Potwierdzeniem powyższego jest:

1. protokół nr 01/06/SRK/2015 z dnia 15.06.2015 z odbioru końcowego obiektu budowlanego po inwestycji i przekazania go do eksploatacji urządzeń srk na stacji Opole Groszowice i na szlaku Opole Groszowice — Tarnów Opolski,

- c) na stacji Tarnów Opolski nastąpiła zabudowa/przebudowa: napędów zwrotnicowych rozjazdów, przebudowa urządzeń zasilających, zabudowa semaforów, tarcz manewrowych, nowe urządzenia shp, nowa sieć kablowa i sygnałowa. Dla szlaków dwutorowych Kamień Śląski Tarnów Opolski i Tarnów Opolski - Opole Groszowice zabudowano liniową, dwukierunkową, półsamoczynną blokadę typu BEPSA. Potwierdzeniem powyższego jest:
1. protokół nr 03/06/SRK/2015 z dnia 16.06.2015 z odbioru końcowego obiektu budowlanego po inwestycji i przekazania go do eksploatacji urządzeń srk na stacji Tarnów Opolski i na szlaku Kamień Śląski - Tarnów Opolski i Tarnów Opolskich - Opole Groszowice,
- d) na stacji Kamień Śląski nastąpiła przebudowa bramki sygnałowej semafora i spowodowana zmiana profilu torów. Dla szlaków dwutorowych Szymiszów - Kamień Śląski i Kamień Śląski - Tarnów Opolski - nastąpiła zabudowa liniowej, dwukierunkowej, półsamoczynnej blokady typu BEPSA. Dla jej potrzeb przebudowano obwody elektryczne przekaźników sygnałowych i pomocniczych. Potwierdzeniem powyższego jest:
1. protokół nr 04/06/SRK/2015 z dnia 16.06.2015 z odbioru końcowego obiektu budowlanego po inwestycji i przekazania go do eksploatacji urządzeń srk na stacji Kamień Śląski i na szlaku Szymiszów - Kamień Śląski i Kamień Śląski – Tarnów Opolski,
- e) na stacji Szymiszów - nastąpiła zabudowa/przebudowa: napędów zwrotnicowych rozjazdów, przebudowa urządzeń zasilających, zabudowa semaforów, tarcz manewrowych, nowe urządzenia shp, nowa sieć kablowa i sygnałowa, przebudowa systemu zasilania nastawni. Dla szlaków dwutorowych Strzelce Opolskie - Szymiszów i Szymiszów - Kamień Śląski - nastąpiła zabudowa liniowej, dwukierunkowej, półsamoczynnej blokady typu BEPSA. Potwierdzeniem powyższego jest:
1. protokół nr 05/06/SRK/2015 z dnia 17.06.2015 z odbioru końcowego obiektu budowlanego po inwestycji i przekazania go do eksploatacji urządzeń srk na stacji Szymiszów i na szlaku Strzelce Opolskie — Szymiszów i Szymiszów - Kamień Śląski,

- f) na stacji Strzelce Opolskie — nastąpiła zabudowa/przebudowa: napędów zwrotnicowych rozjazdów, zabudowa semaforów, tarcz manewrowych, nowe urządzenia shp, nowa sieć kablowa i sygnałowa. Wykonano nowe przebiegi pociągowe. Urządzenia samoczynnej sygnalizacji przejazdowej (ssp) zostały zabudowane i powiązane z urządzeniami stacyjnymi (nastawnia wykonawcza „SOe”).

Dodatkowo dla szlaków dwutorowych Błotnica Strzelecka - Strzelce Opolskie i Strzelce Opolskie - Szymiszów - nastąpiła zabudowa liniowej, dwukierunkowej, półsamoczynnej blokady typu BEPSA powiązanej z istniejącymi i nowymi przebiegami pociągowymi. Potwierdzeniem powyższego jest:

1. protokół nr 06/06/SRK/2015 z dnia 18.06.2015r. z odbioru końcowego obiektu budowlanego po inwestycji i przekazania go do eksploatacji urządzeń srk na stacji Strzelce Opolskie i na szlaku Błotnica Strzelecka — Strzelce Opolskie i Strzelce Opolskie – Szymiszów
2. protokół nr 05/12/SRK/2014 z dnia 24.12.2014 r. przekazania do eksploatacji wstępnej urządzeń srk dotyczący przebudowy/wymiany napędów zwrotnicowych w rozjazdach na stacji Strzelce Opolskie,

- g) na stacji Błotnica Strzelecka - nastąpiła zabudowa/przebudowa ze względu na zmianę układu torowego: napędów zwrotnicowych rozjazdów, zabudowa semaforów, tarcz manewrowych, nowego urządzenia shp, nowej sieci kablowej i sygnałowej. Ze względu na przebudowę układu torowego zabudowano bramkę sygnałową. Wewnętrzne urządzenia srk przebudowano dostosowując je do prowadzenia ruchu pociągów na przebiegi zorganizowane (sygnały zezwalające) z blokadą liniową dwukierunkową typu Eap-94 po torach nr 1 i 2 na szlaku Toszek - Błotnica Strzelecka oraz z blokadą liniową dwukierunkową typu BEPSA po torach nr 1 i 2 na szlaku Błotnica Strzelecka – Strzelce Opolskie. Potwierdzeniem powyższego jest:

1. protokół nr 07/06/SRK/2015 z dnia 19.06.2015 z odbioru końcowego obiektu budowlanego po inwestycji i przekazania go do eksploatacji urządzeń srk na stacji Błotnica Strzelecka oraz na szlakach Toszek - Błotnica Strzelecka i Błotnica Strzelecka — Strzelce Opolskie,

h) na odcinku Błotnica Strzelecka - Opole Groszowice dokonano przebudowy urządzeń srk na następujących przejazdach kolejowych w km: 59,703; 61,342; 61,771; 80,251; 82,942; 93,611. Potwierdzeniem powyższego jest:

1. protokół nr 08/06/SRK/2015 z dnia 22.06.2015 z odbioru końcowego obiektu budowlanego po inwestycji i przekazania go do eksploatacji urządzeń srk na przejazdach kolejowych.

62. W ocenie odwołującego w przypadku doświadczenia Pana P. S. wykonawca PORR wprowadził zamawiającego w błąd, składając oświadczenie, że powołane zadane „Wykonanie dokumentacji projektowej i robót budowlanych związanych z wymianą nawierzchni na linii kolejowej 273 Wrocław Gł. - Szczecin Gł. w torze nr 2 na odcinku Zielona Góra - Czerwieńsk od km 154,901 do km 165,722 wraz z robotami towarzyszącymi w ramach zadania pn. „Modernizacja linii-kolejowej nr 27-3 na odcinku-Głogów — Zielona Góra — Rzepin — Dolna Odra” wraz z robotami uzupełniającymi, obejmowało budowę lub przebudowę infrastruktury kolejowej. W ocenie odwołującego wyżej wymienione zadanie obejmowało wykonanie robót budowlanych polegających na remoncie, a nie na wymaganej przez zamawiającego budowie bądź przebudowie infrastruktury kolejowej.

63. Zamawiający nie zgadza się z zarzutami Odwołującego, gdyż zgodnie z posiadanymi przez Zamawiającego dowodami, na linii kolejowej nr 273 na odcinku Zielona Góra — Czerwieńsk użytkowych. W torze nr 2 od km 154,901 do km 163,889 oraz od km 164,014 do km 165,722 zabudowano nowe szyny 60E1 (połączone w tor bezстыkowy), podkłady strunobetonowe PS 94 z przytwierdzeniem sprężystym, zwiększono grubość podsypki z 0,25 m do 0,35 m.

64. Ponadto na posterunku odgałęźnym (podg.) Przylep dokonano przebudowy nawierzchni torowej polegającej na wybudowaniu rozjazdu nr 1 i zabudowy w to miejsce nawierzchni torowej wraz wybudowaniem toru nr 2a. Wykonano również przebudowę istniejącego peronu (rozbiórka starego peronu o wysokości 0,30 m i długości ok. 300mb i budową nowego peronu o wysokości 0,55 m i długości 200mb).

65. Na stacji Czerwieńsk dokonano przebudowy rozjazdu nr 1 typ 60E1-1:9-300 (podrozjazdnice betonowe, napęd EEA-5), rozjazdu nr 3 typ UIC60-190-1:9 (podrozjazdnice z drewna twardego), rozjazdu nr 5 typ 60E1-1:9-300 (podrozjazdnice z drewna twardego, napęd EEA-5), rozjazdu nr 41 typ 60E1-1:9-300 (podrozjazdnice betonowe rozjazdu) i nr 56 typ UIC60-1901:9 (podrozjazdnice z drewna wraz przebudową toru pomiędzy rozjazdami 3 a 5).

66. Wykonano również przebudowę urządzeń srk i elektroenergetycznych w tym sieci trakcyjnej wynikającą z przebudowy nawierzchni torowej.

67. Funkcję kierownika budowy sprawował Pan P. S., o czym świadczą następujące dokumenty:

1. protokół nr 14/2012 z dnia 12.11.2012r. dotyczący odbioru technicznego i przekazania do eksploatacji robót/zespołu obiektów/inwestycyjnych toru nr 2 odcinek Zielona Góra — Czerwieńsk wraz z peronem nr 2 na podg. Przylep, rozjazdem nr 1 i rozjazdem nr 5 na stacji Czerwieńsk,
2. protokół nr 20/2012 z dnia 13.12.2012 r. dotyczący odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji robót/zespołu obiektów /inwestycji toru nr 2 na odcinku:

-- od km 154,901 do km 163,889

od km 164,014 do km 165,722;

-- od km 165,722 do km 166,270;

--- od km 166,700 do km 167,027;

-- przebudowy rozjazdów nr 1,3,5,41 i 56 na stacji Czerwieńsk;

- rozbiórka i budowa nowego peronu nr 2 na podg. Przylep,

wraz z przebudową sieci trakcyjnej, urządzeń srk i elektroenergetycznych i przebudową odwodnienia.

Efektom tych prac było podniesienie prędkości rozkładowej V max z 30 km/h do 100 km/h.

- wyciąg z ZMIPEL na dzień 01.06.2012 r. - prędkość maksymalna dla wagonów osobowych (V max P) dla toru nr 2;

- wyciąg z ZMIPEL na dzień 01.01.2013 r. - prędkość maksymalna dla wagonów osobowych (V max P) dla toru nr 2.

68. Należy także wskazać, iż w PFU na „Wykonanie dokumentacji projektowej i robót budowlanych związanych z wymianą nawierzchni na linii kolejowej nr273 Wrocław Gł. - Szczecin Gł. w torze nr 2 na odcinku Zielona Góra - Czerwieńsk od km 154,901 do km 165,722 wraz z robotami towarzyszącymi w ramach zadania pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 273 na odcinku Głogów Zielona Góra - Rzepin Dolna Odra” w pkt 3.1 „Nawierzchnia kolejowa” ppkt 3.1.2 zawarty jest zapis dotyczący wybudowania rozjazdu nr 1 oraz toru nr 2a wraz z kozłem oporowym na post. odgał. Przylep, co świadczy o wykonanej przebudowie.

69. W pozostałej treści PFU wskazano na wymianę nawierzchni kolejowej w torze nr 2, co zdaniem zamawiającego dotyczy przebudowy nawierzchni.

70. Ponadto zapisy zawarte w pkt 3.6 PFU „Peron nr 2 na post. odgał. Przylep” wskazują na przebudowę ww. peronu. Postanowienia dotyczące przebudowy sieci trakcyjnej znajdują się zaś w pkt 3.8 PFU „Energetyka Kolejowa”: ppkt 3.8.2 - „Przebudowa kabli powrotnych do KS Przylep wraz z podłączeniem do torów oraz ppkt 3.8.8 - „Modernizacja oświetlenia peronu nr 2 na po.odgał. Przylep.

71. Powyżej przedstawione roboty potwierdzają następujące protokoły:

a. Nr 14/2012 odbioru technicznego i przekazania do eksploatacji robót/zespołu obiektów/inwestycyjnych spisany w dniu 12.11.2012 r.;

b. Nr 20/2012 odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji robót/zespołu obiektów/ inwestycji spisany w dniu 13.12.2012 r.

72. Niezależnie od powyższego w ocenie zamawiającego wskazana powyżej realizacja (dotycząca linii kolejowej nr 273) nie ma żadnego znaczenia dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dla osoby dedykowanej na stanowisko Kierownika Budowy. Należy bowiem zauważyć, iż Pan P. S. posiada co najmniej 62 miesiące doświadczenia zawodowego na stanowisku Kierownika budowy (bez uwzględnienia doświadczenia ww. realizacji), co jest wystarczające do uznania, iż legitymuje się odpowiednio długim okresem doświadczenia zawodowego. Jak wynika bowiem z treści pkt 8.6.2 lit. a) pkt 2) IDW, Kierownik budowy winien posiadać „co najmniej 5 (pięć) lat doświadczenia zawodowego, na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych na robotach związanych z Budową lub Przebudową infrastruktury kolejowej”. W tej sytuacji informacje na temat doświadczenia zawodowego Kierownika budowy w związku z przebudową linii kolejowej nr 273 były irrelewantne dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.
73. W ocenie zamawiającego wykonawca PORR w sposób prawidłowy wykazał, iż osoby dedykowane do realizacji przedmiotowego zamówienia, posiadają wymagane przez zamawiającego doświadczenie. W rezultacie zamawiający dokonał oceny doświadczenia ww. osób w sposób adekwatny do wykazanego doświadczenia.
74. Wobec powyższego żądanie „pominięcia przy ocenie doświadczenia poszczególnych osób, co wpływa również na ocenę długości wymaganego przez zamawiającego doświadczenia poszczególnych osób, która zdaniem Odwołującego, również nie spełnia minimalnych wymogów zawartych w IDW”, nie może spotkać się z aprobatą. Nie ma bowiem żadnych podstaw do uznania, iż Pan L. Ł., Pan J. K. oraz Pan P. S. nie posiadają wymaganego doświadczenia także co do długości okresu realizacji, z uwagi na konieczność pominięcia realizacji zadań na linii 132 oraz 273.
75. W świetle powyższego nie zachodzą także przesłanki uzasadniające wykluczenia Wykonawcy PORR z przedmiotowego postępowania, bowiem Wykonawca nie wprowadził Zamawiającego w błąd, co do doświadczenia osób dedykowanych do realizacji przedmiotowego postępowania.

76. Odwołujący zakwestionował fakt prawidłowego wykazania przez Wykonawcę PORR należytego wykonania robót w ramach zadania pod nazwą: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych „Modernizacja linii kolejowej nr 354 Poznań Główny POD - Chodzież - Piła Główna” w ramach Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2014 - 2020”.
77. W jego ocenie złożenie dokumentów takich jak: Protokół nr 8/11/2017 z dnia 30.11.2017 r. Odbioru Technicznego Robót, Protokół nr 1 z dnia 1.12.2017 r. Odbioru Eksploatacyjnego oraz Protokół nr 1/U/17 z dnia 5.12.2017 r. Odbioru Technicznego Usunięcia Usterek, nie stanowi potwierdzenia, iż roboty zostały zrealizowane w sposób prawidłowy, tym bardziej, iż zakończyły się one w grudniu 2019 r.
78. Według Odwołującego dopiero wykonanie całości robót może stanowić podstawę oceny należytego wykonania jej poszczególnych etapów, co ma szczególne znaczenie w kontekście infrastruktury kolejowej, gdzie nie jest możliwe oddzielenie i ocena poszczególnych elementów infrastruktury kolejowej.
79. Zamawiający nie może zgodzić się z prezentowanym przez Odwołującego stanowiskiem. W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż wyżej wymienione zdanie, realizowane było na rzecz PKP PLK S.A. Oznacza to, iż Zamawiający dysponuje kompleksową wiedzą dotyczącą nie tylko zakresu wykonanych robót, ale również wiedzą na temat sposobu ich wykonania. Z tego względu, przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, okoliczność ta była również była brana pod uwagę.

80. Zgodnie z art. 26 ust. 6 Pzp „Wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2014 r. poz. 1114 oraz z 2016 r. poz. 352)”. Z przepisem tym korelują m. in. postanowienia § 10 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126), zwanego dalej rozporządzeniem dokumentowym. W myśl powyższego „w przypadku wskazania przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w § 2, § 5 i § 7, które znajdują się w posiadaniu zamawiającego, w szczególności oświadczeń lub dokumentów przechowywanych przez zamawiającego zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy, zamawiający w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust 1 pkt 1 i 3 ustawy, korzysta z posiadanych oświadczeń lub dokumentów, o ile są one aktualne”. Wśród tych dokumentów mieszczą się referencje czy też inne dokumenty dotyczące należytego wykonania zamówienia.

81. Dokonana przez Zamawiającego weryfikacja wyżej przywołanych robót, nie wykazała nieprawidłowości, wobec czego zamawiający nie miał podstaw, aby zakwestionować fakt należytego wykonania zamówienia.

82. W świetle powyższego zamawiający nie był zatem zobowiązany do skierowania wezwania do uzupełnienia dokumentów, bowiem realizowana na jego rzecz.

83. Potwierdzeniem powyższego jest stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 października 2017 r. sygn. akt. KIO 2112/17, KIO 2113/17, w którym wskazano, iż „Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 6 ustawy Pzp wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2017 r. poz.570). Ratio legis ww. regulacji jest dążenie ustawodawcy do odbiurokratyzowania procedury udzielania zamówień publicznych poprzez eliminację obowiązku składania zamawiającemu oświadczeń lub dokumentów, znajdujących się już w jego posiadaniu. W sytuacji, w której usługi przedstawione w wykazie Przystępującego zostały wykonane na rzecz Zamawiającego, to właśnie Zamawiający miał najlepszą wiedzę w przedmiocie tego, czy usługi te zostały wykonane należyście. Uprawnienie do odstąpienia od żądania od Przystępującego referencji na potwierdzenie należytego wykonania usług zrealizowanych na rzecz samego Zamawiającego wynika wprost z ww. przepisu art 26 ust 6 ustawy Pzp. ”
84. Niezależnie od powyższego wskazać należy, iż praktyką Zamawiającego jest uznanie za skuteczne złożenie dokumentów potwierdzających należyte wykonane zamówienia także składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podkreślenia wymaga, iż § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia dokumentowego, nie ogranicza się wyłącznie do dokumentów wydanych w związku z całkowitym wykonaniem (zakończeniem) zamówienia. Na gruncie powyższego rozporządzenia istotnym jest, aby z treści dokumentów wynikało, iż roboty zostały wykonane należyście, przy czym treść dokumentu nie jest zdeterminowana żadnymi czynnikami dotyczącymi wykazania się realizacją robót ukończonych i odebranych w całości. Celem złożenia przedmiotowego dokumentu jest wykazanie poprawnego i zadowalającego odbiorcę wykonania zamówienia. Istotne jest, aby z treści tego dokumentu wynikała prawidłowość wykonania określonych robót, rozumiana jako fakt ich wykonania zgodnie z umową, w terminie, w sposób należyty. Dokonując oceny dokumentów, potwierdzających należyłą realizację zamówienia, należy dokonać oceny treści złożonych dokumentów, poddając analizie użytych w jego treści sformułowań. Nie można zatem tracić z pola widzenia, iż protokół eksploatacyjny wystawiany jest w sytuacji, gdy jakość wykonanych robót nie budzi wątpliwości.

85. Jak wskazano w wyroku KIO z 6 marca 2020 r., Sygn. akt KIO 298/20, KIO 356/20 „w odniesieniu do odbiorów eksploatacyjnych należy wskazać, że na gruncie instrukcji określonych przez Zamawiającego, mogą one stanowić potwierdzenie wykonania robót. Po przeprowadzeniu odbiorów eksploatacyjnych możliwe jest otwarcie toru i korzystanie z wybudowanej infrastruktury. Protokoły eksploatacyjne potwierdzają zatem wykonanie prac budowlanych, co stanowi podstawę do uznania potwierdzenia warunku, którego treść referowała właśnie do wykazania wykonania określonej ilości infrastruktury torów. Jak wskazał Zamawiający, wykonanie odbiorów eksploatacyjnych poprzedzone jest przeprowadzeniem odbiorów technicznych dla poszczególnych branż. Powyższe oznacza także, że możliwe stało się odebranie części robót’.
86. Protokoły eksploatacyjne potwierdzają zatem, iż w momencie ich wystawienia określone roboty zostały wykonane (zakończone). Powyższe stanowisko zostało podzielone w wyroku z dnia 5 czerwca 2020 r., Sygn. akt KIO 781/20 Izba wskazała, iż „dokumentem poświadczającym należyte wykonanie zamówienia mogą być protokoły odbioru eksploatacyjnego”. W przywołanym wyroku Izba podkreśliła, iż referencje nie muszą zawierać elementów odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu, celem potwierdzenia należytego wykonania umowy. Dokumenty mogą mieć charakter abstrakcyjny. Izba podkreśliła, iż w zakresie referencji dotyczących robót budowlanych, w świetle rozporządzenia dokumentowego, należyte wykonanie robót budowlanych to w szczególności wykonanie zgodnie z przepisami prawa i zasadami sztuki budowlanej. W tym zakresie zatem fakt należytego wykonania robót budowlanych, nie jest uzależniony od przywołania w treści, iż roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa i zasadami sztuki budowlanej.
87. W ocenie Zamawiającego wykonanie robót budowlanych na jego rzecz zwalnia z mocy prawa Wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających fakt, ich należytego wykonania. Zamawiający bowiem posiada wystarczającą wiedzę na temat danej realizacji, aby uznać czy spełnia ona jego wymagania określone w dokumentacji przetargowej, a nadto czy została wykonana w sposób należyty.
88. Miarą należytej staranności Wykonawcy jest między innymi złożenie dokumentów potwierdzających prawidłowe zrealizowanie prac, w tym także w całości, jak i w odniesieniu do

ich części. W tym świetle uznać należy, iż przedłożenie protokołu eksploatacyjnego wpisuje się w wymaganie co do przedstawienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak na wstępie.

Do odpowiedzi na odwołanie załączono dowody wymienione w treści pisma

Stanowisko przystępującego po stronie zamawiającego – PORR

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizacja robót budowlanych w formule „Projektuj i Buduj” dla zadania pn. LOT A - Prace na linii kolejowej 131 na odcinku Chorzów Batory (km 5,900) — Nakło Śląskie (km 29,000), w ramach projektu POIiŚ 5.1-14 pn.: „Prace na linii kolejowej C-E 65 na odc. Chorzów Batory — Tarnowskie Góry — Karsznice — Inowrocław — Bydgoszcz — Maksymilianowo”, nr referencyjny postępowania 9090/1RZR2/14477/03900/19/P, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S 126-309325 w dniu 3 lipca 2019 roku („Postępowanie”).

PISMO PROCESOWE PRZYSTĘPUJĄCEGO PO STRONIE ZAMAWIAJĄCEGO

Działając w imieniu PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (adres: ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa) (dalej jako: „Przystępujący”), w związku z przystąpieniem z dnia 24 czerwca 2020 r. do postępowania odwoławczego wszczętego wskutek odwołania wniesionego przez Budimex S.A. („Odwołujący”) z 19 czerwca 2020 r. po stronie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. („Zamawiający”) wnoszę o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

1. Uwagi ogólne

1.1. Zarzuty odwołanie koncentrują się na rzekomym niespełnianiu przez Przystępującego warunków udziału w Postępowaniu.

1.2. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- a) zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na rzekome wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu (naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 16 lub 17 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP);
- b) alternatywnie, zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, ponieważ w ocenie Odwołującego Przystępujący nie przedłożył dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót budowlanych (naruszenie art. 26 ust. 3 PZP w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP);

1.3. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów i argumentacji Odwołującego wskazuję jak poniżej.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 16 lub 17 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP

2.1. Pierwsza grupa zarzutów formułowanych przez Odwołującego dotyczy rzekomego umyślnego wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zakresie przedstawienia informacji dotyczących spełniania warunków udziału w Postępowaniu (naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 16 PZP poprzez działanie w warunkach winy umyślnej/ zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) lub nieumyślnego wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do posiadanego przez Przystępującego doświadczenia i dysponowania przez niego wymaganymi przez Zamawiającego osobami, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu (naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 17 PZP poprzez działanie w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa).

2.2. Odwołujący stoi na stanowisku, iż Przystępujący, w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu przedstawił informacje dotyczące doświadczenia Przystępującego oraz personelu Przystępującego, które mają charakter informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, ponieważ w ocenie Odwołującego, wykazywane doświadczenie nie pozwala na spełnienie warunków udziału w Postępowaniu.

1) Ad. pkt. 11.1.A Odwołania — Linia kolejowa nr 132 Błotnica Strzelecka — Opole Groszowice

2.3. W celu wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu opisanego w punktach:

co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane, każda wykonana w ramach odrębnej umowy, przy czym każda robota budowlana obejmowała swoim zakresem co najmniej Budowę lub Przebudowę nawierzchni torowej na linii 8.6.1. lit. a) IDW kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej, gdzie suma długości Budowanych lub Przebudowywanych torów szlakowych i torów głównych zasadniczych wynosiła co najmniej 20 (dwadzieścia) km, przy czym co najmniej 10 (dziesięć) km robót wykonywanych było przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich; 8.6.1.a) IDW

Budowa lub Przebudowa co najmniej 1 (jednej) stacji kolejowej, przy czym Budowa lub Przebudowa obejmowała co najmniej 2 (dwa) tory główne 8.6.1. lit. d) IDW zasadnicze i co najmniej 1 (jeden) tor główny dodatkowy wraz z nawierzchnią, podtorzem i odwodnieniem oraz co najmniej 2 (dwa) perony obejmujące co najmniej 3 (trzy) krawędzie peronowe; 8.6.1.d) IDW

Przystępujący wykazał doświadczenie dotyczące realizacji inwestycji pn: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 132 na odcinku Błotnica Strzelecka — Opole Groszowice” („Linia 132”).

Dowód: Poz. 1 wykazu robót budowlanych — zgodnie z załącznikiem nr 7 do siwz (w aktach Postępowania).

2.4. Odwołujący stoi na stanowisku, iż opis doświadczenia dotyczącego Linii 132 jest niezgodny ze stanem rzeczywistym oraz ma charakter informacji wprowadzających w błąd, ponieważ w ocenie Odwołującego:

- 1) zakres prac wykonywanych na stacji kolejowej Strzelce Opolskie obejmował prace wyłącznie na dwóch torach zasadniczych, a nie na dwóch torach zasadniczych i co najmniej jednym dodatkowym - co w ocenie Odwołującego nie pozwala na wykazanie spełnienia warunku określonego w pkt 8.6.1. lit. d IDW;

- 2) zadanie Linia 132 nie obejmowało wymaganej przez Zamawiającego Budowy bądź Przebudowy nawierzchni torowej — w ocenie Odwołującego zakres wykonanych przez Przystępującego robót wskazuje, że był to remont tej nawierzchni, a nie Budowa lub Przebudowa, co oznacza, że Przystępujący nie mógł, posługując się tym zadaniem, wykazać spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1. lit. a) i d) IDW.

1.1) Zakres prac wykonanych w ramach przebudowie stacji Strzelce Opolskie — Linia 132

2.5. Odnosząc się do pkt. 2.4. 1) powyżej — Odwołujący opiera swoje twierdzenia wyłącznie na informacjach zawartych w PFU dla zadania Linia 132. W ocenie Odwołującego, skoro w PFU wskazuje się wyłącznie na wykonanie robót w obrębie toru 1 i toru 2 (tory zasadnicze), to w ocenie Odwołującego ma oznaczać, że żadne inne roboty nie były wykonywane. Z powyższego Odwołujący wyciąga wniosek, że Przystępujący wykonywał prace wyłącznie na 2 torach głównych zasadniczych, a nie na co najmniej 2 (dwóch) torach głównych zasadniczych i 1 (jednym) torze głównym dodatkowym.

2.6. Zakres prac koniecznych do wykonania został określony w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) dla tej inwestycji, Odwołujący pomija jednak okoliczność, że szczegółowe rozwiązania projektowe oraz zakresy prac koniecznych do wykonania zostały określone na etapie realizacji tego zadania, w tym podczas realizacji robót budowlano-montażowych.

2.7. W ramach kwestionowanego przez Odwołującego zadania Linii 132 w ramach prowadzonych przez Przystępującego robót budowlano-montażowych wykonano przebudowę stacji kolejowej Strzelce Opolskie, przy czym przebudowa obejmowała 2 (dwa) tory główne zasadnicze i co najmniej 1 (jeden) tor główny dodatkowy wraz z nawierzchnią, podtorzem i odwodnieniem oraz co najmniej 2 (dwa) perony obejmujące co najmniej 3 (trzy) krawędzie peronowe.

Powyższy zakres robót odpowiada wymaganiom określonym w warunku udziału opisanym w pkt. 8.6.1. d) IDW.

Dowód: Schemat układu torowego na stacji Strzelce Opolskie (Załącznik nr 1);

2.8. Co istotne, tym samym doświadczeniem dotyczącym zadania Linia 132 Przystępujący posługiwał się w ramach postępowania prowadzonego przez Zamawiającego pn. Przetarg nr 2 — 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)” („Zadanie Kraków”). Wówczas, Zamawiający sformułował warunki udziału analogiczne, a nawet bardziej rygorystyczne, niż ustalone w obecnie prowadzonym Postępowaniu. Zamawiający wymagał bowiem wykazania się doświadczeniem obejmującym (pkt 111.2.3. ppkt III.I.a): 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

Dowód: Ogłoszenie o zamówieniu dla Zadania Kraków (Załącznik nr 2).

2.9. W ww. postępowaniu Przystępujący (występujący wówczas jako PORR Polska Construction S.A.) wykazał spełnienie przytoczonego warunku udziału w postępowaniu Zadanie Kraków wykazując się doświadczeniem w realizacji zadania Linia 132 i stacji Strzelce Opolskie. Powyższe doświadczenie zostało wówczas zakwestionowane przez jednego z wykonawców (Konsorcjum ZUE) w zakresie analogicznym do zarzutów formułowanych przez Odwołującego co ważne, w ww. postępowaniu odwoławczym brał również udział (jako przystępujący po stronie zamawiającego) Odwołujący — Budimex S.A. Konsorcjum ZUE kwestionowało wówczas, że roboty wykonane przez Przystępującego na stacji Strzelce Opolskie obejmowały przebudowę co najmniej 2 torów głównych zasadniczych i 2 torów głównych dodatkowych wraz z nawierzchnią, podtorzem i odwodnieniem.

2.10. Wówczas Zamawiający, na którego rzecz wykonywane były roboty projektowe i budowlane, w odpowiedzi na odwołanie (pismo z 21 października 2015 r.) zanegował zarzuty Konsorcjum ZUE i potwierdził, że w ramach robót budowlanych wykonywanych przez Przystępującego na stacji Strzelce Opolskie wykonano roboty nie tylko w 2 torach głównych zasadniczych, ale również torach głównych dodatkowych, a roboty te były wymuszone przez roboty w zakresie wymiany rozjazdów, budowy peronów, przebudowy odwodnienia oraz zabudowy bramek sieci trakcyjnej — a zakres wykonanych prac obejmował zakres określony w postawionym warunku udziału w postępowaniu.

Dowód: Odpowiedź na odwołanie z 21 października 2015 r. (Załącznik nr 3).

2.11. Podstawą do stwierdzenia ww. okoliczności była m.in. wiedza dyrektora projektu z ramienia Zamawiającego dla zadania Linia 132 — p. J. P. — która jako osoba bezpośrednio nadzorująca realizację zadania potwierdziła, że zakres prac wykonanych na stacji Strzelce Opolskie odpowiadał zakresowi określmemu w warunku udziału tj. obejmował budowę lub przebudowę 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.

Dowód: Korespondencja e-mail z 20 października 2015 r. — załącznik do odpowiedzi na odwołanie z 21 października 2015 r. (Załącznik nr 4).

2.12. W wyroku z 26 października 2015 r. (KIO 2187/15, KIO 2204/15) rozstrzygającym zarzuty Konsorcjum ZUE Izba nie miała żadnych wątpliwości, że w ramach zadania LINIA 132/STACJA Strzelce Opolskie na Stacji Strzelce Opolskie Przystępujący wykonał roboty budowlane odpowiadające treści postawionego wówczas warunku udziału. Izba stwierdziła bowiem, że:

Jakkolwiek z przywołanych przez Odwołującego dokumentów (IDW i PFU - dowody z pkt 3.24. 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 2.1.21. 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 to 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 których 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.

2.13. Izba w wyroku z 26 października 2015 r. przesądziła zatem, że roboty wykonane przez Przystępującego na stacji Strzelce Opolskie obejmowały roboty zarówno roboty w torach głównych zasadniczych i torach głównych dodatkowych wraz z nawierzchnią i podtorzem z odwodnieniem.

2.14. Co więcej, jak wynika z przytoczonego powyżej fragmentu orzeczenia — podstawą zarzutu Konsorcjum ZUE — które Izba uznała za bezzasadne — były te same fragmenty i punkty PFU tj. tabela 115, poz. 5 i 6 PFU - str. 36 — które obecnie jako dowody powołuje Odwołujący (Budimex S.A.) (str. 6 odwołania: Sąd, powyższy fragment PFU należały zestawzić z danymi zawartymi w Tabeli 1.15 Zestawienie robót — branża torowa, w której w pkt 5 i 6 jednoznacznie wskazano, że zakres: „stacja Strzelce Opolskie” obejmuje prace w obrębie toru 1 (wymiana nawierzchni) i toru 2 (naprawa nawierzchni — wymiana szyn).

2.15. Podsumowując powyższe: (a) warunki udziału sformułowane w niniejszym Postępowaniu (pkt. 8.6.1. lit. d) IDW) są analogiczne do postępowania dla Zadania Kraków, (b) Przystępujący wykazał zarówno dla Zadania Kraków jak i w obecnie prowadzonym Postępowaniu to samo doświadczenie (Linia 132 — prace wykonane na stacji Strzelce Opolskie), (c) analogiczne zarzuty oparte na identycznym materiale dowodowym były już przedmiotem oceny Izby W wyroku KIO z 26 października 2015 r., a Izba uznała je za bezzasadne. W konsekwencji, również w niniejszej sprawie zarzuty te winny zostać oddalone.

2.16. Warto również podkreślić, że Odwołujący był uczestnikiem postępowania odwoławczego (jako przystępujący po stronie Zamawiającego) dotyczącego Zadania Kraków, tym samym doskonale powinien znać rozstrzygnięcie Izby z 26 października 2015 r. Niezrozumiałe jest zatem dlaczego w oparciu o identyczne dowody stawia zarzuty, które zostały już przez Izbę oddalone.

2.17. Zakres wykonanych przez Przystępującego prac na stacji Strzelce Opolskie oraz okoliczność, iż zakres ten pozwala na spełnienie warunku udziału opisanego w pkt. 8.6.1 lit. d IDW potwierdzają dodatkowo oświadczenia inspektora nadzoru inwestorskiego ze strony zamawiającego oraz kierownika budowy dla referencyjnej inwestycji. Z ww. dowodów wynika jednoznacznie, że zakres prac wykonanych na stacji Strzelce Opolskie pozwala na spełnienie warunku udziału, ponieważ prace te obejmowały przebudowę torów głównych zasadniczych oraz torów głównych dodatkowych.

Dowód: Oświadczenie Inspektora Nadzoru — LK 132 (Załącznik nr 5).

Dowód: Oświadczenie Kierownika Budowy — LK 132 (Załącznik nr 6).

1.2) Zakres prac wykonanych w ramach przebudowy stacji Strzelce Opolskie — Linia 132

2.18. W dalszej kolejności Odwołujący podnosi, iż w ramach zadanie Linia 132 wykonane prace nie obejmowały wymaganej przez Zamawiającego — w warunku w pkt. 8.6.1 lit. a) i d) IDW Budowy bądź Przebudowy nawierzchni torowej. W ocenie Odwołującego zakres wykonanych przez Przystępującego robót wskazuje, że był to remont nawierzchni, a nie Budowa lub Przebudowa, co oznacza, że Przystępujący nie mógł, posługując się tym zadaniem, wykazać spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1. lit. a) i d) IDW.

2.19. W zakresie powyższego zarzutu spór sprowadza się zatem do ustalenia czy prace wykonane przez Przystępującego w ramach zadania Linia 132 miały charakter remontu (jak twierdzi Odwołujący) czy miały charakter przebudowy.

2.20. Po pierwsze, w kontekście zarzutów sformułowanych przez Odwołującego warte jest również przytoczenie stanowisko Izby z uzasadnienia wyroku z 26 października 2015 r. (KIO 2187/15, KIO 2204/15) dotyczące Zadania Kraków, w którym Izba stwierdza: 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. Innymi słowy, Izba uznała, że dla oceny spełniania warunków udziału znaczenia ma całokształt faktycznie wykonanych robót.

2.21. Podobnie, w wyroku KIO z 11 kwietnia 2017 r. (KIO 598/17) Izba uznała, że samo użycie słowa „remont” w dokumentacji zamawiającego nie może determinować charakteru prac - Powyższe nie jest jednak wystarczające do ustalenia, że przedmiotowe roboty w rzeczywistości były "remontem", a nie "przebudową". W ocenie Izby, o kwalifikacji robót nie decyduje nazwa nadana inwestycji przez inwestora, lecz rzeczywisty zakres robót. Podobnie, w ocenie Izby, niewystarczającym jest dokonanie ich oceny wyłącznie po wskazanej w wykazie nazwie, nie można w sposób mechaniczny kwalifikować inwestycji bądź jako remontu bądź jako przebudowy. Należy przede wszystkim brać pod uwagę charakter wszystkich prac (stopień ich trudności) składających się na daną inwestycję. Izba przychyliła się w tym zakresie do stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, uznając, że z istoty i charakteru prac wskazanych w wykazie i załączonych do niego referencji można dopiero wnioskować, czy mamy do czynienia z remontem czy też przebudową (por. wyrok KIO z 7 października 2011, KIO 2078/11).

2.22. Po drugie, kwestie dotyczące ustalenia czy prace prowadzone na Linii 132 miały charakter przebudowy czy remontu było przedmiotem wyjaśnień Przystępującego z dnia 3 czerwca 2020

Dowód: Wyjaśnienia Przystępującego z 3 czerwca 2020 r. (Załącznik nr 7),

2.23 Niezależnie od powyższego, rozpoczynając polemikę z argumentami Odwołującego w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że zarówno pojęcie: „remont” jak i „przebudowa” są zdefiniowane na gruncie ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane jako:

Przebudowa

(art. 3 pkt 7a Pr. Bud.) należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego;

Remont (art. 3 pkt 8 Pr. Bud.) należy przez to rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym;

2:24. Stanowisko, co do interpretacji pojęcia „przebudowy” jak i „remontu” jest szeroko prezentowane zarówno w orzecznictwie jak i doktrynie i obejmuje ocenę interpretacji wykonywania robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego.

2.25. W orzecznictwie wskazuje się, że w braku legalnej definicji przez zmianę parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu, posiłkując się wykładnią językową należy przyjąć, że są to wielkości liczbowe wyznaczające stan układu fizycznego albo charakterystyczne wielkości różnych urządzeń, procesów. I tak, na gruncie orzecznictwa parametrem użytkowym i technicznym będą wszelkie wielkości, wyrażane w jednostkach miary czy też wagi elementów użytkowych, takich jak dach, okna, schody oraz technicznych, takich jak ciężar konstrukcji czy odporność przeciwpożarowa, które występują w przypadku danego obiektu budowlanego. Przykładem zmiany parametrów technicznych jest również wzmocnienie konstrukcji.

- 2.26. Również w przypadku obiektów linowych przyjmuje się, że roboty budowlane polegające na zmianie parametrów technicznych takich jak m.in. zmiana wysokości, miejsca lub sposobu posadowienia poszczególnych słupów, zwiększenie mocy lub zwiększenie pola elektromagnetycznego należy traktować jako przebudowę obiektu budowlanego w rozumieniu art. 3 pkt 7a Prawa Budowlanego. Podobnie, roboty budowlane polegające na całkowitym zdemontowaniu, rozebraniu obiektu budowlanego i zastąpienie go nową substancją należy traktować jako przebudowę lub odbudowę obiektu budowlanego. Nawet jeżeli roboty budowlane prowadzone są etapami w stosunku do poszczególnych fragmentów obiektu i de facto efektem tych robót będzie demontaż całego obiektu lub znacznej jego części i zastąpienie nową substancją, to tym samym nie można takich robót kwalifikować jako remontu, lecz jako przebudowę lub odbudowę obiektu budowlanego. Co więcej, nawet rozebranie określonych (zużytych) fragmentów obiektu wyklucza potraktowanie całości robót jako odtwarzających stan pierwotny, o których mowa w definicji terminu „remont” (Wyrok NSA z 20 października 2011, II OSK 1483/10).
- 2.27. Przekładając powyższe na grunt niniejszej sprawy prace dotyczące nawierzchni wykonane w ramach zadania Linii 132 miały charakter przebudowy m.in. z uwagi na kompleksową wymianę rozjazdów na podrozjazdnicach drewnianych i betonowych jak i z klasycznym przytwierdzeniem typu K oraz z napędami mechanicznymi i częściowo elektrycznymi, które przebudowano na nowej konstrukcji i o wyższych parametrach technicznych i użytkowych: na podrozjazdnicach strunobetonowych (tylko rozjazdy krzyżowe zabudowano na drewnie twardym), z przytwierdzeniem sprężystym, z iglicami szynowo - sprężystymi wraz ze stabilizatorami położenia iglic, z zamknięciami nastawczymi niewrażliwymi na pełzanie oraz z elektrycznymi napędami we wszystkich nowobudowanych rozjazdach.
- 2.28. Zważywszy, że w wyniku prowadzonych prac nastąpiła zmiana parametrów technicznych rozjazdów, a prowadzone prace polegały na całkowitym demontażu i zastąpienie ich nowymi typami rozjazdów o wyższych niż wcześniejsze parametrach technicznych i użytkowych, prowadzone prace należy uznać za przebudowę, a nie remont. Nie można bowiem mówić o remoncie nawierzchni w przypadku jej kompleksowej wymiany tj. całkowitego demontażu nawierzchni i zastąpieniu jej zupełnie nową poprzez dokonanie wymiany istniejącej nawierzchni.

2.29. Wbrew twierdzeniom Odwołującego zastosowanie materiałów o wyższych niż pierwotne właściwościach fizycznych i użytkowych świadczy o tym, że wykonane prace należy kwalifikować jako przebudowę. W orzecznictwie Izby potwierdza się, że o zmianie parametrów technicznych świadczy m.in. wzmocnienie elementów konstrukcyjnych np. wzmocnienie elementu konstrukcji zmienia ciężar konstrukcji oraz jego parametry mechaniczne, tj. wytrzymałość i odkształcalność

2.30. Co więcej, podwyższeniu parametrów użytkowych oraz zastosowaniu materiałów o wyższych niż dotychczasowe parametry świadczy m.in. zakres prac, który obejmował m.in.:

1) wymiana szyn w torach głównych zasadniczych nr 1 i 2 z istniejących szyn o profilu UIC60 z lat: 1983 — 1990, na szyny o wyższych parametrach eksploatacyjnych o profilu 60E1 X, klasy A z gatunku stali R260 (Producent: Trinecke Zelezarny a.s.);

2) wymiana rozjazdów na st. Strzelce Opolskie na rozjazdy o wyższych parametrach użytkowych (zastąpienie rozjazdów drewnianych rozjazdami strunobetonowymi PS-94);

3) zwiększenia grubości podsypki tłuczniowej z 0,30 m do 0,35 m.

Dowód: Oświadczenie Kierownika Budowy — LK 132 (Załącznik nr 6).

Wyciąg z Instrukcji d-1 -Trwałość graniczna podkładów (Załącznik nr 8).

PFU dla Linii 132 — pkt. 1.3 od str. 33, Tabela 1.15 Zestawienie robót — branża torowa (str. 35-29) (załącznik do Odwołania).

2.31. Dodatkowo, w ramach zadania Linia 132 poza nową nawierzchnią przebudowano również:

a) sieć trakcyjną — istniejąca sieć trakcyjna została zdemontowana i została zastąpiona nową siecią wraz z nowymi konstrukcjami wsporczyymi i fundamentami. Przy budowie nowej sieci trakcyjnej zastosowano większy przekrój niż pierwotny liny nośnej i dwóch przewodów jezdných wraz z osprzętem, a także wybudowano nowe konstrukcje wsporcze dotychczasowe konstrukcje wsporcze wykonane jako słupy żelbetowe, stalowe ceowniki i bramki zostały zastąpione przez słupy stalowe zbieżne, wykonane na fundamentach palowych. Nadmienić należy, że technologia fundamentów palowych wdrożona w Polsce dopiero około 20 lat temu, pozwoliła na wdrożenie całkowicie odmiennej i zdecydowanie skuteczniejszej od pierwotnie zastosowanej na tej linii ochrony ziemnozwarciowej i przeciwporażeniowej. Nowobudowana sieć trakcyjna YwsC120-2C przystosowana do prędkości 160 km/h, to jakościowo inna sieć, o wyższych parametrach technicznych niż sieć trakcyjna C95-2C przed przebudową;

b) 3 perony (dwa wyspowe dwukrawędziowe i jeden jednokrawędziowy) poprzez dostosowanie ich do obowiązujących przepisów tj. podwyższając m.in. ich wysokość do 55 cm z dotychczasowych ok. 30 cm jednokrawędziowy i 38 cm dwukrawędziowe oraz wykonaniem pochylni umożliwiających wjazd na nie osobom niepełnosprawnym. Powyższe potwierdza, że prace prowadzone przez Przystępującego stanowiły przebudowę, a nie remont.

Dowód: Wyjaśnienia Przystępującego z 3 czerwca 2020 r. (w aktach Postępowania).

PFU dla Linii 132 — Tabela 1.16 - Tabela 1.16 Zestawienie robót — branża sieć trakcyjna (str. 39), pkt. 1.3.2 (od str. 43) (załącznik do Odwołania).

2.32. Istotne znaczenie dla oceny prawnej czy w ramach przebudowy Linii 132 doszło do zmiany parametrów technicznych i użytkowych ma również to, że wykonanie robót budowlanych w ramach tego zadania oraz zastosowane rozwiązania techniczne i materiałowe pozwoliły na dostosowanie linii do interoperacyjności systemu kolei w ramach UE zgodnie z Dyrektywą 2008/57/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie interoperacyjności systemu kolei we Wspólnocie wraz z późniejszymi zmianami, która określa wymagania techniczne systemu kolejowego Unii Europejskiej (odnoszące się do Technicznych Specyfikacji Interoperacyjności — TSI) niezbędne dla zharmonizowania wymagań technicznych na terenie UE. Zapewnienie interoperacyjności Linii 132 na której prowadzone były prace stanowiło wymóg wynikający z PFU (część informacyjna pkt. 1.2.1) i zostało potwierdzone przeprowadzoną certyfikacją systemów oraz elementów systemów zastosowanych podczas przebudowy. W końcu, przeprowadzone prace pozwoliły na podniesienie prędkości pociągów z 80km/h do 120 km/h co potwierdza zmianę parametrów użytkowych obiektu jakim jest linia kolejowa.

Ad. B. Linia kolejowa nr 354 Poznań Główny POD — Chodzież — Piła Główna („Linia 354”)

2.33. Analogiczne zarzuty Odwołujący podnosi wobec doświadczenia wykazanego na spełnienie warunku opisanego w pkt. 8.6.1 lit. a) i b) IDW — Odwołujący kwestionuje charakter prac dotyczących nawierzchni i sieci trakcyjnej, twierdząc, iż prace stanowiły remont, a nie przebudowę.

2.34. Odnosząc się do powyższego, zasadnicza argumentacja Odwołującego opiera się na twierdzeniu, że prace miały charakter przebudowy wyłącznie w takim zakresie w jakim jako „przebudowę” opisano je w PFU. Powyższe twierdzenie nie jest zasadne z tego względu, że o charakterze prac (remont/ przebudowa) decyduje faktycznie wykonany zakres robót oraz okoliczności zmiany parametrów techniczno-użytkowych obiektu, zgodnie z definicją „przebudowy” zawartą w art. 3 ust. 7a Prawa budowlanego.

2.35. Podstawę do oceny jaki charakter miały prowadzone prace stanowi zestawienie stanu istniejącego w chwili rozpoczęcia prac w odniesieniu do wymagań Zamawiającego oraz prac faktycznie wykonanych. W zakresie stawianych zarzutów aktualność zachowuje przytoczona powyżej argumentacja prawa oraz wykładania definicji „przebudowy”, która odnosi się do zmiany parametrów techniczno-użytkowych obiektów.

- 2.36. Po pierwsze, zgodnie PFU dla Linii 354 prędkość konstrukcyjna dla której linia była projektowana wynosiła V 100 km/h (PFU dla linii 354, pkt. 3 Charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu - opis stanu istniejącego, str. 19). Natomiast, po wykonaniu robót prędkość miała wynosić odpowiednio V_p -120 km/h (pociągi pasażerskie) oraz V_p -80km/h (pociągi towarowe) (PFU dla linii 354, pkt 5.1 Charakterystyka eksploatacyjna linii po wykonaniu Robót, str. 63). Już sam fakt zwiększenia dopuszczalnej prędkości pociągów z v -100 km/h na v -120 km/h świadczy o tym, że doszło do zmiany parametrów techniczno-użytkowych obiektu.
- 2.37. Zmiana parametrów użytkowych była możliwa dzięki wykonaniu robót kwestionowanych przez Odwołującego, tj. robót dotyczących nawierzchni jak i sieci trakcyjnej.
- 2.38. W ramach przeprowadzonych robót Przystępujący wykonał kompleksową wymianę nawierzchni, której celem było podwyższenie prędkości konstrukcyjnej z pierwotnej 100 km/h do 120 km/h. (PFU, pkt. 5.2. Nawierzchnia: Wykonawca zobowiązany jest do wykonania kompleksowej wymiany nawierzchni torowej na nową, str. 64). Dla osiągnięcia tego celu zastosowane zostały elementy nawierzchni o wyższych parametrach od pierwotnych, w tym w szczególności podkłady, które z drewnianych i betonowych zastąpione zostały podkładami strunobetonowymi typu PS94 i PS93, a także przytwierdzenia klasyczne typu K, które zastąpione zostały unowocześnionymi przytwierdzeniami sprężystymi typu SB. Dodatkowo, dokonanie przebudowy nawierzchni torowej potwierdza przytoczony przez samego Odwołującego pkt. 6.2 PFU Nawierzchnia torowa.

Dowód: PFU dla linii 354 (załącznik do Odwołania).

- 2.39. Co się tyczy sieci trakcyjnej — wg opisu stanu istniejącego przed przebudową (PFU, pkt. 3.8 Sieć trakcyjna, str. 42) w torach szlakowych i głównych zasadniczych na odcinku Poznań POD- Piła Główna wybudowana jest sieć trakcyjna typu C120-2C rok budowy 1990. Jak wynika to wprost Katalogu Sieci Trakcyjnej (kod 3) taka sieć jest siecią skompensowaną, o sumarycznym przekroju 320 mm² Cu spełniającą wymagania do prędkości jazdy V -110 km/h.

2.40. Jak zostało wspomniane powyżej, wykonane w ramach inwestycji roboty budowlane miały pozwolić na dostosowanie linii do prędkości v-120 km/h. W związku z powyższym koniecznym było dostosowanie sieci trakcyjnej poprzez m.in. zastosowanie uelastycznień, tak aby osiągnąć parametr prędkości projektowanej. Powyższe potwierdza PFU pkt. 5.9.1.1 „Zakres prac dotyczących sieci trakcyjnej”, str. 68), gdzie wprost używa się sformułowania „Istniejącą sieć trakcyjną w torach głównych i torach zasadniczych stacji należy dostosować do prędkości 120 km/h”.

2.41. Powyższe okoliczności zostały potwierdzone w oświadczeniu projektanta dla linii 354 oraz regulaminach Zamawiającego (Wykaz parametrów sieci trakcyjnej), z których wynika, że dla linii 354 wg. regulaminu z 2017-2018 maksymalna prędkość wynosiła 110 km/h (str. 31-32 Załącznika nr 8A) zaś wg regulaminu z 2018-2019, a więc po przebudowie linii w 2018 r. — maksymalna prędkość to 120 km/h (str. 31 Załącznika nr 8B).

Dowód: Oświadczenie projektanta — linia nr 354 (Załącznik nr 9).

PKP PIK Regulamin sieci 2017-18 ((N ZA_2.12_20172018) (Załącznik nr 11A).

PKP PLK Regulamin sieci 2018-19 (N ZA_2.12_20182019) (Załącznik nr 11B).

2.42. Skoro zatem według stanu sprzed wykonania prac na Linii 354 prędkość konstrukcyjna wynosiła v- 100 km/h, a po wykonaniu prac dotyczących m.in. kompleksowej wymiany nawierzchni torowej oraz wykonaniu robót w sieci trakcyjnej dopuszczalna prędkość została zwiększona do v 120 km/h, to tego typu prace należy kwalifikować jako przebudowę, ponieważ doszło do zmiany parametrów użytkowych linii, co zgodnie z art. 3 ust. 7a ustawy Prawo budowlane mieści się w definicji „przebudowy”.

Ad. zarzutów i argumentacji dotyczącej wprowadzenia Zamawiającego w błąd

2.43 Przedstawiona powyżej argumentacja potwierdza, że zarzuty formułowane przez Odwołującego są bezzasadne. W konsekwencji, za bezzasadne należy uznać również zarzut rzekomego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, zarówno na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 jak i 17 PZP.

2.44. W tym miejscu należy zaznaczyć, że doświadczenie wykazywane przez Przystępującego dotyczy inwestycji realizowanych na rzecz Zamawiającego. Tym samym, Zamawiający ma lub co najmniej może mieć najlepszą wiedzę na temat zakresu prac realizowanego w ramach poszczególnych zadań. Przystępujący nie mógł zatem wprowadzić Zamawiającego w błąd w zakresie inwestycji, w których to właśnie Zamawiający był inwestorem.

2.45. Nie może być mowy o wprowadzeniu zamawiającego w błąd, skoro zamawiający był stroną umowy i posiadał pełną wiedzę, zarówno o przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i o sposobie wykonania umowy (por. wyrok KIO z 8 czerwca 2017, sygn. alt KIO 1033/17). Jak wskazuje się w orzecznictwie: Wprowadzenie Zamawiającego w błąd powinno być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy. Skutkiem zaś powinno być pozostawanie przez Zamawiającego w błędnym, przekonaniu co do rzeczywistego stanu rzeczy. Jednocześnie błędne przekonanie Zamawiającego powinno mieć przełożenie, na przebieg postępowania - istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie, zamówienia. (...) Tymczasem Zamawiający, jako inwestor usługi wskazanej jako Zadanie nr 1 w opisie doświadczenia Koordynatora branży zabezpieczenie i sterowanie ruchem kolejowym, dysponował informacjami dotyczącymi zakresu wykonanej dokumentacji projektowej/ wezwał Przystępującego do wyjaśnień w zakresie doświadczenia wskazanej na tę funkcję osoby. W ocenie Izby nie sposób mówić tu zatem o tym aby informacje podane w treści Załącznika nr 9 wywołały skutek w postaci błędnej oceny stanu faktycznego przez Zamawiającego i mogły mieć przełożenie - w sposób istotny - na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, skoro dotyczyły one okoliczności znanych Zamawiającemu (por. wyrok KIO z 28 listopada 2017 r., KIO 2343/17, KIO 2344/17).

2.46. Co więcej, zarzuty i argumentacja odnosząca się do różnic pomiędzy pojęciami „remontu” i „przebudowy” odnosi się do interpretacji przepisów prawa i chociażby z tego względu nie może być traktowane jako wprowadzenie w błąd. Trudno bowiem mówić o wprowadzeniu w błąd w sytuacji, gdy Odwołujący kwestionuje nie tyle okoliczności faktyczne, ale interpretację prawną pojęcia „remontu” i „przebudowy”. Z powyższych względów argumentacja Odwołującego oraz zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd nie zasługuje na uwzględnienie.

2.47. Jedynie z daleko idącej ostrożności Przystępujący wskazuje, iż dysponuje również innym, niewykazany dotychczas doświadczeniem, które pozwala na spełnienie warunków kwestionowanych przez Odwołującego. Chociażby z tego względu Przystępujący nie mógłby wprowadzić Zamawiającego w błąd, co do twierdzenia, że posiada doświadczenie, potwierdzające spełnianie warunków udziału w Postępowaniu.

2.48. W tym miejscu warto podkreślić, że w przypadku, gdy wykonawca posiada inne doświadczenie, które pozwala na wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, to wówczas nie można mówić o spełnieniu przesłanki wprowadzenia zamawiającego w błąd. Jak wskazuje się w orzecznictwie: by można było mówić o istotnym wpływie informacji wprowadzających w błąd na decyzje zamawiającego w postępowaniu, konieczne jest wykazanie, że zamawiający podjąłby na podstawie informacji nie wprowadzających w błąd inną decyzję niż na podstawie informacji wprowadzających w błąd. W stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy Konsorcjum (...) wskazało, jak się okazało, informację nieprawdziwą. Na podstawie wskazanej później informacji prawdziwej Zamawiający nie podjąłby innej decyzji niż ta, którą podjąłby, gdyby nie zauważył nieprawdziwości pierwotnie podanej informacji (...). Podanie nieprawdziwej informacji w realiach rozpoznawanej sprawy nie miało zatem wpływu na decyzję Zamawiającego. (por. wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach 13 września 2019, sygn. akt XIX Ga 953/19). Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy, interpretacja przepisów krajowych powinna uwzględniać fakt, że podstawą wykluczenia powinno być tylko "poważne wprowadzenie w błąd", a instytucje zamawiające (w myśl pkt 101 preambuły Dyrektywy 2014/24/UE) powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności.

3. Zarzuty dotyczące personelu

3.1. Równoległe do zarzutów dotyczących braku wykazania posiadania doświadczenia Odwołujący kwestionuje doświadczenie personelu wykazane przez Przystępującego w celu potwierdzenia warunków udziału opisanych w pkt. 8.6.2 IDW.

3.2. Zarzuty sformułowane przez Odwołującego wobec personelu Przystępującego mają co do zasady charakter pochodny wobec zarzutów dotyczących doświadczenia Przystępującego. W konsekwencji, oddalenie zarzutów dotyczących doświadczenia winno zatem skutkować również oddaleniem zarzutów formułowanych wobec personelu.

3.3. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Przystępujący wskazuje, że:

1) P. L. Ł. (kierownik robót torowych):

Wykazane doświadczenie: Linia 131 (stacja Strzelce Opolskie): 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". Ww. zadanie obejmowało przebudowę linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej w zakresie: przebudowy co najmniej 2 szlaków: Błotnica Strzelecka — Strzelce Opolskie; Szymiszów — Kamień Śląski oraz przebudowy 1 stacji kolejowej Strzelce Opolskie posiadającej co najmniej 2 tory główne zasadnicze, 1 tor główny dodatkowy oraz 3 krawędzie peronowe.

Stanowisko Odwołującego: W ocenie Odwołującego p. L. Ł. nie posiada wymaganego doświadczenia, a Przystępujący rzekomo wprowadził Zamawiającego w błąd, ponieważ zadanie dotyczące Linii 132 nie obejmowała budowy lub przebudowy nawierzchni torowej, a jedynie remont; zakres prac obejmował wyłącznie tory główne zasadnicze, a nie tory główne dodatkowe uzasadniając powyższe twierdzenia Odwołujący podtrzymał argumentację przywołaną w odniesieniu do doświadczenia Przystępującego ws. Linii 132.

Stanowisko Przystępującego: Zarzut jest bezzasadnym biorąc pod uwagę stanowisko Przystępującego i argumentację dotyczącą zakresu i charakteru prac prowadzonych na linii 132 i stacji Strzelce Opolskie. Jak wykazał Przystępujący prowadzone prace miały charakter przebudowy ponieważ prowadziły do zmiany parametrów funkcjonalnych i użytkowych linii. zadanie obejmowało przebudowę linii kolejowej nr 132 dwutorowej zelektryfikowanej w zakresie: przebudowy co najmniej 2 szlaków oraz przebudowy co najmniej 1 stacji kolejowej posiadającej co najmniej 2 tory główne zasadnicze, 1 tor główny dodatkowy oraz 3 krawędzie peronowe (szersza argumentacja przedstawiona w pkt. 2 niniejszego pisma oraz ppkt.1) Ad. pkt. 11.1.A Odwołania — Linia kolejowa nr 132 Błotnica Strzelecka — Opole Groszowice).

2) P. J. K. — (kierownik robót sterowania ruchem kolejowym):

Wykazane doświadczenie: m.in. Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 132 na odcinku Błotnica Strzelecka — Opole Groszowice od km 58,600 do km 93,750” - W ramach zadania wykonano przebudowę/budowę infrastruktury kolejowej w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym.

Stanowisko Odwołującego: W ocenie Odwołującego Przystępujący rzekomo wprowadził Zamawiającego w błąd, ponieważ prace na tej inwestycji nie obejmowały budowy lub przebudowy a wyłącznie remont. W tym zakresie Odwołujący powołał się na argumentację i dowody przedstawione w pkt II.1 odwołania.

Stanowisko Przystępującego: Zarzut jest bezzasadnym biorąc pod uwagę stanowisko Przystępującego i argumentację dotyczącą zakresu i charakteru prac prowadzonych na linii 132 i stacji Strzelce Opolskie. Jak wykazał Przystępujący prowadzone prace miały charakter przebudowy, ponieważ prowadziły do zmiany parametrów funkcjonalnych i użytkowych linii (szersza argumentacja przedstawiona w pkt. 2 niniejszego pisma oraz ppkt.1) Ad. pkt. II.1.A Odwołania — Linia kolejowa nr 132 Błotnica Strzelecka — Opole Groszowice). W ramach zadania była wykonana zarówno budowa i przebudowa urządzeń sterowania ruchem kolejowym m.in. przebudowano przejazd kolejowy w km 68,697 z kat. A do kat. B w zakresie urządzeń srk, na szlaku Tarnów Opolski — Opole Groszowice w torze nr 1 w km 91,600 został zabudowany nowy system detekcji stanów awaryjnych taboru (dsat) ASDEK z funkcjami PM(DNK), GM, GH, OK, zabudowano liniowe, dwukierunkowe, pólsmocznne blokady typu BEPSA. Zabudowa została potwierdzona w załączniku nr 7 - Wykaz robót budowlanych poz. 1 na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 8.6.1 f) (budowa co najmniej dwóch blokad liniowych wraz z powiązaniem do systemu stacyjnego), co nie było przez Odwołującego kwestionowane.

Dowód: List referencyjny dla lk 132 Błotnica Strzelecka — Opole Groszowice (Załącznik nr 12).

3) P. P. S. (kierownik budowy):

Wykazane doświadczenie: m.in. Wykonanie dokumentacji projektowej i robót budowlanych związanych z wymianą nawierzchni na linii kolejowej nr 273 Wrocław Gł. — Szczecin Gł. w torze nr 2 na odcinku Zielona Góra — Czerwieńsk od km 154,901 do km 165,722 wraz z robotami towarzyszącymi w ramach zadania pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 273 na odcinku Głogów — Zielona Góra — Rzepin — Dolna Odra” wraz z robotami uzupełniającymi. Roboty związane z budową lub przebudową infrastruktury kolejowej.

Stanowisko Odwołującego: w ocenie Odwołującego Przystępujący rzekomo wprowadził Zamawiającego w błąd, ponieważ w ocenie Odwołującego zadanie referencyjne obejmowało wykonanie robót budowlanych polegających na remoncie, a nie na wymaganej przez Zamawiającego budowie bądź przebudowie infrastruktury kolejowej, ponieważ w ocenie Odwołującego zakres prowadzonych prac nie prowadził do podwyższenia parametrów technicznych i użytkowych nawierzchni torowej.

Stanowisko Przystępującego: Zarzut jest bezzasadnym biorąc pod uwagę zakres i charakter prac prowadzonych na linii 273. Po pierwsze, p. P. S. został wskazany do pełnienia funkcji kierownika budowy a nie jak wskazał Odwołujący kierownika robót sterowania ruchem kolejowym (str. 23 odwołania). Po drugie, Odwołujący jest niekonsekwentny w swojej argumentacji, ponieważ kwestionuje doświadczenie Przystępującego dotyczące linii 273, zaś nie zakwestionował wykazanego doświadczenia p. S. zdobytego właśnie na inwestycji dot. linii 354. Po trzecie, nawet przy nie uwzględnieniu kwestionowanego doświadczenia dot. linii 273 p. S. posiada wymagane w warunku doświadczenia jako kierownik budowy lub kierownik robót,

Analogicznie jak w przypadku Linii 132 oraz Linii 354 roboty prowadzone na linii 273 obejmowały zmianę parametrów użytkowych obiektu. W ramach prac wykonano m.in. przebudowę układu torowego na posterunku odgałęźnym Przylep poprzez wybudowanie toru nr 2a wraz z kozłem oporowym oraz 1 szt. rozjazdu i zabudowy odcinka toru z nowych szyn 60E1 bezстыkowych (z przytwierdzeniem sprężystym) oraz rozbiórką peronu nr 2 na ww. posterunku oraz budowę nowego peronu wraz z dojściem do peronu z wydzielonym pasem dla osób niepełnosprawnych i wykonaniem pochylni, przebudowa przejazdu kolejowego w km 160,279 — co stanowi o zmianie parametrów użytkowych obiektu.

Dowód: Oświadczenie projektanta — Linia 273 (Załącznik nr 10).

3.4. Jedynie z daleko idącej ostrożności Przystępujący wskazuje, iż wskazany personel dysponuje również innym doświadczeniem, a sam Przystępujący, z uwagi na skalę prowadzonej działalności oraz realizowanych inwestycji kolejowych, dysponuje również innym, niewykazanym dotychczas personelem, którego doświadczenie pozwala na spełnienie warunków kwestionowanych przez Odwołującego. Biorąc również tę okoliczność pod uwagę Przystępujący nie mógłby wprowadzić Zamawiającego w błąd, co do twierdzenia, że posiada doświadczenie, potwierdzające spełnianie warunków udziału w Postępowaniu.

4. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 PZP i art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP

4.1. Alternatywnie do zarzutów dotyczących wprowadzenia Zamawiającego w błąd Odwołujący zarzuca Zamawiającemu rzekome zaniechanie wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót budowlanych, ponieważ w ocenie Odwołującego dokumenty przedstawione przez Przystępującego nie potwierdzają wymaganych okoliczności.

4.2. W ocenie Odwołującego, przedłożone przez Przystępującego dokumenty dotyczące realizowanej na rzecz Zamawiającego inwestycji pod nazwą „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych «Modernizacja linii kolejowej nr 354 Poznań Główny — POD — Chodzież — Piła Główna» w ramach Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2014-2020” (poz. 2 Wykazu robót) („Linia 354”) nie potwierdzają należytego wykonania i ukończenia przez Przystępującego robót budowlanych w ramach Inwestycji. Odwołujący stoi na stanowisku, że skoro przedłożone przez Przystępującego dokumenty zostały wystawione przed zakończeniem wykonywania całości robót składających się na Inwestycję, to nie jest możliwe wykazanie za ich pomocą należytego wykonania robót budowlanych w zakresie objętym warunkami udziału w Postępowaniu.

4.3. Odnosząc się do powyższego zarzutu, w pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że Odwołujący w pkt. III.6 odwołania stwierdził, że na potwierdzenie wykonania robót w ramach Linii 354 Przystępujący przedłożył jedynie następujące dokumenty:

(i) protokół odbioru technicznego robót z dnia 30 listopada 2017 roku,

(ii) protokół odbioru eksploatacyjnego z dnia 1 grudnia 2017 roku,

oraz

(iii) protokół odbioru technicznego usunięcia usterek z dnia 5 grudnia 2017 roku

(dalej łącznie jako „Protokoły”).

4.4. Odwołujący, z niewiadomych Przystępującemu przyczyn w ogóle pominął złożone przez Przystępującego poświadczenie z dnia 4 czerwca 2020 roku, również odnoszące się do Inwestycji („Poświadczenie”).

- 4.5. Powyższe jest o tyle istotne, że w Poświadczeniu zaznaczono wprost, że „przedmiot umowy został zrealizowany terminowo, z należytą starannością, zgodnie z obowiązującymi uregulowaniami prawnymi”. Poświadczenie stanowi zatem potwierdzenie należytego wykonania przez Przystępującego robót składających się na Inwestycje. Już tylko z tego powodu przedmiotowy zarzut odwołania nie zasługuje na uwzględnienie.
- 4.6. Niezależnie od powyższego, Przystępujący stoi na stanowisku, że już tylko i wyłącznie na podstawie Protokołów możliwe było stwierdzenie należytego wykonania przez Przystępującego robót budowlanych wchodzących w skład inwestycji, w zakresie w jakim były one wymagane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.
- 4.7. W tym miejscu warto przypomnieć, że zgodnie z Wykazem robót, Przystępujący wskazał inwestycję dot. Linii 354 na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu określonych w pkt. 8.6.1 a), 8.6.1 b) oraz 8.6.1 i) IDW. Przywołane warunki udziału w Postępowaniu odnoszą się zaś nie do inwestycji rozumianych jako nierozzerwalna całość, wyłącznie do konkretnych zakresów robót budowlanych, tj. odpowiednio (i) budowy lub przebudowy nawierzchni linii torowej, (ii) budowy lub przebudowy sieci trakcyjnej oraz (iii) budowy przepustów oraz przejścia dla pieszych pod torami.
- 4.8. Innymi słowy w świetle wymagań IDW nie jest konieczne, aby ukończona została cała inwestycja, w ramach której wykonawcy wykonywali objęte warunkami udziału w Postępowaniu zakresy robót, a wyłącznie, aby zrealizowane zostały te konkretne zakresy robót. Potwierdzeniem ich należytego wykonania w obrębie Inwestycji są zaś właśnie przedłożone przez Przystępującego Protokoły (oraz dodatkowo późniejsze Poświadczenie).
- 4.9. W tym miejscu należy zaznaczyć, że ukształtowanie warunków udziału w Postępowaniu w opisany powyżej sposób oraz wiążąca się z tym możliwość wykazania ich spełnienia za pomocą Protokołów (a nie jak chce Odwołujący — wyłącznie za pomocą Świadczeń Przejęcia) nie stanowi jednorazowego przypadku, lecz jest wyrazem stałej praktyki Zamawiającego.

4.10. W kontekście powyższego, Przystępujący podnosi przede wszystkim, że Zamawiający sformułował warunki udziału w analogiczny sposób również w prowadzonym równolegle postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych na odcinku Czyżew-Białystok od km 107,260 do km 178,500 w ramach projektu „Prace na linii E75 na odcinku Czyżew-Białystok” („Postępowanie Rail Baltica”). Podobnie jak w przypadku przedmiotowego odwołania, również w Postępowaniu Rail Baltica jeden z wykonawców dowodził należytego wykonania robót przy pomocy dokumentów tożsamych do Protokołów, co zostało zakwestionowane przez jego konkurentów w drodze odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej.

4.11. W wyroku z dnia 6 marca 2020 roku, sygn. akt KIO 298/20, KIO 356/20, Izba oddaliła jednak przedmiotowe odwołania, dopuszczając możliwość wykazania spełnienia warunków udziału za pomocą dokumentów analogicznych do Protokołów. W uzasadnieniu orzeczenia, wskazano przede wszystkim, że „Zamawiający przyznał, że w postępowaniach przez niego prowadzonych praktyką jest uznanie za wystarczające doświadczenia w wykonaniu robót objętych odbiorem eksploatacyjnym. (...) Powyższe oznacza, że przedstawienie protokołu eksploatacyjnego jako dokumentu potwierdzającego wykonanie prac stanowi praktykę i konsekwentne działanie w przypadku niniejszego Zamawiającego, nie stanowi precedensu utworzonego na potrzeby pozytywnej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę Konsorcjum Intercor”.

4.12. Powyższe doprowadziło skład orzekający do wniosku, że uznanie zarzutów obu odwołań za zasadne prowadziłyby do sytuacji, w której Zamawiający w zależności od postępowania w jednym z nich dokonuje akceptacji doświadczenia, o którym mowa powyżej a w innym postępowaniu neguje zasadność przyjęcia takiego rozwiązania, co mogłoby prowadzić do braku zachowania równości w ocenie wykonawców i sytuacji, w której wykonawca przystępujący do postępowania nie będzie posiadał pewności, czy dane doświadczenie, pozytywnie ocenione na gruncie poprzedniego przetargu, zostanie zaakceptowane również i w tym postępowaniu”,

4.13. Wyrażony powyżej przez Izbę pogląd znajduje w pełni zastosowanie również w niniejszej sprawie. Skoro bowiem warunki udziału w Postępowaniu zostały sformułowane w sposób tożsamy do tych przewidzianych w Postępowaniu Rail Baltica, to nie można odmówić Przystępującemu prawa do wykazania ich spełnienia za pomocą analogicznych dokumentów, tj. Protokołów. Prowadziłoby to bowiem do naruszenia naczelnych zasad Prawa zamówień publicznych, tj. zarówno zasady równego traktowania wykonawców (Przystępujący byłby potraktowany w identycznej sytuacji gorzej niż wykonawca posługujący się analogicznymi dokumentami w prowadzonym przez Zamawiającego Postępowaniu Rail Baltica), a także zasady przejrzystości (Przystępujący zostałby bezzasadnie pozbawiony możliwości wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu przy pomocy Protokołów, mimo że znana jest mu praktyka Zamawiającego dotycząca akceptacji analogicznych dokumentów w innych prowadzonych przez niego postępowaniach).

4.14. Co istotne, Odwołujący również był uczestnikiem Postępowania Rail Baltica i znany jest mu wyrok Izby z dnia 6 marca 2020 roku, sygn. akt KIO 298/20, KIO 356/20.

4.15. Z powyższych względów, przedmiotowy zarzut odwołania nie zasługuje na uwzględnienie.

Załączniki: dowody – w aktach sprawy jak poniżej:

Załącznik nr 1 Schemat układu torowego na stacji Strzelce Opolskie

Załącznik nr 2 Ogłoszenie o zamówieniu dla Zadania Kraków

Załącznik nr 3 Odpowiedź na odwołanie z 21 października 2015 r.

Załącznik nr 4 Korespondencja e-mail z 20 października 2015 r. — załącznik do odpowiedzi na odwołanie z 21 października 2015 r.

Załącznik nr 5 Oświadczenie Inspektora Nadzoru — LK 132

Załącznik nr 6 Oświadczenie Kierownika Budowy — LK 132

Załącznik nr 7 Wyjaśnienia Przystępującego z 3 czerwca 2020 r.

Załącznik nr 8 Wyciąg z Instrukcji d-1 -Trwałość graniczna podkładów

Załącznik nr 9 Oświadczenie projektanta — linia nr 354

Załącznik nr 10 Oświadczenie projektanta — linia nr 273

Załącznik nr 11A PKP PLK Regulamin sieci 2017-18 (N ZAL_2.12 20172018)

Załącznik nr 118 PKP PLK Regulamin sieci 2018-19 (N ZAL_2.12 20182019)

Załącznik nr 12 List referencyjny dla lk 132 Błotnica Strzelecka — Opole Groszowice.

Poniżej przedstawiono prezentację stanowisk stron (odwołującego i zamawiającego) oraz przystępującego po stronie zamawiającego wraz ze wskazaniem wniosków dowodowych, zgłoszonych w toku postępowania odwoławczego, po złożeniu odwołania i odpowiedzi na odwołanie oraz stanowiska przystępującego, na posiedzeniach rozprawy w dniach 11.08.2010; 21.08.2020;07.09.2020 roku, z odniesieniem Izby co do ich znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu zawisłego na podstawie wniesionego odwołania.

Pismo odwołującego z dnia 10 sierpnia 2020r.

Działając w imieniu Odwołującego, tj. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, w uzupełnieniu argumentacji przedstawionej w odwołaniu, niniejszym wnoszę do dopuszczenie dowodów z dokumentów wskazanych poniżej na okoliczność wykazania, że PORR S.A. (dalej jako „PORR” lub „Wykonawca”) nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu, w zakresie wskazanym w odwołaniu i podnoszę dodatkowo, co następuje:

Zgodnie z wymaganiami SIWZ (pkt 8.6.1. lit. d) IDW) wykonawcy mieli wykazać się doświadczeniem opisanym w następujący sposób:

Budowa lub Przebudowa co najmniej 1 (jednej) stacji kolejowej, przy czym Budowa lub Przebudowa obejmowała co najmniej 2 (dwa) tory główne zasadnicze i co najmniej 1 (jeden) tor główny dodatkowy wraz z nawierzchnią, podtorzem i odwodnieniem oraz co najmniej 2 (dwa) perony obejmujące co najmniej 3 (trzy) krawędzie peronowe.

PORR na potwierdzenie, że spełnia tak określony warunek udziału w postępowaniu przedstawił doświadczenie zdobyte przy realizacji inwestycji pod nazwą: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 132 na odcinku Błotnica Strzelecka - Opole Groszowice.

Oświadczając przy tym (pkt 1 Wykazu robót budowlanych), że w ramach wskazanej inwestycji zdobył następujące doświadczenie: „przebudowa stacji kolejowej Strzelce Opolskie, przy czym przebudowa obejmowała co najmniej dwa tory główne zasadnicze i co najmniej jeden tor główny dodatkowy wraz z nawierzchnią, podtorzem i odwodnieniem oraz co najmniej dwa perony obejmujące co najmniej 3 krawędzie peronowe”.

Jak wskazano w odwołaniu, oświadczenie to jest niezgodne ze stanem rzeczywistym, a to z uwagi na następujące okoliczności:

A. Zadanie to nie polegało na przebudowie stacji kolejowej „Strzelce Opolskie”, lecz na jej remoncie.

Zgłoszenie robót budowlanych do Opolskiego Urzędu Wojewódzkiego, dokonane w imieniu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (Zamawiający w obecnym postępowaniu), dotyczyło robót budowlanych remontowych. Określenia: „przebudowy, rozbiórki”, znajdujące się w tytule wzoru dokumenty zostały przekreślone. O tym, że przy ww. zadaniu mamy do czynienia z remontem świadczy również pkt 1 Zgłoszenia (cyt.): Opis robót: remont — wymiana nawierzchni torowej wraz z robotami towarzyszącymi. Co przy tym istotne, organ potwierdza, że przyjętą przez inwestora klasyfikacja robót jako remontu nie budziła żadnych wątpliwości, Opis robót: remont – wymiana nawierzchni torowej wraz z robotami towarzyszącymi.

We wskazanym punkcie Dokumentacji określono także cele, jakie spełniać ma ww. zadanie, a mianowicie wskazano, że ww. zakres prac pozwoli na utrzymanie parametrów eksploatacyjnych linii. Sformułowanie to potwierdza, że prace były wykonywane przy ustalonych z góry, koniecznych do zachowania, nie zaś zmiany parametrach techniczno-eksploatacyjnych linii, co w świetle § 3 pkt 11 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie dodatkowo potwierdza, że w sprawie mamy do czynienia z remontem budowli kolejowej.

Z kolei w pkt 4 ww. Dokumentacji — Opis stanu projektowanego, w zakresie stacji Strzelce Opolskie wskazano na konieczność wykonania m. in. następujących prac: Wymiana nawierzchni torowej w torze nr 1, Naprawa nawierzchni — wymiana szyn w torze nr 2, Remont peronów — rozbiórka istniejącej nawierzchni peronu 1, 2 i 3, remont peronu — dostosowanie krawędzi. peronowej do wysokości 55 cm i długości 200 m oraz odpowiednio remont wiaty peronowej i/lub wykonanie dojścia do peronu i pochylni.

Jak wynika z powyższego, projektant działający na rzecz PORR konsekwentnie w całej Dokumentacji technicznej zakres wykonywanych robót na stacji Strzelce Opolskie określa jako „remont”.

Odwołujący wskazuje w tym miejscu dodatkowo, że ww. zadanie zostało wskazane przez PORR również na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.1. lit. a) IDW. Również ten warunek wymagał posiadania doświadczenia w budowie lub przebudowie nawierzchni torowej. Wykonawca PORR w Wykazie robót budowlanych oświadczył, że na ww. zadaniu przebudował nawierzchnię torową na wymaganej przez Zamawiającego długości, przy czym — jak wynika z załączonej do niniejszego pisma Dokumentacji Technicznej i zgłoszenia robót do właściwego organu — sam wykonawca i działający na jego zlecenie projektant określali ten zakres robót (na etapie jego wykonywania) jako remont. Odwołujący jedynie dodatkowo podkreśla, że za przebudowę nawierzchni trudno uznać w szczególności wymianę szyn, a taki zakres robót jednoznacznie wskazano w Dokumentacji Technicznej jako zakres robót do wykonania dla toru 2.

B. Zadanie to nie obejmowało, na stacji kolejowej „Strzelce Opolskie”, przebudowy co najmniej 2 (dwóch) torów głównych zasadniczych i co najmniej 1 (jednego) toru głównego dodatkowego wraz z nawierzchnią, podtorzem i odwodnieniem.

Uzupełniająco wskazuje, że z przywołanego już pkt 4 Dokumentacji Technicznej dla ww. zadania wynika jednoznacznie, że w zakresie toru 2 na stacji Strzelce Opolskie PORR poprzestał na wymianie szyn, a więc prace nie dotyczyły podtorza. W zakres robót dot. toru nr 1 wchodziła zaś wyłącznie wymiana nawierzchni torowej, a więc roboty nie obejmowały podtorza, jak wymagał tego warunek udziału w postępowaniu.

Ten sam opis potwierdza, że prace na stacji Strzelce Opolskie dotyczyły wyłącznie toru nr 1 i nr 2, a więc dwóch torów głównych zasadniczych i nie obejmowały przebudowy toru głównego dodatkowego.

Powyższa okoliczność znajduje dodatkowe potwierdzenie w materiałach filmowych dostępnych na stronie internetowej: <https://www.youtube.com/watch?v=df9mrdOhndE> — dworzec Strzelce Opolskie po rewitalizacji, 10 maj 2015r. Na filmie tym (czas: 2:12, 2:45, 3:01) doskonale widać tory dodatkowe, które mają — po zakończonej rewitalizacji — zardzewiałe szyny, są porośnięte trawą, a znajdujący się na nich tłuczeń jest brudny (nosi ślady długotrwałego użytkowania). Warto przy tym zestawić to ujęcie torów dodatkowych z ujęciami, na których widać tory główne zasadnicze (np. czas 2:33), na których nie ma roślinności, tłuczeń jest czysty i równo ułożony (nie nosi śladów długotrwałego użytkowania). Już tylko to zestawienie jednoznacznie świadczy o tym, że na torach dodatkowych nie były wykonywane przez PORR roboty, które można by uznać za przebudowę torów. <https://www.youtube.com/watch?v=20TkTltwsHY>; <https://www.youtube.com/watch?v=ffDBKYVbc0>; - film z przejazdu na trasie Wrocław — Strzelce Opolskie (film z czerwca 2017r.), gdzie w końcowej części filmu widać wjazd na stację Strzelce Opolskie, w tym rozjazd z dwóch torów głównych zasadniczych na tory zasadnicze dodatkowe prowadzące do dalszych peronów (czas: od 1:11:29) — tory dodatkowe są częściowo zarośnięte, a znajdujący się na nich tłuczeń nosi ślady długotrwałego użytkowania, co jednoznacznie świadczy o tym, że nie tylko nie były poddane przebudowie (jak twierdzi PORR), ale nawet nie były przedmiotem remontu.

Powyżej wskazane dowody w sposób jednoznaczny świadczą o tym, że Wykonawca PORR, opisując doświadczenie zdobyte na zadaniu pod nazwą: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 132 na odcinku Błotnica Strzelecka — Opole Groszowice, podał informacje niezgodne ze stanem rzeczywistym.

Co przy tym istotne, Wykonawca PORR jako wykonawca, który realizował to konkretne zadanie był w posiadaniu dokumentów wskazanych powyżej, w tym w szczególności znana musiała mu być Dokumentacja Techniczna opracowana na jego zlecenie i stanowiąca podstawę do wykonania przez niego robót budowlanych. Z Dokumentacji tej jednoznacznie wynika, że zadanie to polegało na wykonaniu remontu, a co za tym idzie w niniejszej sprawie nie istniały jakiegokolwiek względy, które uzasadniałyby określenie zakresu robót wykonywanych przez PORR jako przebudowy. Nie sposób uznać za dopuszczalną taką sytuację, w której wykonawca na etapie sporządzania dokumentacji technicznej i ubiegania się o zgody ze strony właściwych organów administracji publicznej na rozpoczęcie wykonywania robót budowlanych uznaje je za remont, natomiast na etapie powoływania się na doświadczenie zdobyte przy wykonywaniu tych robót, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, uprzednio przyjętą przez siebie klasyfikację robót z remontu zmienia na przebudowę. Działanie takie świadczy co najmniej o braku wymaganej od wykonawcy staranności, a nawet — w ocenie Odwołującego — może świadczyć o celowym wprowadzeniu Zamawiającego w błąd.

Załączniki:1)Zgłoszenie robót budowlanych (remontowych) z dnia 20.06.2013r;

2)Dokumentacji techniczna opracowana na zlecenie PORR przez firmę Solid- Rail sp. z o.o

Izba

Izba dokonując oceny argumentacji odwołującego, stanowiącej kontynuację argumentacji odwołania wraz z przywołanymi w tym piśmie dowodami to jest zgłoszenia robót budowlanych oraz dokumentacji technicznej wykonawcy, nie podziela wniosków odwołującego co do kwalifikacji robót budowlanych, będących realizacją zamówienia pn „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 132 na odcinku Błotnica Strzelecka - Opole Groszowice, do remontu.

Odwołujący skutki użycia w dokumencie zgłoszenia robót jak i dokumentacji technicznej nazwy „remont” przenosi na całość robót to jest zarówno na szlaku kolejowym jak i stacji Błotnica Strzelecka, to jest do wymogu doświadczenia z pkt 8.6.1. lit. a (szlak kolejowy) i lit.d. (stacja).

Odwołujący pomimo przykładowego przywołania robót jakie wykonywał PORR na okoliczność, że to był remont, a nie budowa lub przebudowa cytuje zakresy robót, które wskazują wręcz na budowę, czy też przebudowę linii kolejowej nr 132 , czy też stacji kolejowej Błotnica Strzelecka.

I tak za budowę lub przebudową przemawiają takie opisy robót jak np.: „Opis robót: remont-wymiana nawierzchni torowej wraz z robotami towarzyszącymi”, „wymiana nawierzchni torowej w torze nr 1”, „naprawa nawierzchni – wymiana szyn w torze nr 2”, „remont peronów – rozbiórka istniejącej nawierzchni peronu 1,2,3, remont peronu-dostosowanie krawędzi peronowej do wysokości 55 cm i długości 200m oraz odpowiednio remont wiaty peronowej i/lub wykonanie dojścia do peronów i pochylni”.

Dla odwołującego dokument, w którym używa się określenia tytułowego „remont”, a nie faktyczny zakres wykonanych robót, nawet wynikający z tego dokumentu, stanowi o przedmiocie robót, który niesłusznie sprowadza do remontu, a nie budowy czy też przebudowy. Z punktu widzenia czysto formalnego, rozstrzygając to zagadnienie, można ocenić przedmiotową sytuację na szlaku kolejowym Nr 132 jako remont, skoro nazewnictwo o rodzaju robót posługuje się zwrotem „remont”, chociaż wskazany przykładowy zakres robót wymieniony w tych dokumentach, powinien budzić wątpliwości czy rzeczywiście chodzi o remont, czy o budowę albo przebudowę. Natomiast wobec kategorycznego stanowiska zamawiającego jak i przystępującego PORR, zaprzeczającego kwalifikacji robót do remontu, a także z punktu widzenia logicznej oceny sytuacji, obowiązkiem Izby jest faktyczne ustalenie jakiego rodzaju roboty zostały wykonane zarówno na szlaku kolejowym Nr 132, jak i na stacji Błotnica Strzelecka. Wątpliwości, co do prawidłowego nazwania robót jako remontu a nie budowy czy też przebudowy, wynikają już z samego opisu czynności, które wchodzi w zakres rzekomego „remontu”. Na te wątpliwości wskazują wymienione przez samego odwołującego cytowane powyżej zwroty w przywołanych dokumentach. I tak określenie zakresu robót jako „remont-wymiana nawierzchni torowej wraz z robotami towarzyszącymi” wymaga wyjaśnienia czy wymiana nawierzchni torowej wraz z robotami towarzyszącymi to remont, czy też budowa, czy przebudowa. Skoro ma być wymiana nawierzchni torowej i to z robotami towarzyszącymi to znaczy, że ma być dotychczasowa nawierzchnia torowa rozebrana i wybudowana w to miejsce nowa nawierzchnia torowa. Czym jest nawierzchnia torowa – to konstrukcja przystosowana do przenoszenia na grunt obciążeń stałych i ruchomych związanych z ruchem pojazdów kolejowych, składająca się z toru, po którym poruszają się pojazdy kolejowe, elementów podporowych, elementów przytwierdzających i łączących oraz podsypki. Elementy te służą do zbudowania toru szynowego, który stanowi dwa równoległe toki szynowe, ułożone w ustalonej między nimi odległości. Tor ma odpowiednie położenie w planie i profilu. Tor w planie składa się z odcinków prostych i krzywych (obejmujących łuki z krzywymi przejściowymi), w profilu zaś – z odcinków położonych w poziomie i na pochyleniu (wzniesienia i spadki) oraz z załomów profilu podłużnego. Do nawierzchni kolejowej zalicza się także rozjazdy oraz skrzyżowania torów (Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie - Dz.U.1998 Nr 151, poz.987 ze zm.). Podsumowując w ocenie Izby, uwzględniającej powyższą definicję nawierzchni torowej, wymiana nawierzchni torowej wraz z robotami towarzyszącymi to roboty rozbiórki i odbudowy nawierzchni torowej z podtorzem i odwodnieniem oraz ułożeniem toru. Roboty te co do zasady kwalifikują się do odbudowy (czyli budowy – art.3 pkt 6 – a nie do przebudowy art.3 pkt 7a – a tym bardziej nie do remontu art.3 pkt 8 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane – Dz.U. j.t. 2019r. poz.1186 ze zm.). Również zwrot „naprawa nawierzchni- wymiana szyn w torze nr 2 stacja Błotnica Strzelecka oznacza co najmniej przebudowę. Chociażby z uwagi na postęp techniczny i technologiczny, w porównaniu do lat 80 – 90 ubiegłego stulecia, z których budowa kolei pochodzi, również w kolejnictwie, co dla Izby jest faktem oczywistym, wymiana szyn to co najmniej przebudowa z uwagi na użyte materiały w wykonawstwie,

osiągające wyższe parametry techniczne i użytkowe w związku nie tylko z samymi szynami, ale podkładami na których szyny się układa i mocowaniami szyn do podkładów. Na te okoliczności wskazywał zarówno zamawiający, jak i przystępujący w pismach powyżej cytowanych i składanych na tę okoliczność protokołów odbiorów technicznych – eksploatacyjnych (odpowiedź zamawiającego z dnia 10.08.2020r. oraz stanowisko przystępującego PORR z dnia 11.08.2020r.), wskazujących na użyte nowocześniejsze, bardziej trwałe i elastyczne materiały budowlane (podkłady kolejowe i przytwierdzenia szyn do podkładów). Również jak cytuje zakres robót sam odwołujący to jest: rozbiórka peronów 1,2,3 i remont dostosowujący krawędzie peronowe do wysokości 55 cm i wykonanie dojścia do peronu i pochylni, w ocenie Izby wskazuje to na odbudowę, którą prawo budowlane zalicza do budowy, wraz z przebudową (zmiana parametru wysokości peronu), a co spełnia wymóg doświadczenia zawodowego sprecyzowanego jako „budowa lub przebudowa”.

Tak więc, **Izba** nie uwzględnia postawionych zarzutów w odwołaniu, jak i kontynuowanych w przedmiotowym piśmie odwołującego, że co do zasady „Zadanie PORR nie polegało na przebudowie stacji kolejowej „Strzelce Opolskie” oraz szlaku kolejowego Nr 132, lecz na ich remoncie” oraz co do szczegółu, że „Zadanie to nie obejmowało, na stacji kolejowej Strzelce Opolskie, przebudowy co najmniej 2 (dwóch) torów głównych zasadniczych oraz co najmniej dwóch peronów obejmujących co najmniej trzy krawędzie peronowe”.

Niemniej **Izba** przyznała rację odwołującemu, co do braku wykazania przez przystępującego PORR przebudowy, czy też budowy co najmniej 1 (jednego) toru głównego dodatkowego wraz z nawierzchnią, podtorzem i odwodnieniem na stacji.

Bowiem jak sam przystępujący potwierdzał na kolejnych posiedzeniach z rozprawy, tory główne dodatkowe (3, 7) na stacji Strzelce Opolskie podlegały odbudowie w pełnym zakresie to jest co do nawierzchni, podtorza i odwodnienia, ale w związku z wymianą rozjazdów, budową peronów co wymuszało odbudowę torów głównych dodatkowych przy czym na odcinkach do 7-8 metrów od rozjazdu a nie na całej długości torów, przynależących do stacji kolejowej i wynoszących kilkaset metrów.

Także zamawiający na posiedzeniu Izby uwzględnił odwołanie co do zarzutu nie wykazania doświadczenia zawodowego w zakresie pkt 8.6.1 lit.d) IDW zmieniając interpretację przedmiotowego postanowienia IDW, że wystarczyło przebudować /odbudować jeden tor główny dodatkowy tylko na pewnym odcinku w związku z wymianą rozjazdów w torach (3,5,7) a nie na całej długości jednego toru głównego dodatkowego przynależnego do stacji „Strzelce Opolskie”.

Przy czym co do uwzględnienia przez zamawiającego odwołania, w tym zakresie, przystępujący zgłosił na posiedzeniu bezzwłocznie sprzeciw. **Izba** oceniając materiał dowodowy dała wiarę twierdzeniom odwołującego w związku z przedstawionym materiałem zdjęciowym oraz filmem prezentowanym na posiedzeniu, a obrazującym zakres wykonanych prac na stacji Strzelce Opolskie. Potwierdziły się fakty co do twierdzeń odwołującego: „Ten sam opis potwierdza, że prace na stacji Strzelce Opolskie dotyczyły wyłącznie toru nr 1 i nr 2, a więc dwóch torów głównych zasadniczych i nie obejmowały przebudowy toru głównego dodatkowego. Powyższa okoliczność znajduje dodatkowe potwierdzenie w materiałach filmowych dostępnych na stronie internetowej: <https://www.youtube.com/watch?v=df9mrdOhndE> — dworzec Strzelce Opolskie po rewitalizacji, 10 maj 2015r. Na filmie tym (czas: 2:12, 2:45, 3:01) doskonale widać tory dodatkowe, które mają — po zakończonej rewitalizacji — zarzewiałe szyny, są porośnięte trawą, a znajdujący się na nich tłuczeń jest brudny (nosi ślady długotrwałego użytkowania). Warto przy tym zestawić to ujęcie torów dodatkowych z ujęciami, na których widać tory główne zasadnicze (np. czas 2:33), na których nie ma roślinności, tłuczeń jest czysty i równo ułożony (nie nosi śladów długotrwałego użytkowania). Już tylko to zestawienie jednoznacznie świadczy o tym, że na torach dodatkowych nie były wykonywane przez PORR roboty, które można by uznać za przebudowę torów. <https://www.youtube.com/watch?v=20TkTltwsHY>; <https://www.youtube.com/watch?v=ffDBKYyVbc0>; - film z przejazdu na trasie Wrocław — Strzelce Opolskie (film z czerwca 2017r.), gdzie w końcowej części filmu widać wjazd na stację Strzelce Opolskie, w tym rozjazd z dwóch torów głównych zasadniczych na tory zasadnicze dodatkowe prowadzące do dalszych peronów (czas: od 1:11:29) — tory dodatkowe są częściowo zarośnięte, a znajdujący się na nich tłuczeń nosi ślady długotrwałego użytkowania, co jednoznacznie świadczy o tym, że nie tylko nie były poddane przebudowie (jak twierdzi PORR), ale nawet nie były przedmiotem remontu.

Powyższe skutkuje uwzględnieniem zarzutu w całości co do pkt 8.6.1. lit. d IDW, ponieważ w ocenie **Izby** tor główny dodatkowy powinien być przebudowany na całym odcinku torowym przynależnym do stacji kolejowej, a nie tylko na odcinkach torów głównych dodatkowych (3,7), w związku z wymianą rozjazdów oraz wykonaniem wstawek rozjazdowych o długości ponad 7 m (nr 7 i nr 5).

Zgodnie z wymaganiami SIWZ (pkt 8.6.1. lit. d) IDW) wykonawcy mieli wykazać się doświadczeniem opisanym w następujący sposób:

Budowa lub Przebudowa co najmniej 1 (jednej) stacji kolejowej, przy czym Budowa lub Przebudowa obejmowała co najmniej 2 (dwa) tory główne zasadnicze i co najmniej 1 (jeden) tor główny dodatkowy wraz z nawierzchnią, podtorzem i odwodnieniem oraz co najmniej 2 (dwa) perony obejmujące co najmniej 3 (trzy) krawędzie peronowe.

Tak więc należy mieć na uwadze, że wymóg ma charakter kompleksowy (dwa tory główne zasadnicze, jeden tor główny dodatkowy, 2 perony i 3 krawędzie peronowe na stacji kolejowej) i mimo spełnienia jego w pozostałym zakresie (dwa tory główne zasadnicze, 2 perony i 3 krawędzie peronowe na stacji kolejowej) to brak wykazania doświadczenia co do toru głównego dodatkowego na stacji kolejowej Strzelce Opolskie powoduje, że doświadczenie to w całości nie może zostać uwzględnione, przy ocenie spełnienia wymogu 8.6.1 lit.d IDW .

Pismo odwołującego z dnia 18 sierpnia 2020r.

Izba. Kolejne pismo procesowe odwołującego, mające między innymi na celu zakwestionowanie wszelkich oświadczeń przystępującego PORR co do zasady, z uwagi jak twierdzi odwołujący, na ustalenie w innych postępowaniach nieprawdziwych oświadczeń przystępującego, jak również braku ich szczegółowości, oczekiwanej przez odwołującego, a także obowiązku dowodowego po stronie zamawiającego, na okoliczności wywodzone przez odwołującego. Również, w ocenie odwołującego, oświadczenia upoważnionych przedstawicieli zamawiającego, który był odbiorcą robót przystępującego PORR, nie mają znaczenia dowodowego w zakresie potwierdzenia wykonanych robót, chociażby z uwagi na brak oczekiwanej przez odwołującego szczegółowości . I tak Izba cytuje.

Działając w imieniu Odwołującego, tj. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, po zapoznaniu się z dowodami złożonymi na posiedzeniu przed Izbą w dniu 11 sierpnia 2020 r., stanowisko Odwołującego zawarte w odwołaniu uległo tylko umocnieniu.

Nie przedstawiono bowiem jakiegokolwiek dowodu przeciwnego względem dowodów złożonych przez Odwołującego, potwierdzającego, że Przystępujący wykonał roboty opisane warunkiem udziału w postępowaniu z pkt 8.6.1 a) IDW w ramach projektu dot. linii kolejowej nr 132 i stacji kolejowej Strzelce Opolskie. W szczególności żaden dowód nie potwierdza, jakoby Przystępujący w ramach tego projektu wykonał jakiegokolwiek prace na torach głównych dodatkowych nr 3,7 wraz z nawierzchnią, podtorzem i odwodnieniem.

Zarówno Zamawiający jak i Przystępujący złożyli szereg dowodów dotyczących Stacji Kolejowej Strzelce Opolskie. Dowody te mają stworzyć oczywiście wrażenie, że Przystępujący wykonał liczne prace mające charakter przebudowy Stacji kolejowej Strzelce Opolskie, jednakże nie chodzi o jakiegokolwiek prace, ale o prace, które wyczerpują warunek udziału w postępowaniu z pkt 8.6.1 .d) IDW:

Budowa lub Przebudowa co najmniej 1 (jednej) stacji kolejowej, przy czym Budowa lub Przebudowa obejmowała co najmniej 2 (dwa) tory główne zasadnicze i co najmniej 1 (jeden) tor główny dodatkowy wraz z nawierzchnią, podtorzem i odwodnieniem oraz co najmniej 2 (dwa) perony obejmujące co najmniej 3 (trzy) krawędzie peronowe.(...)

Powstaje więc zasadnicze pytanie, co konkretnie wykonał Przystępujący w zakresie nie tylko torów głównych zasadniczych, ale także w zakresie toru głównego dodatkowego? Czy Przystępujący w zakresie toru głównego dodatkowego wykonał prace obejmujące nawierzchnie, podtorze i odwodnienie?(...).

Dowody przedłożone przez Zamawiającego i Przystępującego, do których Odwołujący odniesie się szczegółowo poniżej, potwierdzają zarzut odwołania. W ocenie Odwołującego, nie wykonano jakichkolwiek prac w odniesieniu do torów głównych dodatkowych nr 3, 7 wraz z nawierzchnią, podtorzem i odwodnieniem. Przystępujący i Zamawiający wprowadzają Izbę w błąd w tym zakresie. Nie tylko nie ma jakichkolwiek dokumentów potwierdzających takie prace, mimo istnienia wielu dokumentów dot. fazy projektowej, dokumentacji odbiorowej (przedłożonej przez Zamawiającego), to widać to „gołym okiem”, dokonując wizji lokalnej Stacji Strzelce Opolskie. Stosowny dowód zostanie przedstawiony przez Odwołującego na rozprawie.

Przystępujący w innych sprawach (np. projekty kolejowe Czechowice-Dziedzice, Idzikowice) był wykluczany z powodu nieprawdziwych informacji, stąd stanowisko Przystępującego w tej sprawie, manipulowanie faktami, nie zaskakuje. Budzi jednak zdumienie postawa Zamawiającego, który tak uparcie próbuje — wbrew faktom - przekonać Izbę co do prac przez Przystępującego w ramach torów głównych dodatkowych 3, 7. Prace na tych torach (obejmujące nawierzchnię, podtorze i odwodnienie) są przy tym niezbędne, aby mówić o spełnieniu warunku z pkt 8.6. I d) IDW w odniesieniu do Stacji Strzelce Opolskie. Nie wystarczą roboty na torach głównych zasadniczych nr 1 i 2, rozjazdach czy peronach (a takie prace dokumentują protokoły odbioru przedłożone przez Zamawiającego), gdyż warunek 8.6.1 d) IDW wymagał także konkretnych robót na torach głównych dodatkowych (tu: nr 3 lub 7).(...).

W terenie brak jest znamion jakichkolwiek robót w torze 3 i 5, natomiast tor nr 7 został przebudowany przez inną firmę (Dolkom) w ramach innego zadania.

Załącznik nr 4 do pisma procesowego kopia korespondencji email pochodzącej od Pani J. P., Dyrektora Projektu PKP PLK S.A. Osoba ta potwierdza, że (cyt.): „zakres robót na stacji Strzelce Opolskie obejmował oprócz robót w torach głównych zasadniczych również roboty towarzyszące w torach głównych zasadniczych (...). Wskazana osoba nie określa, jakie dokładnie „roboty towarzyszące” były wykonywane w torach dodatkowych, a co za tym idzie nie sposób ustalić na podstawie tego dowodu, ani tego, jakie roboty były wykonywane w torze nr 3, jak roboty te winny być kwalifikowane (jako remont czy jako przebudowa), ani czy dotyczyły one zarówno nawierzchni, jak i podtorza. Odwołujący zaprzecza, aby jakiegokolwiek roboty były wykonywane w ramach torów dodatkowych.

Załącznik nr 5 do pisma procesowego — oświadczenie Pana I. K. z dnia 8 lipca 2020r., inspektora nadzoru z ramienia PKP PLK S.A. Osoba ta oświadczyła (cyt. :) „Dodatkowo w stacji Strzelce Opolskie przebudowa nawierzchni torowej oprócz torów głównych zasadniczych nr 1, 2 obejmowała również tory główne dodatkowe w zakresie wymuszonym przez inne roboty budowlane tj. wymianę rozjazdów, budowę/przebudowę peronów, budowę bramek dla sieci trakcyjnej czy przebudowę odwodnienia.

” Również z tego oświadczenia nie wynika, jaki był zakres robót wykonywanych w torze nr 3, a co za tym idzie nie sposób ocenić, czy osoba składająca oświadczenie zasadnie roboty te uznaje za przebudowę nawierzchni.

Oświadczenie to kończy się zaś stwierdzenie: „Przebudowa nawierzchni na ww. stacji obejmowała m. in. branże nawierzchni, podtorza i odwodnienia. ” Odnotowania wymaga, że Pan I. K. nie potwierdził, że przebudowa obejmowała podtorze toru nr 3, a jedynie, że w ramach robót wykonywanych na stacji wykonywano roboty związane z podtorzem.

Także więc to oświadczenie nie stanowi dowodu na okoliczność, że roboty wykonywane przez Wykonawcę PORR polegały na przebudowie podtorza torów dodatkowych nr 3, 7.

Załącznik nr 6 do pisma procesowego — oświadczenie p. A. K., kierownika budowy, z dnia 14 lipca 2020r. Odnosząc się do tego dokumentu wskazać należy, że p. A. K. w sposób szczegółowy określił zakres robót wykonywanych przez PORR na stacji Strzelce Opolskie, przy czym w kontekście zarzutów postawionych w odwołaniu na szczególną uwagę zasługuje pkt 3 tego oświadczenia, który wskazuje na roboty wykonane w torach głównych dodatkowych (cyt.:) „w torach głównych dodatkowych dokonano pojedynczej wymiany podkładów w obrębie przebudowywanych peronów dla celów osiągnięcia parametrów odbiorowych nawierzchni toru. Tory nr 3, 5 oraz 7 w związku z budową peronów podlegały regulacji w planie i profilu wraz z uzupełnieniem podsypki tłuczniowej Oświadczenie kierownika budowy nie potwierdza przebudowy podtorza torów dodatkowych nr 3 i 7 mimo dość szczegółowego określenia zakresu robót wykonywanych w torze nr 3, 5 i 7 nie wspomina on o podtorzu). Wymiana pojedynczych podkładów czy drobne korekty toru, jeśli istotnie miały miejsce (czemu Odwołujący zaprzecza), nie mogą zostać uznane za jego przebudowę. Co jednak najistotniejsze, Przystępujący nie przedstawił na tę okoliczność żadnego wiarygodnego dowodu. W terenie też nie widać, żeby wymieniono jakieś podkłady.(...)

W tym miejscu Odwołujący wnosi o oddalenie dowodów z dokumentów stanowiących załączniki nr 2-3 do pisma procesowego Wykonawcy PORR, wskazując, że ustalenie, w jaki sposób brzmiały warunki udziału postawione w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Izba nie jest związana rozstrzygnięciem, jakie zapadło w sprawie o sygn. akt KIO 2204/15. Odnotowania przy tym wymaga, że Izba wydając orzeczenie w sprawie o sygn. akt KIO 2204/15, opierała się na dowodach wprost wskazanych w uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia. W niniejszej sprawie Izba dysponuje zdecydowanie większą liczbą dowodów, w tym w szczególności dowodami, w których posiadaniu nie był skład orzekający w sprawie o sygn. akt KIO 2204/15. „Nowe” dowody, w tym m. in, dostarczone przez samego Zamawiającego protokoły odbiorów końcowych, zgłoszenie robót remontowych itd., wskazują na odmienne okoliczności faktyczne niż te wynikające z dowodów znanych w sprawie o sygn. akt KIO 2204/15.

(...)Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą i aktualnym stanem prawnym, ciężar dowodu spoczywa na Odwołującym wtedy, gdy obiektywnie jest on w stanie ów dowód przeprowadzić. Innymi słowy, Odwołujący nie może być zmuszony do czynności niemożliwej, aby sprostać obowiązkom procesowym. Ciężar ten ulega odwróceniu i przechodzi na drugą stronę sporu w wyjątkowych sytuacjach, m.in. w przypadku zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, kiedy odwołujący nie ma możliwości odniesienia się do informacji, do których nie ma dostępu. Analogicznie wygląda kwestia dowodzenia okoliczności nieistniejących. W tym wypadku również Odwołujący nie ma obiektywnej możliwości pokazania np. dokumentu, który zaświadcza, że Przystępujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, a zatem w tych wyjątkowych okolicznościach wystarczy, że Odwołujący opisz w odwołaniu i uprawdopodobni okoliczności, z których wywodzi skutki prawne, a na zasadzie kontrydiktoryjności, to Zamawiający i Przystępujący mają obowiązek przedstawienia dowodu przeciwnego, ponieważ to oni dowodzą faktu pozytywnego — twierdzą, że Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, że Przystępujący konkretne prace wykonał w ramach Stacji Kolejowej Strzelce Opolskie.

Takich dowodów nie złożono. Tym samym odwołanie winno zostać uwzględnione w całości. Potwierdził się bowiem zarzut złożenia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji w zakresie dotyczącym warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.6. l.d) IDW w odniesieniu do Stacji Strzelce Opolskie. Przystępujący nie wykonał jakichkolwiek prac w zakresie torów dodatkowych nr 3 i 7, w szczególności nie było jakichkolwiek prac dot. podtorza. Przystępujący nie wykonał więc przebudowy przedmiotowej Stacji w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

IZBA

Izba odnosząc się do wniosków odwołującego, wynikających z przedstawionych przez przystępującego, a kwestionowanych co do ich wartości dowodowej przez odwołującego, oświadczeń kierownictwa zamawiającego (Dyrektor PKP PLK S.A. Pani J. P., Inspektora nadzoru inwestorskiego PKP PLK S.A. Pana I. K.), jak również oświadczenia Pana A. K. Kierownika budowy przystępującego, nie podziela ich co do rzeczywistych robót zarówno na szlaku kolejowym Nr 132 , jak i na stacji Strzelce Opolskie.

Izba podsumowując argumentację odwołującego, wobec zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, zarówno przedstawionego przez zamawiającego (odpowiedź zamawiającego z 10.08.2020r. z załączeniem dowodów w postaci protokołów odbioru robót), jak i dowodów załączonych do stanowiska przystępującego pismo z dnia 11.08.2020r., nie podziela stanowiska odwołującego co do braku spełnienia wymogu z 8.6.1 a IDW przez przystępującego PORR.

W ocenie Izby zamawiający, jak i przystępujący po jego stronie PORR, w toku postępowania odwoławczego, wykazali wykonanie robót budowlanych (budowa/odbudowa oraz przebudowa) odpowiadające opisanym warunkom udziału w postępowaniu z pkt 8.6.1 a) IDW w ramach projektu dot. linii kolejowej nr 132 jak i w pozostałym zakresie wynikającym z Wykazu wykonanych robót, za wyjątkiem pkt 8.6.1.d, czyli Stacji Strzelce Opolskie.

Przy czym wymóg dotyczący stacji kolejowej został spełniony za wyjątkiem przebudowy toru głównego dodatkowego, z powodu jego przebudowy na krótkich odcinkach (7- 8 m) a nie na całej długości toru przynależnego do Stacji Strzelce Opolskie, wynoszącego kilkaset metrów (700 - 800 m.), co Izba już stwierdziła powyżej przy piśmie odwołującego Budimex z dnia 10.08.2020 roku. Jednak powyższy brak w stosunku do kompleksowego wymogu przebudowy stacji kolejowej, doświadczenie PORR w tym zakresie powinno być uzupełnione, co znajduje potwierdzenie w sentencji niniejszego wyroku.

Powyższe twierdzenie **lzby** wynika z faktu, że niniejsze pismo odwołującego Budimex w szczególności odnosi się do toru głównego dodatkowego na stacji Strzelce Opolskie to jednak, we wstępnej jego części znajduje się twierdzenie odwołującego Budimex, negujące wszelkie doświadczenie przystępującego PORR wymagane pkt 8.6.1. a) IDW, a czego Izba nie potwierdza. Chociażby zdjęcia jak i materiał filmowy wskazują na wykonanie budowy/przebudowy na torach głównych zasadniczych (1 i2). .

Odnosząc się do stacji Strzelce Opolskie, czyli spełnienia wymogu „Budowa lub Przebudowa co najmniej 1 (jednej) stacji kolejowej, przy czym Budowa lub Przebudowa obejmowała co najmniej 2 (dwa) tory główne zasadnicze i co najmniej 1 (jeden) tor główny dodatkowy wraz z nawierzchnią, podtorzem i odwodnieniem oraz co najmniej 2 (dwa) perony obejmujące co najmniej 3 (trzy) krawędzie peronowe” to przystępujący nie spełnił tego warunku. Bowiem udowodniono na podstawie zdjęć oraz materiału filmowego odwołującego Budimex, brak przebudowy toru głównego dodatkowego wraz z nawierzchnią, podtorzem i odwodnieniem na całej długości toru przynależnego do Stacji Strzelce Opolskie, a tylko na odcinkach 7- 8 metrów w związku z wymianą rozjazdów.

Natomiast nie znajduje uzasadnienia krytyczna ocena dowodów i tak „Załącznik nr 4 do pisma procesowego kopia korespondencji email pochodzącej od p. J. P. Dyrektora Projektu PKP PLK S.A. Osoba ta potwierdza, że (cyt.): „zakres robót na stacji Strzelce Opolskie obejmował oprócz robót w torach głównych zasadniczych również roboty towarzyszące w torach głównych zasadniczych (...). Wskazana osoba nie określa, jakie dokładnie „roboty towarzyszące” były wykonywane w torach dodatkowych, a co za tym idzie nie sposób ustalić na podstawie tego dowodu, ani tego, jakie roboty były wykonywane w torze nr 3, jak roboty te winny być kwalifikowane (jako remont czy jako przebudowa), ani czy dotyczyły one zarówno nawierzchni, jak i podtorza. Odwołujący zaprzecza, aby jakiegokolwiek roboty były wykonywane w ramach torów dodatkowych.

Po pierwsze cytat z maila Pani Dyrektor jest niepełny, ponieważ odwołujący pomija treść „również roboty towarzyszące w torach głównych dodatkowych w zakresie wymuszonym w zakresie wymiany rozjazdów, budowy peronów, przebudowy odwodnienia, czy zabudowy(...) sieci trakcyjnej”. Więc skwitowanie powyżej odwołującego Budimex „Odwołujący zaprzecza, aby jakiegokolwiek roboty były wykonywane w ramach torów dodatkowych” jest nieprawdziwe w kontekście treści maila. W ocenie **Izby** z rozkładu obowiązku dowodowego: to odwołujący, który z faktów wywodzi skutki prawne, winien je udowodnić. Natomiast odwołujący tylko zaprzecza, krytykuje szczegółowość dokumentów wystawionych przez zamawiającego, czy wykonawcę PORR. Nie taka jest rola odwołującego w procesie kontradiktoryjnym. Owszem powołuje się na wyjątki od reguły dowodowej np.: dokumenty, których nie posiada ale ich nie wskazuje. Również powołuje się odwołujący na przeszkody dowodowe związane z np. z tajemnicą przedsiębiorstwa, ale nie udowadnia jej występowania w niniejszej sprawie.

Izba rozumie powód odwołującego Budimex do wycinania treści oświadczenia Dyrektor zamawiającego, ponieważ ma to służyć do udowodnienia, że zachodzi wobec przystępującego PORR przesłanka z art.24 ust.1 pkt 16 i 17 pzp. Niestety nie jest to skuteczna metoda udowodnienia okoliczności, z których odwołujący wywodzi skutki prawne.

W tym miejscu **Izba** kwituje brak spełnienia przesłanki zarzutu odwołania z art.24 ust.1 pkt 16 i 17 pzp, ponieważ twierdzenia i dowody przedłożone przez przystępującego w toku postępowania odwoławczego co do zakresu robót na torach głównych dodatkowych odpowiadają rzeczywistości. Natomiast ocena prawna co do spełnienia warunku przebudowy toru głównego dodatkowego na całym odcinku stacji kolejowej to zagadnienie natury prawnej, a nie oceny co do faktów. Izba nie stwierdza aby, w prowadzonym postępowaniu zarówno przed zamawiającym, jak i w toku postępowania odwoławczego, odwołujący Budimex udowodnił przystępującemu PORR podanie nieprawdy co do faktycznego zakresu robót na torach głównych dodatkowych na stacji Strzelce Opolskie, jak i w pozostałym zakresie co do wymaganego doświadczenia zawodowego.

W ocenie Izby również takiego zarzutu nie można wywieść z oświadczenia Kierownika budowy Pana A. K., działającego w imieniu PORR, który szczegółowo przedstawia jakie roboty były wykonywane na torach głównych zasadniczych (1,2) i głównych dodatkowych (3,5 oraz 7) stacji Strzelce Opolskie.

Natomiast Izba uznaje jako nadmierne prawnie i zbędne takie formułowanie argumentacji przez odwołującego Budimex „Przystępujący w innych sprawach (np. projekty kolejowe Czechowice-Dziedzice, Idzikowice) był wykluczony z powodu nieprawdziwych informacji, stąd stanowisko Przystępującego w tej sprawie, manipulowanie faktami, nie zaskakuje. Budzi jednak zdumienie postawa Zamawiającego, który tak uparcie próbuje — wbrew faktom - przekonać Izbę co do prac przez Przystępującego w ramach torów głównych dodatkowych 3, 7. Prace na tych torach (obejmujące nawierzchnię, podtorze i odwodnienie) są przy tym niezbędne, aby mówić o spełnieniu warunku z pkt 8.6. I d) IDW w odniesieniu do Stacji Strzelce Opolskie. Nie wystarczą roboty na torach głównych zasadniczych nr 1 i 2, rozjazdach czy peronach (a takie prace dokumentują protokoły odbioru przedłożone przez Zamawiającego), gdyż warunek 8.6.1 d) IDW wymagał także konkretnych robót na torach głównych dodatkowych (tu: nr 3 lub 7)”.

Izba na kanwie tego cytatu zauważa, że nawet jeżeli stwierdzono wobec wykonawcy nieprawdziwe informacje, to nie ma podstaw do sugestii, że wykonawca ten jest co do zasady nieuczciwy i nie może to stanowić dowodu w innym postępowaniu. Tym bardziej, że Izba w tym postępowaniu nie stwierdza poświadczenia nieprawdy. Natomiast odwołujący tego rodzaju oskarżeniami posługuje się wielokrotnie w kolejnych pismach procesowych.

Jedyny użytek, ale tylko uzupełniający dowodowo, dla Izby z powyższej argumentacji odwołującego Budimex to przyznanie „Nie wystarczą roboty na torach głównych zasadniczych nr 1 i 2, rozjazdach czy peronach (a takie prace dokumentują protokoły odbioru przedłożone przez Zamawiającego), gdyż warunek 8.6.1 d) IDW wymagał także konkretnych robót na torach głównych dodatkowych (tu: nr 3 lub 7). I tak mimo przyznania spełnienia wymogu co do toru głównego zasadniczego (1 i 2) to w dalszych pismach odwołujący kwestionuje również tory zasadnicze.

Natomiast **Izba** podziela sugestie odwołującego Budimex w zakresie znaczenia wyroku zapadłego w innej sprawie (...), „Izba nie jest związana rozstrzygnięciem, jakie zapadło w sprawie o sygn. akt KIO 2204/15. Odnotowania przy tym wymaga, że Izba wydając orzeczenie w sprawie o sygn. akt KIO 2204/15, opierała się na dowodach wprost wskazanych w uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia. W niniejszej sprawie Izba dysponuje zdecydowanie większą liczbą dowodów, w tym w szczególności dowodami, w których posiadaniu nie był skład orzekający w sprawie o sygn. akt KIO 2204/15. „Nowe” dowody, w tym m. in, dostarczone przez samego Zamawiającego protokoły odbiorów końcowych, zgłoszenie robót remontowych itd., wskazują na odmienne okoliczności faktyczne niż te wynikające z dowodów znanych w sprawie o sygn. akt KIO 2204/15.”

Izba tylko uzupełni wywód odwołującego, że powaga rzeczy osądzonej odnosi się do konkretnej sprawy, a nie innych spraw prowadzonych w Izbie, nawet przy tych samych dowodach.

Podsumowując **Izba** twierdzi nie udowodniono zamawiającemu zarzutu naruszenia art.24 ust.1 pkt 16 i 17 pzp.

Pisma przystępującego PORR z dnia: 20 sierpnia 2020r. i 7 września 2020r.

Pismo przystępującego z dnia 20 sierpnia 2020r.

Izba ocenia argumentację zawartą w tych pismach łącznie z uwagi na to, że argumentacja tych pism sprowadza się do obrony charakteru prowadzonych prac na linii Kolejowej nr 132 w tym charakteru robót na stacji Strzelce Opolskie.

Izba przywołuje argumentację wyprowadzoną na poparcie twierdzenia, że prace na linii kolejowej Nr 132 w tym stacji Strzelce Opolskie miały charakter budowy/przebudowy, wbrew twierdzeniom odwołującego PORR, którą to argumentację Izba uwzględniła orzekając co do charakteru robót jako budowa/przebudowa, a nie charakteru robót jako remont, jak twierdzi odwołujący.

- 2.5. Po pierwsze, zgłoszenie robót budowlanych jak i załącznik do zgłoszenia (Dokumentacja Techniczna) to dokumenty przygotowane w początkowej fazie realizacji inwestycji i posługują się nomenklaturą stosowaną w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, na podstawie którego zostały przygotowane. Powyższe potwierdza fakt, że dokumenty te datowane są na czerwiec 2013 r., podczas gdy umowa dotycząca realizacji inwestycji została zawarta zaledwie miesiąc wcześniej tj. w maju 2013 r.
- 2.6. Zarówno zgłoszenie robót budowlanych jak Dokumentacja Techniczna nie determinowały zatem ostatecznego charakteru robót, ponieważ nie stanowiły szczegółowych opracowań projektowych — dokumentacji budowlanej i wykonawczej, które miały zostać przygotowane dopiero na dalszym etapie realizacji inwestycji — zadanie, zgodnie z nazwą polegało na „Zaprojektowaniu i wykonaniu robót w ramach projektu: „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 132 na odcinku Błotnica Strzelecka — Opole Groszowice”.
- 2.7. Powyższe potwierdza m.in. okoliczność, iż w ww. dokumentach sformułowania „remont” użyto przykładowo w odniesieniu do robót dotyczących sieci trakcyjnej (Dokumentacja Techniczna, pkt. Zakres opracowania, str. 2), podczas gdy roboty dotyczące wymiany trakcji miały charakter przebudowy, a co więcej Odwołujący tej okoliczności nie kwestionuje W Odwołaniu (I). Sam Odwołujący potwierdza w ten sposób, że nomenklatura użyta w PFU, a w ślad za PFU również sformułowania użyta w zgłoszeniu robót oraz Dokumentacji Technicznej nie może stanowić dowodu i potwierdzać jaki ostateczny charakter miały przeprowadzone roboty budowlane.
- 2.8. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że powiadomienie organu (Urzędu Wojewódzkiego w Opolu) o zamiarze prowadzenia robót w formie zgłoszenia zostało dokonane we właściwej formie, ponieważ zgodnie z art. 29 ust. 2 pkt 12 ustawy Prawo budowlane: wykonywanie robót budowlanych polegających na przebudowie dróg, torów i urządzeń kolejowych nie wymagało uzyskania pozwolenia na budowę.
- 2.9. Co więcej, jak wynika z PFU dla linii LK 132, str. 43 (załącznik do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie) PFU nie określało ostatecznego zakresu prac, a mając tego świadomość zamawiający zastrzegł wówczas, że: Podane w tabelach ilości robót dla poszczególnych pozycji mogą różnić się z ilościami wynikającymi z uszczegółowienia zakresu robót na etapie projektu wykonawczego, co Wykonawca winien wziąć pod uwagę przygotowując ofertę.

2.10. W konsekwencji, o tym, iż przeprowadzone roboty miały charakter przebudowy decyduje nie nomenklatura zastosowana w PFU, zgłoszeniu robót czy też Dokumentacji Technicznej stanowiącej załącznik do zgłoszenia (tj. dowody załączone do pisma Odwołującego z 10 sierpnia 2020 r.), ale istota faktycznie przeprowadzonych prac.

Izba pominęła argumentację dotyczącą toru głównego dodatkowego na stacji Strzelce Opolskie oraz zagadnienia czy przedstawione doświadczenie co do stacji Strzelce Opolskie do toru głównego dodatkowego stanowią podstawę do stwierdzenia, że przystępujący wprowadził w błąd zamawiającego, które Izba rozstrzygnęła powyżej (pismo odwołującego z dnia 18 sierpnia 2020r). Izba nadmienia w tym miejscu, że rozstrzygnęła zagadnienie przebudowy toru głównego dodatkowego na stacji Strzelce Opolskie, uwzględniając zarzut odwołującego. Natomiast zagadnienie, czy przystępujący wprowadził w błąd zamawiającego oświadczając o charakterze robót na torze głównym dodatkowym, Izba rozstrzygnęła na niekorzyść odwołującego.

Izba uwzględniła okoliczność, że roboty wykonywane na stacji Strzelce Opolskie stanowiły przebudowę, co potwierdza również opinia ekspercka Politechniki Warszawskiej (Wydział Inżynierii Lądowej, Instytut Inżynierii Budowlanej) autorstwa dr inż. D. W.. Dowód: Opinia ekspercka (Załącznik nr 2 do pisma). Niemniej Izba była w stanie samodzielnie ocenić charakter robót, posługując się doświadczeniem zawodowym i życiowym.

Pismo przystępującego z dnia 7 września 2020

1.4. Po pierwsze, zgodnie z IDW Zamawiający wskazał, że pojęcie „Przebudowy” należy interpretować zgodnie z definicją wynikającą z ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, co wynika z rozdziału 1, pkt. 1.3 ppkt 17) IDW). Zgodnie z art. 3 ust. 7a ww. ustawy przebudowa to wykonywanie robót budowlanych w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego.

1.5. W świetle powyższej definicji, w celu ustalenia czy wykonane prace pozwalają na spełnienie warunku tj. czy wykonane roboty miały charakter przebudowy konieczne jest ustalenie czy w wyniku przeprowadzonych prac doszło do zmiany parametrów użytkowych lub technicznych.

1.6. N gruncie prawa budowlanego pojęcie „parametrów technicznych i użytkowych” nie zostało zdefiniowane, niemniej jednak zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie sądów administracyjnych odwołując się do reguł znaczeniowych języka powszechnego wskazuje się, że przez zmianę parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu, wskazuje się, że parametrem użytkowym i technicznym będą wszelkie wielkości, wyrażane w jednostkach miary, czy też wagi elementów użytkowych. Tym samym parametrem użytkowym i technicznym będą wszelkie wielkości, wyrażane w jednostkach miary czy też wagi elementów użytkowych, takich jak dach, okna, schody oraz technicznych, takich jak ciężar konstrukcji czy odporność przeciwpożarowa, które występują w przypadku danego obiektu budowlanego. Przykładem zmiany parametrów technicznych jest również wzmocnienie konstrukcji.

1.7. Podobnie, roboty budowlane polegające na całkowitym zdemontowaniu, rozebraniu obiektu budowlanego i zastąpienie go nową substancją należy traktować jako przebudowę lub odbudowę obiektu budowlanego. Nawet jeżeli roboty budowlane prowadzone są etapami w stosunku do poszczególnych fragmentów obiektu i de facto efektem tych robót będzie obiektu budowlanego. Nawet jeżeli roboty budowlane prowadzone są etapami w stosunku do poszczególnych fragmentów obiektu i de facto efektem tych robót będzie demontaż całego obiektu lub znacznej jego części i zastąpienie nową substancją, to tym samym nie można takich robót kwalifikować jako remontu, lecz jako przebudowę lub odbudowę obiektu budowlanego? Co więcej, nawet rozebranie określonych (zużytych) fragmentów obiektu wyklucza potraktowanie całości robót jako odtwarzających stan pierwotny, o których mowa w definicji terminu „remont”.

1.11. Skoro zatem Zamawiający odwołał się w opisie warunku udziału w pkt. 8.6.1 lit. a) i d) IDW do definicji „przebudowy” w rozumieniu ustawy Prawo budowlane (zgodnie z rozdziałem 1, pkt. 1.3 ppkt 17) IDW) to wyłącznie przez pryzmat tej definicji może zostać dokonana ocena spełniania warunku udziału. Odwołujący próbuje natomiast w sposób nieuprawniony zmienić i ograniczyć ocenę spełniania warunku stosując siatkę pojęciową, która nie ma swojego odzwierciedlenia w IDW.

1.12. Odnosząc się do zakresu robót wykonanych na linii kolejowej 132 Odwołujący stara się stworzyć mylne wrażenie, że prace realizowane przez Przystępującego na tej linii stanowiły wyłącznie nieznaczną ingerencję w substancję budowlaną obiektu, a przez to nie mogą być traktowane jako przebudowa.

1.13. W celu zobrazowania zakresu oraz charakteru wykonanych prac Przystępujący przedstawia zestawienie robót wykonanych na linii kolejowej nr 132 wraz z zestawieniem elementów konstrukcyjnych obiektu przed i po przebudowie oraz zdjęcia obrazujące stan linii kolejowej przed i po wykonaniu prac.

Dowód: Wykaz robót budowlanych i zestawienie parametrów porównawczych na kontrakcie „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr 132 na odcinku Błotnica Strzelecka — Opole Groszowice” (Załącznik nr 1)

Zdjęcia linii kolejowej lk 132 przed i po wykonaniu prac (Załącznik nr 2)

1.14. Powyższe zestawienie obrazuje zakres prac wykonanych na linii kolejowej nr 132 w zestawieniu na:

Tabela nr 1 — Przebudowa nawierzchni torowej

Tabela nr 2 - Przebudowa nawierzchni torowej — Wymiana podkładów w torze nr 2

Tabela nr 3 - Przebudowa nawierzchni torowej — Przebudowa rozjazdów kolejowych

Tabela nr 4 - Przebudowa sieci trakcyjnej

Tabela nr 5 — Przebudowa stacji kolejowej Strzelce Opolskie

1.15. Jak wynika z zestawienia w ramach realizacji Inwestycji zostały w szczególności wykonane następujące roboty budowlane:

- a) wymiana istniejącej nawierzchni, tj.: wymiana szyn z istniejących szyn o profilu UIC60 z lat: 1983-1990, na szyny o wyższych parametrach eksploatacyjnych o profilu 60E1 X, klasy A z gatunku stali R260 na podkładach strunobetonowych z przytwierdzeniem sprężystym wraz z oczyszczaniem i uzupełnieniem podsypki tłuczniowej 70,300 km toru, w tym 11,056 km torów stacyjnych, profilowanie ław torowiska, wbudowanie warstwy ochronno filtracyjnej, wzmocnienie podtorza;
- b) wymiana nawierzchni drogowej w obrębie przejazdów kolejowych i dojazdów oraz wykonanie odwodnienia;

- c) wymiana 39 szt. rozjazdów, w tym rozjazdów na stacji Strzelce Opolskie — w ramach wymiany rozjazdów zabudowano nowe rozjazdy w odmianie spawanej z iglicami szynowo sprężystymi, krzyżownice stałe z dziobem manganowym oraz kuto-zgrzewanym, zamknięcia nastawcze niewrażliwe na pelzanie; dodatkowo wyposażono rozjazdy w stabilizatory położenia iglic; rozjazdy krzyżowe i skrzyżowania torów ST1 i ST2 zabudowano na podrozjazdnicach drewnianych twardych, natomiast pozostałe rozjazdy zabudowano na podrozjazdnicach strunobetonowych (uprzednio rozjazdy posadowione były na podrozjazdnicach drewnianych);
- d) zwiększenie grubości podsypki tłuczniowej z 0,25/0,30 m do 0,35 m;
- e) demontaż istniejącej sieci trakcyjnej, którą zastąpiono nową siecią wraz z nowymi konstrukcjami wsporczymi i fundamentami; przy budowie nowej sieci trakcyjnej zastosowano większy przekrój niż pierwotny linii nośnej i dwóch przewodów jezdnych wraz z osprzętem, a także wybudowano nowe konstrukcje wsporcze — dotychczasowe konstrukcje wsporcze wykonane jako słupy żelbetowe, stalowe ceowniki i bramki, zostały zastąpione przez słupy stalowe zbieżne, wykonane na fundamentach palowych, nowo wybudowana sieć trakcyjna YwscC120-2C przystosowana jest do prędkości 160 km/h;
- f) w st. Strzelce Opolskie przebudowano trzy perony (dwa wyspowe dwukrawędziowe i jeden jednokrawędziowy) poprzez dostosowanie ich do obowiązujących przepisów, tj. podwyższając m.in. ich wysokość do 55 cm z dotychczasowych ok. 30 cm (w przypadku peronu jednokrawędziowego) i 38 cm (w przypadku peronów dwukrawędziowych), wraz z wykonaniem pochylni umożliwiających wjazd na nie osobom niepełnosprawnym;
- g) wykonano odwodnienie rozjazdów na st. Strzelce Opolskie;
- h) przebudowano oświetlenie peronów, dojścia do peronów i przejazdy;

1.16. Przeprowadzone roboty budowlane skutkowały podwyższeniem parametrów użytkowych i technicznych Linii Kolejowej nr 132, w tym z uwagi na:

- a) wzmocnienie podtorza istniejącej nawierzchni torowej (m.in. z uwagi na zastosowanie dodatkowej warstwy ochronno-filtracyjnej);

- b) zwiększenie trwałości istniejącej nawierzchni torowej (z uwagi na zastosowanie podkładów strunobetonowych o trwałości 35 lat zamiast dotychczasowych sosnowych o trwałości 18 lat zwiększeniu grubości podsypki z 0,25/0,30 do 0,35 m oraz dokonanie wymiany szyn na typ o wyższych parametrach technicznych);
- c) zwiększenie trwałości rowów odwadniających (z uwagi na ich obudowanie i umocnienie rowów odtwarzanych);
- d) zwiększenie trwałości nawierzchni drogowej w obrębie przejazdów i dojazdów (z uwagi na wymianę nawierzchni z dostosowaniem do niwelety toru oraz wykonanie odwonienia (drenaż z warstwą filtracyjną i geowłókniną);
- e) zwiększeniu parametrów technicznych i użytkowych sieci trakcyjnej z uwagi na kompleksową wymianę sieci trakcyjnej wraz z jej regulacją oraz budowę nowych konstrukcji wsporczych — zastosowanie słupów stalowych montowanych na fundamentach palowych;
- f) dostosowaniu peronów na stacji Strzelce Opolskie - odbudowa peronów do wys. 55 cm i długości 200 m z dostosowaniem do potrzeb dla osób niepełnosprawnych i wykonanie pochylni umożliwiających wjazd na nie osobom niepełnosprawnym.

1.17. Co istotne, wykonane przez Przystępującego prace oraz zastosowane materiały o wyższych parametrach użytkowych i technicznych umożliwiły nie tylko osiągnięcie prędkości rozkładowej V-120 km/h dla pociągów pasażerskich i 70 km/h dla pociągów towarowych, ale również na podwyższenie prędkości do 160 km/h. Powyższe potwierdza oświadczenie autora dokumentacji projektowej dla tej inwestycji p. Ł. W. (Solid-Rail Sp. z o.o.), zgodnie z którym konstrukcja przebudowywanej nawierzchni torowej i rozjazdowej pod względem konstrukcyjnym i geometrycznym umożliwia wprowadzenie prędkości rozkładowej 160km/h z lokalnymi ograniczeniami w stacjach, (...), a zabudowana nawierzchnia torowa (szyna, podkład, mocowanie, podsypka tłuczniowa) posiada dopuszczenie do prędkości 250 km/h.

Dowód: Oświadczenie autora projektu dla robót wykonywanych w linii kolejowej nr 132 p. Ł. W. (Solid-Rail Sp. z o.o.) (Załącznik nr 3).

1.18. Podwyższenie parametrów technicznych i użytkowych w związku z zastosowanymi materiałami potwierdzają również oświadczenia producentów rozjazdów kolejowych. W trakcie realizacji inwestycji „stare” rozjazdy krzyżowe podwójne typu Rkpd zabudowane w latach '90 XX w. zostały wymienione na nowe rozjazdy Rkpd 60E1-1:9, które z uwagi na zastosowane materiały i rozwiązania konstrukcyjne posiadają wyższe parametry użytkowe i techniczne — co potwierdza oświadczenie producenta rozjazdów spółki TrackTec Koltram Sp. z o.o. z dnia 20 sierpnia 2020 r. (dowód przedłożony na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2020 r.).

1.19. Twierdzenia Przystępującego z podwyższeniu parametrów technicznych i użytkowych linii kolejowej potwierdza również analiza porównawcza rozjazdów typu RzS60-R300-1:9, które zostały wymienione na rozjazdy typu Rz60E1-R300-1:9 przeprowadzona przez producenta rozjazdów spółkę KZN Biezanów. Zgodnie z analizą zmiana parametrów technicznych rozjazdów wpłynęła na zwiększenie prędkości z 120km/h do 160 km/h, rozjazdy nowego typu zostały zabudowane na podrozjazdnicach strunobetonowych zamiast drewnianych, co wydłuża okres trwałości rozjazdu nawet do 40 lat w stosunku do podkładów drewnianych, które mają trwałość od 15 do 18 lat. Dodatkowo, materiały i komponenty zastosowane w nowych rozjazdach, które zostały zabudowane na linii kolejowej nr 132 tj. krzyżownica, iglica, zamknięcia nastawcze czy przytwierdzenia stanowią o podwyższeniu parametrów technicznych i użytkowych.

Dowód: Analiza porównawcza sporządzona przez producenta rozjazdów KZN Biezanów (Załącznik nr 4).

1.20. Co więcej, o podwyższeniu prędkości konstrukcyjnej na linii kolejowej 132 świadczą również wewnętrzne dokumenty Zamawiającego:

- a) zgodnie z Instrukcją Id-12 (D-29) Wykaz linii, tabela nr 6 (strona 180) prędkość konstrukcyjna na linii kolejowej nr 132 wynosi 160 km/h;
- b) zgodnie Regulaminem sieci trakcyjnej (str. 16) maksymalna dopuszczalna prędkość to 160 km/h;

Dowód: Wyciąg z instrukcji Id-12 (D-29) Wykaz linii (Załącznik nr 5).

Wyciąg z regulaminu sieci (wykaz parametrów sieci trakcyjnej) (Załącznik nr 6).

Izba

Powyższe dokumenty i argumentacja, stanowią jedynie uzupełnienie argumentacji przyjętej przez Izbę, która zakwalifikowała lk nr 132 i Stację Strzelce Opolskie do budowy/przebudowy (ocena Izby przy piśmie z dnia 10 sierpnia 2020r. Odwołującego Budimex).

Natomiast oświadczenie Pana mgr inż. Ł. W., posiadającego uprawnienia do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalności kolejowej bez ograniczeń nr 185/DOS/09, z dnia 02.09.2020r. obala dodatkowo twierdzenia Odwołującego co do remontu linii kolejowej nr 132 (w związku z możliwą osiąganą prędkością do 120 km/h) w sytuacji gdzie z oświadczenia wynika możliwość osiągnięcia 160 km/h po przebudowie urządzeń sterowania ruchem kolejowym, w związku z konstrukcją przebudowanej nawierzchni torowej w tym i rozjazdowej pod względem konstrukcyjnym i geometrycznym .

Pismo Budimex z dnia 6 września 2020r,

odnosząc się do kolejnego pisma procesowego Przystępującego złożonego na posiedzeniu przed Izbą w dniu 21 sierpnia 2020 r., należy stwierdzić, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

Potwierdził się zarzut przedstawienia przez Przystępującego informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego. dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.6.1 a) IDW w ramach projektu dot. linii kolejowej nr 132 - Stacji kolejowej Strzelce Opolskie.

Dowodów potwierdzających zarzuty odwołania dostarcza sam Przystępujący, o czym szerzej poniżej.

Izba Niniejsze pismo odwołującego stanowi polemikę do twierdzeń przystępującego i przedstawionych dowodów.

Zanim Odwołujący rozwinie kwestię, czy w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z remontem czy przebudową Stacji obejmującą przebudowę torów stacyjnych, należy zwrócić uwagę na kwestię podtorza, o którym mowa w warunku. Nieprawdą jest, że Przystępujący wykonał jakiegokolwiek prace dotyczące podtorza w zakresie torów głównych zasadniczych w ramach Stacji Strzelce Opolskie. A tego bezwzględnie wymagał warunek. Zgodnie z protokołem odbioru nr 04/T/2015 pt. Podtorze, przekazany przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie, podtorze wykonano w ramach Stacji Strzelce Opolskiego wyłącznie pod rozjazdami. Niezależnie więc od tego, czy, jak chce tego Przystępujący (a czemu Odwołujący się wyraźnie sprzeciwia), prace polegające na wymianie rozjazdu nr 4 i rozjazdu nr 7 potwierdzają wykonanie robót prac w torze głównym dodatkowym nr 7 i nr 5 (vide pkt 2.17 pisma procesowego Przystępującego z dnia 20.08.2020 r.), nie budzi wątpliwości, że nie wykonano podtorza w całym zakresie wymaganym przez Zamawiającego w pkt 8.6.1. d) IDW. Tym samym nieprawdziwe oświadczenie Przystępującego, iż spełnia przedmiotowy warunek w zakresie przebudowy co najmniej 2 torów głównych zasadniczych wraz z podtorzem, jest niezgodne z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Na tej zasadzie już tylko ta okoliczność nakazuje uznać, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd.

Izba Odwołujący odnosi się do warunku pkt 8.6.1.d IDW (stacja Strzelce Opolskie), który Izba uwzględniła jako niespełniony przez przystępującego, z racji toru głównego dodatkowego, który był budowany/przebudowywany tylko w związku z wymianą rozjazdów na krótkich odcinkach toru nie przekraczających 7-8 m, a nie na całej długości torów przynależnych do stacji kolejowej.

Aktualnie odwołujący podnosi dodatkowe kwestie co do braku wymiany podtorza na torach głównych zasadniczych (1 i 2) stacji Strzelce Opolskie, podnosząc, że nie było wymiany podtorza. **Izba** na podstawie dotychczas prowadzonego postępowania dowodowego ustaliła, że nie było zastrzeżeń co do przebudowy torów głównych zasadniczych (1 i 2). Sam odwołujący prezentował zdjęcia oraz film, z których wynikało, że podkłady pod torami 1 i 2 są wymienione nowe, wskazywał na to chociaż świeży tłuczeń, brak roślinności i zabrudzeń. Teraz odwołujący twierdzi, że nie było wymiany podtorza również w torach głównych zasadniczych stacji Strzelce Opolskie. Czym jest podtorze, to budowla geotechniczna wykonana na gruncie rodzimym jako nasyp lub przekop wraz z urządzeniami ją zabezpieczającymi i odwadniającymi, na której jest ułożona nawierzchnia toru kolejowego. **Izba** pozostawia to zagadnienie jako bezprzedmiotowe, ponieważ nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu, ponieważ Izba uwzględni zarzut odwołania, co do nie spełnienia wymogu doświadczenia z pkt 8.6.1. d IDW. Stacja Strzelce Opolskie nie stanowi dowodu na wymagane doświadczenie.

Następnie odwołujący przedstawia argumentację polemiczną (...)np. co do tego, że roboty na LK nr 132 stanowią remont a nie budowę/przebudowę. Kolejno odnosi się do prędkości 120 km/h, jako przywrócenie prędkości, czyli remontu. Przystępujący działa bez wątpienia świadomie, pobudki jego działania — nieuczciwego - są jasne, czyni to w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.6.1. d) IDW. O celowym, świadomym działaniu Przystępującego świadczą nie tylko składane przez niego wyjaśnienia (dostrzegana przez niego wyraźnie różnica pomiędzy przebudową linii kolejowej nr 354 a rzekomą przebudową Stacji Strzelce Opolskie), ewaluująca w trakcie postępowania odwoławczego argumentacja, ale także przedstawiane przez niego dowody, w szczególności brak jakichkolwiek dowodów potwierdzających przebudowę torów głównych dodatkowych.

Izba w tym zakresie dokonała odmiennych ustaleń i oceny postępowania przystępującego już powyżej, nie kwalifikując postępowania jako wyczerpującego przesłanki z art.24 ust.1 pkt 16 i 17 pzp.

Aby zamknąć dywagacje techniczne i prawne co do rodzaju robót wykonywanych na liniach kolejowych w Polsce to jest czy to remont czy budowa/przebudowa **Izba** przedstawia stanowisko projektanta, które akceptuje.

Trakcja System Wrocław, dnia 10 lipca 2020r Pismo sporządzono na potrzeby: postępowania odwoławczego zainicjowanego przez Budimex S.A. z/s w Warszawie, nr postępowania 9090/1RZR2/14477/03900/10/P OŚWIADCZENIE PROJEKTANTA Pana B. Sz. Uprawniony do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych nr DOŚ/0383/PWBEE/16

Będąc Projektantem branży sieć trakcyjna dla zadania inwestycyjnego pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych „Modernizacja linii kolejowej nr 354 Poznań Główny POD — Chodzież — Piła Główna” w ramach Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2014 — 2020, po zapoznaniu się z treścią Odwołania z dnia 19 czerwca 2020r., dotyczącego postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizację robót budowlanych w formule „Projektuj i Buduj” dla zadania pn. LOT A — Prace na linii kolejowej 131 na odcinku Chorzów Batory (km 5,900) — Nakło Śląskie (km 29,000) w ramach projektu POIiŚ 5.1-14 pn, „Prace na linii kolejowej C-E 65 na odc. Chorzów Batory — Tarnowskie Góry — Karsznice — Inowrocław — Bydgoszcz — Maksymilianowo” (nr referencyjny: 9090/1RZR2/14477/03900/19/P), złożonego przez Budimex S.A., w odniesieniu do zarzutu w części „Wiedza i doświadczenie”, wskazanego na str. 13 Odwołania, dotyczącego prac w obrębie sieci trakcyjnej na linii kolejowej: nr 354 Poznań Główny POD — Chodzież — Piła Główna, oświadczam co następuje.

Nie jest prawdą twierdzenie wskazane w odwołaniu, iż zakres robót dla tego zadania wyznacza, że w aspekcie sieci trakcyjnej prace stanowiły jedynie remont, a ew. budowa lub przebudowa miała charakter punktowy. Przytoczony w odwołaniu podpunkt Programu Funkcjonalno-Użytkowego „6.8 Sieć trakcyjna i elektroenergetyka nietrakcyjna” nie odnosi się żadnym razie do opisu stanu faktycznego istniejącej sieci a opisuje jedynie zakres wymaganych od Wykonawcy robót.

Dopiero porównanie stanu istniejącego w chwili rozpoczęcia prac w odniesieniu do wymagań Zamawiającego (oraz prac faktycznie wykonanych) dla sieci trakcyjnej na linii kolejowej nr 354 Poznań Główny POD — Chodzież— Piła Główna stanowi podstawę dla oceny, jaki charakter miały ostatecznie przeprowadzone prace. Po dokonaniu takiej analizy wydaje się być bezsporne, że mieliśmy w tym zakresie do czynienia z przebudową, w myśl powszechnie obowiązujących przepisów. Szerzej o tym w dalszym części pisma.

Program Funkcjonalno- Użytkowy dla zadania Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych „Modernizacja linii kolejowej nr 354 Poznań Główny POD — Chodzież — Piła Główna” (dalej „PFU”), przytoczony w niewielkiej części przez Odwołującego na str. 13 Odwołania, precyzyjnie odnosi się (w nieprzytoczonej, pozostałej części), do zakresu wymaganych dla sieci trakcyjnej prac.

Jak wynika to wprost z treści PFU, w części „3. Charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu — opis stanu istniejącego”, na str. 19 znaleźć można wskazanie, iż „Prędkość konstrukcyjna dla której linia była projektowana wynosi $v = 100 \text{ km/h}$ ”. Jak z kolei wskazano to w tej samej części, lecz na str. 42 (podpunkt 3.8 Sieć trakcyjna) W torach szlakowych i głównych zasadniczych na odcinku Poznań POD- Piła Główna wybudowano jest sieć trakcyjna typu C120-2C rok budowy 1990.

Na stacjach, w torach dodatkowych i w przejściach rozjazdowych wywieszona jest sieć typu C95-C Stan techniczny sieci trakcyjnej — dobry. Średnie zużycie drutu jezdnego wynosi od 3,5 do 10 %. Tym samym należy przyjąć, że przed przeprowadzonymi pracami, na przedmiotowym odcinku wywieszona była sieć trakcyjna typu C120-2C (dla torów szlakowych i głównych). Jak wynika to wprost Katalogu Sieci Trakcyjnej (kod 3) taka sieć jest siecią skompensowaną, o sumarycznym przekroju $320 \text{ mm}^2 \text{ Cu}$ spełniającą wymagania do prędkości jazdy $V-110 \text{ km/h}$.

Jak wynika to z kolei wprost z części 5 PFU „4. 5. Opis robót budowlanych w podziale branżowym”, w podpunkcie p.n. 5.1 „Charakterystyka eksploatacyjna linii po wykonaniu Robót” wskazane jest wprost, iż dopuszczalna prędkość pociągów pasażerskich ma ulec podwyższeniu względem pierwotnej o 20km/h, t.j. wzrosnąć dla pociągów pasażerskich ze 100 km/h do 120 km/h. Takie sformułowanie jest ponadto powtórzone w podpunkcie 5.9.1.1 „Zakres prac dotyczących sieci trakcyjnej” (str. 68 z 128 PFU), gdzie wprost używa się sformułowania „Istniejącą sieć trakcyjną w torach głównych i torach zasadniczych stacji należy dostosować do prędkości 120 km/h”. Skoro zaś sieć wywieszona nie pozwalała w ramach swych możliwości technicznych na osiągnięcie takiej prędkości, to jakkolwiek nazwać by poczynione przy niej prace (np. poprzez użycie sformułowania „dostosować”), to na gruncie przepisów ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1186 z późn. zm., w tym w brzmieniu poprzednim) stanowiły one przebudowę, a nie jedynie remont.

Jest faktem notoryjnie znanym, iż ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1186 z późn. zm.) zawiera definicję legalną zarówno „remontu” jak i „przebudowy”.

Definicje te były także aktualne w okresie wykonywania prac na sieci trakcyjnej.

Na te definicje zwraca też uwagę odwołujący się w treści swojego pisma. Z definicji remontu (art. 3 pkt 8 w/w ustawy) wynika zaś, iż „należy przez to rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym”.

Skoro zaś stanem pierwotnym była linia kolejowa nr 354, odznaczająca się prędkością konstrukcyjną $v = 100$ km/h, z wywieszoną siecią trakcyjną pozwalającą na osiągnięcie prędkości maksymalnej 110 km/h, to wykonanie prac polegających na zwiększeniu tej dopuszczalnej prędkości, na całym odcinku będącym przedmiotem robót, do poziomu $v = 120$ km/h nie może być uznane za odtworzenie stanu pierwotnego.

Takie działanie (t.j. doprowadzenie do zmiany zakładanej prędkości szlakowej) wypełnia za to definicję przebudowy (art. 3 pkt 7a w/w ustawy), zgodnie z którym „należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych Istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego”. Definicja przebudowy została dodana ustawą z 28.07.2005 r. o zmianie ustawy — Prawo budowlane oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz.U. poz. 1364). Ustawodawca jednak nie doprecyzował, co należy rozumieć przez zmianę parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu, W wyroku z 4.03.2010 r., II OSK 493/09, LEX nr 597639, Naczelny Sąd Administracyjny, stosując zasady wykładni językowej, odwołał się do reguł znaczeniowych języka polskiego, wskazując, że parametr to wielkość charakteryzująca materiał lub element z punktu widzenia jego przydatności, Zatem parametrem użytkowym i technicznym będą wszelkie wielkości, wyrażane w jednostkach miary czy też wagi elementów użytkowych, takich jak dach, okna, schody, oraz technicznych, takich jak ciężar konstrukcji czy odporność przeciwpożarowa, które występują w przypadku danego obiektu budowlanego (Despot-Mładanowicz Arkadiusz. Art. 3, W: Prawo budowlane. Komentarz aktualizowany. System Informacji Prawnej LEX, 2019). Tym samym w mojej ocenie należy przyjąć, że w przypadku linii kolejowej, parametrem użytkowym i technicznym jest jej prędkość maksymalna, w tym prędkość dotycząca wywieszanej sieci trakcyjnej.

Co istotne, także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej taka zmiana traktowana jest jako przebudowa a nie jedynie remont. W kontekście zakwalifikowania wykonanych prac torowych jako remontu lub przebudowy należy wskazać na wyrok KIO z dnia 3 października 2014r. (sygn. KIO 1928/14). W oddalonym odwołaniu zarzucono m.in., iż dane zadanie (oznaczone w wykazie robót jako „Linia Północna — pododcinek 2.4. remont torów A i D na stacji Coimbra”) dotyczy robót remontowych, a nie jak wskazał to Przystępujący budowy/przebudowy peronów oraz sieci trakcyjną.

W odpowiedzi na takie zarzuty Izba wskazała zaś w uzasadnieniu, iż w zakresie postawionego zarzutu nie może mieć decydującego znaczenia nazwa zadania. Co więcej, decydujące znaczenie przy ocenie każdej pozycji ujętej w wykazie robót, winien mieć zakres robót rzeczywiście przez danego wykonawcę wykonanych. Zdaniem Izby w tamtej sprawie niezabite wykonywane prace nosiły charakter przebudowy istniejącego obiektu, gdyż „nastąpiła bowiem zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego. Wykonano bowiem nowe rozjazdy (strona 43 wniosku), ułożono tory na podkładach dwublokowych, dostosowano sieć trakcyjną do nowej sytuacji, w szczególności w obszarze wymienionych rozjazdów, odbudowano, wykonano wykop, roboty ziemne i zabudowano przejście podziemne, ulepszono istniejący system odwodnienia, konkretnie przez zbudowanie nowego odwodnienia wzdłużnego i kolektora poprzecznego'. Dokładnie z taką samą, analogiczną sytuacją mieliśmy do czynienia w przedmiotowej sprawie, a więc w zakresie linii 354. Jak wynika to wprost z punktu PFU „6.2 Nawierzchnia torowa”, w ramach inwestycji, do której zastrzeżenia ma odwołujący, całkowicie przebudowano układ torowy kilku stacji (Złotniki, Wargowo, Rogoźno Wielkopolskie itd.). Po takich zabiegach przebudowy, a więc dostosowania do nowej sytuacji, wymagała też sieć trakcyjna.

W tym zakresie należy przywołać też branżowe projekty budowlane, dotyczące przedmiotowego zadania (t.j. Zaprojektowania i wykonania robót budowlanych na odcinku Poznań Główny POD — Piła Główna w ramach zadania pn.: "Modernizacja linii kolejowej nr 354 Poznań Główny POD — Piła Główna" w branży sieć trakcyjna) Jak wynika to wprost z ich treści, w obydwu przypadkach „Przedmiotem opracowania jest dokumentacja projektowa no wykonanie robót budowlano — montażowych w sieci trakcyjnej 3kV, które umożliwią w torach głównych i torach zasadniczych w stacjach prowadzenie jazdy pociągów prędkością $V=120$ km/h" (punkt 3. ZAKRES I PRZEDMIOT OPRACOWANIA, str. 12). Zakres obu opracowań obejmował zaś zmianę typu sieci trakcyjnej polegającej na uelastycznieniu umożliwiającej jazdę z prędkością $V=120$ km/h po torach szlakowych i głównych zasadniczych. T.j. na sieć typu YC120-2C. Stara sieć typu C120-2C nie umożliwiała bowiem osiągnięcia takiej prędkości. W przedmiotowym projekcie ponownie, analogicznie jak miało to miejsce w przypadku PFU, pojawiło się stwierdzenie, iż „Prędkość konstrukcyjna dla której linia była projektowana wynosi V 100 km/h", a „w torach szlakowych i głównych zasadniczych na odcinku Poznań PoD- Piła Główna wybudowana jest sieć trakcyjna typu C120-2C rok budowy 1990”,

Co więcej, W wyżej opisanych projektach budowlanych wprost pojawia się stwierdzenie, iż zakres prac stanowi przebudowę. Odnosi się do tego punkt „5.2. Zakres i zasady Przebudowy”. Wskazuje on, iż zakres przebudowy polegać będzie na „zabudowie zawieszenia uelastyczniającego typu „Y” co pozwoli na zmianę typu sieci na YC120-2C i umożliwi jazdę pociągów trakcją elektryczną z prędkością VS120 km/h”, Projekty wykonawcze powtórzyły te założenia i wymogi. Należy raz jeszcze wskazać, iż na przedmiotowym odcinku linii 354 nie istniało wcześniej Zawieszenie uelastycznione. Dopiero wspomniane prace, będące efektem wykonania zamówienia publicznego, umożliwiły uzyskanie takiej prędkości.

Powyższe twierdzenia znajdują swe pokrycie również w „ Wykazie parametrów sieci trakcyjnej” stanowiących załącznik nr 2.12 do Regulaminu Sieci 2018/2019 wydanego przez PKP Polskie Linie. Kolejowe (dostęp online:

<https://www.plksa.pl/files/public/userupload/pdf/Regprzydzielaniatras/Regulamin20182019/20.08Q019/NZAL2.12.20182019.pdf>) Z dokumentu tego wynika, że dopiero po wykonaniu zmian w zakresie uelastycznienia, zarządca infrastruktury dopuścił na przejazdy pociągów z prędkością do 120 km/h. Na części niezmodernizowanej z siecią C120-2C, prędkość maksymalna pozostała określona na 110 km/h. Jeszcze za czasów obowiązywania Regulaminu Sieci 2017/2018, prędkość ta była stała i wynosiła 110 km/h na każdym odcinku (dostęp online: [https://www.plksa.pl/files/public/userupload/pdf/Regprzydzielania tras/Regulamin 2017 2018/21.08.2018/N 2.12 20172018.pdf](https://www.plksa.pl/files/public/userupload/pdf/Regprzydzielania%20tras/Regulamin%2017%2018/21.08.2018/N%202.12.20172018.pdf))

Powyższe bezspornie dowodzi, że Odwołujący nie ma racji twierdząc, że informacje podane przez PORR w Wykazie robót budowlanych (Zat. 7 do IDW) są niezgodne ze stanem rzeczywistym, co zarzuca na str. 13 swojego odwołania. W załączeniu przedkładam dokumenty, do których odnoszę się w treści pisma. B. Sz.

Izba cytuje opinię Pana inżyniera B. Sz. identyfikując się z nią w pełnym zakresie, a według doświadczenia życiowego i zawodowego Izby, prowadzenie remontu linii kolejowych budowlanych z pewnością wcześniej niż w latach 80 - 90 ubiegłego wieku, wobec postępu technicznego i technologicznego, zamiast odbudowy/przebudowy, narażałoby zamawiającego co najmniej o podejrzenie niegospodarności.

Tym samym Izba zamyka spór w niniejszej sprawie na temat czy prace prowadzone na liniach kolejowych w Polsce mają charakter remontu czy budowy/odbudowy/przebudowy.

Pismo odwołującego z dnia 10.09.2020r. załącznik do protokołu z wnioskiem o otwarcie rozprawy na nowo.

Izba nie znalazła podstaw faktycznych i prawnych, na podstawie art.191 ust.3 pzp do otwarcia rozprawy na nowo, ponieważ nie ujawniono po jej zamknięciu okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Pismo z dnia 7 września 2020r. złożone przez przystępującego nie zmieniło wiedzy Izby w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia sprawy, w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, przed złożeniem pisma z 07.09.2020roku. Tak więc obawy odwołującego, co do wpływu pisma przystępującego oraz złożonych dowodów przy tym piśmie z dnia 07.09.2020r. na rozstrzygnięcie sprawy, są nieuzasadnione.

Reasumując w tym stanie rzeczy Izba uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty to jest oferty przystępującego po stronie zamawiającego oraz nakazuje zamawiającemu w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp wezwać przystępującego po stronie zamawiającego, do uzupełnienia doświadczenie zawodowego opisanego w pkt.8.6.1 lit.d Instrukcji dla Wykonawców w zakresie budowy lub przebudowy co najmniej jednej stacji kolejowej. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala, dzieląc w tym zakresie argumentację zamawiającego i przystępującego, w tym co do spełnienia wymogu doświadczenia zawodowego osób, którymi przystępujący posłuży się do wykonania zamówienia.

Na podstawie art.192 ust.10 pzp kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania. Zasądza od przystępującego kwotę 10.000 zł 00 gr na rzecz odwołującego, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania to jest w wysokości połowy uiszczonego wpisu. Zasądza od przystępującego i odwołującego po 1.800,00 zł od każdego z nich na rzecz zamawiającego tytułem poniesionego kosztu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Przewodniczący:.....

