

Sygn. akt: KIO/UZP 72/09

WYROK
z dnia 30 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk
Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Stanisław Sadowy
Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych S.A. (lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budownictwa Kolejowego i Inżynieryjnego INFRAKOL S.C. Zenon Buca, Jan Paruch i Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A. z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Kniaziewicza 19, 50-950 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Oddział Regionalny we Wrocławiu, ul. Joannitów 13, 50-525 Wrocław**, protestu z dnia 23 grudnia 2008 r.

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o., ul. Chodakowska 100, 03-816 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych S.A. (lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budownictwa Kolejowego i Inżynieryjnego INFRAKOL S.C. Zenon Buca, Jan Paruch i Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A. z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Kniaziewicza 19, 50-950 Wrocław i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych S.A. (lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budownictwa Kolejowego i Inżynieryjnego INFRAKOL S.C. Zenon Buca, Jan Paruch i Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A. z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Kniaziewicza 19, 50-950 Wrocław;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych S.A. (lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budownictwa Kolejowego i Inżynieryjnego INFRAKOL S.C. Zenon Buca, Jan Paruch i Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A. z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Kniaziewicza 19, 50-950 Wrocław** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Oddział Regionalny we Wrocławiu, ul. Joannitów 13, 50-525 Wrocław**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX zł XXX gr** (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych S.A. (lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budownictwa Kolejowego i Inżynieryjnego INFRAKOL S.C. Zenon Buca, Jan Paruch i Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A. z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Kniaziewicza 19, 50-950 Wrocław.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Odbudowę i modernizację linii kolejowej E-30/CE-30 na odcinku Legnica – Wrocław – Opole, stacja Miękinia tor 1 i 2”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych S.A. (lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Budownictwa Kolejowego i Inżynieryjnego INFRAKOL S.C. Zenon Buca, Jan Paruch i Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A. z siedzibą dla lidera Konsorcjum we Wrocławiu, zwane dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez

publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 września 2008 r. (nr ogłoszenia: 2008/S 175 - 233102). Postępowanie to prowadzi PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Oddział Regionalny we Wrocławiu, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą”.

We wskazanym postępowaniu Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „PNI” lub „Przystępujący”). Informacje o tym fakcie Zamawiający przekazał wykonawcom w piśmie z dnia 18 grudnia 2008 r., doręczonym w tej samej dacie Odwołującemu. Czynność ta stała się podstawą do złożenia przez Odwołującego w piśmie z dnia 23 grudnia 2008 r. (doręczenie Zamawiającemu w tej samym dniu) protestu. W proteście podniesiono następujące zarzuty:

- 1) naruszenia art. 89 ust. 1 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty której treść nie odpowiada treści SIWZ;
- 2) naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 ustawy, poprzez nie wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału, tj. nie posiada doświadczenia oraz potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia;
- 3) naruszenia art. 24 ust. 2 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania, który nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, bądź złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania;
- 4) naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez wybór oferty nienajkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu.

W uzasadnieniu podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie spełnia warunku udziału w postępowaniu polegającego na zrealizowaniu zamówienia lub zamówień na roboty budowlane w zakresie, który obejmował m.in. przebudowę odcinka linii dwutorowej, zelektryfikowanej o długości minimum 5 km wraz z robotami elektrotrakcyjnymi i odwodnieniem, tj. przebudowy min. 5 km dwóch torów na linii dwutorowej.

Odwołujący w swoim proteście odniósł się do wykazywanego przez PNI doświadczenia w załączonym do oferty wykazie wykonanych zamówień (załącznik nr 5). Podniósł, że:

- praca wykazana w poz. 3 („Przebudowa układu torowego na odcinku Łowicz – Kutno linii E-20 Warszawa – Kunowice) dotyczy jedynie naprawy jednego toru (nr 2) bez robót elektrotrakcyjnych;
- praca wykazana w poz. 6 („Modernizacja nawierzchni na linii kolejowej nr 401 Szczecin – Dąbie – Świnoujście, etap II”) obejmuje jedynie wymianę nawierzchni jednego

toru nr 2, poza tym przebudowę sieci trakcyjnej na tym odcinku wykonywał podwykonawca, tj. PKP Energetyka Sp. z o.o. Zakład Pomorski w Szczecinie, a nie wykonawca, tj. PNI, jak wymagały tego postanowienia SIWZ;

- praca wykazana w poz. 8 („Modernizacja posterunku odgałęźnego Knapówki”), jak wykazywał Odwołujący z dokumentów załączonych do oferty przez tego wykonawcę w postępowaniu na „Przebudowę linii kolejowej E-30 na odcinku Wrocław – Legnica szlag p.odg. Szczedrzykowice – Legnica, tor nr 1 i 2 wraz z p.o. Jaskowice Legnickie i p. odg. Wielkie Piekary, jednoznacznie wynika, że prace dotyczące sieci trakcyjnej wykonał podwykonawca, tj. PKP Energetyka Sp. z o.o. Zakład Robót Energetycznych Słotwiny, Koluszki, a nie wykonawca. Ponadto wskazano tu, że wykazywany w wykazie osób do realizacji niniejszego zamówienia Pan Michał Ś. w tym zadaniu pełnił funkcje kierownika robót jako pracownik PKP Energetyka Sp. z o.o. Zakład Robot Elektrycznych w Słotwinach.

Odwołujący wykazywał również, że pozostałe prace wymienione w poz.: 1, 2, 4, 5, 7 i 9 wykazu nie potwierdzają także spełniania warunku udziału w postępowaniu, bowiem dotyczą wyłącznie obiektów inżynierskich i dwóch stacji (Hrubieszów i Lipki) bez robót elektryfikacyjnych, a tym bardziej przebudowy odcinka linii dwutorowej zelektryfikowanej.

Reasumując podniesione zarzuty Odwołujący wskazał w swoim proteście, że PNI nie spełnia wymaganego przez Zamawiającego warunku doświadczenia bowiem nie zrealizował samodzielnie, bez udziału podwykonawców, przebudowy odcinka linii dwutorowej zelektryfikowanej o długości minimum 5 km wraz z robotami elektrotrakcyjnymi i odwodnieniem. Jednocześnie też wniósł on o unieważnienie czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty PNI i wykluczenie tej firmy z udziału w postępowaniu oraz o ponowne dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty Odwołującego.

O złożonym proteście Zamawiający poinformował pozostałych wykonawców. Informacje wraz z wezwaniem do przyłączenia się do toczącego się postępowania Zamawiający doręczył PNI w dniu 23 grudnia 2008 r. PNI złożył swoje przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu w piśmie z dnia 23 grudnia 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie), odpierając podniesione zarzuty.

Zamawiający złożony protest oddalił w całości pismem z dnia 8 stycznia 2009 r. (doręczenie Odwołującemu w tej samej dacie). W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający wskazał, że Odwołujący w sposób nieuprawniony dokonuje nadinterpretacji postawionego przez Zamawiającego warunku doświadczenia co do konieczności wykazania się realizacją dwóch torów na linii dwutorowej, podczas gdy z warunku zapisanego w SIWZ wynikał wymóg wykazania się przebudową odcinka linii dwutorowej.

Co do zarzutu braku doświadczenia zgodnego z zapisami SIWZ Zamawiający wskazał, że uznał za odpowiednie doświadczenie PNI wobec wykazania takiego doświadczenia podmiotu przejętego w drodze sukcesji uniwersalnej, tj. całości praw i obowiązków, w tym doświadczenia i referencji.

Od rozstrzygnięcia protestu w piśmie z dnia 15 stycznia 2009 r. złożonym bezpośrednio w siedzibie Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 16 stycznia 2009 r. Odwołujący złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymał żądania, dodając wniosek o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według rachunku przedłożonego na rozprawie.

Odwołujący w sposób nieznaczący zmodyfikował w stosunku do protestu podniesione zarzuty. I tak w odwołaniu wskazał on na naruszenie:

- art. 24 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy
- art. 24 ust. 4 ustawy
- art. 7 ust. 1 ustawy.

W podniesionej argumentacji podtrzymał stanowisko o konieczności wykazania się przez wykonawcę w ramach doświadczenia przebudową odcinka linii dwutorowej w zakresie obu torów tej linii. Wskazał ponadto, że przebudowa odcinka dwutorowego w stosunku do odcinka jednotorowego lub jednego toru na odcinku dwutorowym wiąże się z nabyciem przez wykonawcę określonego doświadczenia, obejmującego m.in. umiejętność przeprowadzania przebudowy w systemie wahadłowym ruchu pociągów i zmiany torów, po których poruszają się pociągi oraz koordynacji zamknięć torowych na obu torach itp. Podkreślił również, że w zakres przedmiotu zamówienia postępowania, którego dotyczy przedmiotowy spór, wchodzi między innymi również kompleksowa przebudowa i modernizacja sieci trakcyjnej nad dwoma torami na odcinku linii kolejowej dwutorowej.

Odwołujący podtrzymał również swoją argumentację dotyczącą braku wykazania się przez PNI samodzielną realizacją robót elektryfikacyjnych. Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, zawartego w rozstrzygnięciu protestu o uwzględnieniu doświadczenia PKP Energetyka Sp. z o.o. z powodu przejęcia jej przez PNI w drodze sukcesji uniwersalnej, Odwołujący wskazał, że PNI powstało w 2007 r. w wyniku połączenia innych firm niż PKP Energetyka Sp. z o.o., tj.:

- 1) Przedsiębiorstwa Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Katowicach Sp. z o.o.;
- 2) Zakładu Napraw Infrastruktury Radom Sp. z o.o.;
- 3) Zakładu Napraw Infrastruktury w Stargardzie Szczecińskim Sp. z o.o.;
- 4) Zakładu Napraw infrastruktury w Warszawie Sp. z o.o.

Do postępowania odwoławczego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego, w piśmie z dnia 21 stycznia 2009 r., złożonym bezpośrednio w siedzibie Urzędu Zamówień

Publicznych w dniu 22 stycznia 2009 r. złożyło PNI. W przywołanej w przystąpieniu argumentacji PNI wskazało przede wszystkim na następujące okoliczności:

- 1) z warunku postawionego przez Zamawiającego w SIWZ nie wynikał obowiązek wykazywania się doświadczeniem w realizacji przebudowy obu torów odcinka linii dwutorowej, a wyłącznie odcinka linii dwutorowej;
- 2) nie stanowi szczególnego doświadczenia wykonawcy wykonanie przebudowy dwóch torów na linii dwutorowej w stosunku do wykonania przebudowy wyłącznie jednego toru z uwagi na to, że prace związane z koordynacją zamknięć torowych nie leżą w gestii samego wykonawcy, a przede wszystkim Zamawiającego, a ponadto doświadczenie w przebudowie sieci trakcyjnej nad jednym torem nie różni się od jej wykonania na dwóch torach, bowiem i tak w obu przypadkach należy wykonać prace odrębne, na osobnych konstrukcjach;
- 3) wykazywane przez Przystępującego prace w poz. 3 i 6 wykazu dotyczą przebudowy jednego toru linii dwutorowej, a więc spełniają warunek Zamawiającego, a ponadto prace te obejmują również roboty elektrotrakcyjne, a nie elektryfikacyjne (budowa nowej sieci trakcyjnej), co sugerował – zdaniem Przystępującego – Odwołujący;
- 4) Zamawiający nie wymagał, aby wszystkie roboty wykazywane w załączniku (wykaz wykonanych zamówień) wykonane były samodzielnie lecz jedynie, aby suma wszystkich robót zrealizowanych przez wykonawcę na poszczególnych kontraktach obejmowała przywołany w warunku zakres przedmiotowy;
- 5) Przystępujący posiada bogate doświadczenie w realizacji tego rodzaju zamówień i może dodatkowo również, w trybie wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, przedstawić innego rodzaju wykonane przez niego zamówienia.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i treść oferty Przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz Przystępującego, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że w związku ze złożeniem protestu w niniejszej sprawie w dniu 23 grudnia 2008 r., tj. w dacie po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając na względzie

przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, skład orzekający podjął niniejsze rozstrzygnięcie w zakresie stosowania przepisów działu VI ustawy, w oparciu o stan prawny obowiązujący po wejściu w życie przepisów nowelizacyjnych.

Skład orzekający Izby ustalił również, że Odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu przedmiotowego odwołania. Podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczą zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, którego oferta w rankingu oceny złożonych ofert poprzedza ofertę Odwołującego. Potencjalne, wykazywane przez Odwołującego naruszenia, wskazują więc wprost na uszczerbek w jego interesie prawnym, poprzez pozbawienie go szans na uzyskanie zamówienia. Powyższe wypełnia zatem dyspozycję przepisu art. 179 ust. 1 ustawy. Skład orzekający Izby nie przychylił się tym samym do argumentacji prezentowanej w tym zakresie na rozprawie przez Zamawiającego, który wskazywał, że podnoszenie zarzutów dotyczących braku dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego nie jest możliwe, bowiem Zamawiający nie dokonał jeszcze czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Drugi argument Zamawiającego, iż braku interesu prawnego należy upatrywać również w tej okoliczności, że Przystępujący faktycznie spełnia warunek udziału w postępowaniu poprzez przedłożenie Zamawiającemu w toku postępowania protestacyjnego dokumentów potwierdzających doświadczenie, również nie zasługuje na uwzględnienie. Podkreślić należy, że to właśnie przedmiotem zarzutów podnoszonych przez Odwołującego w proteście i odwołaniu jest okoliczność, że do treści oferty dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie zostały dołączone i tym samym Przystępujący nie potwierdził, że spełnia te warunki. Dopiero weryfikacja merytoryczna tej okoliczności na podstawie treści oferty Przystępującego i przy uwzględnieniu obowiązujących w tym zakresie przepisów ustawy może doprowadzić do ustalenia, czy Zamawiający nie dopuścił się niezgodnego z prawem zaniechania dokonania określonej czynności, tj. wykluczenia Przystępującego z postępowania.

Okolicznością uniemożliwiającą rozpoznanie podnoszonych w odwołaniu zarzutów nie jest również w ocenie Izby to, że - wedle twierdzeń Zamawiającego – wykładnia warunku udziału w postępowaniu prezentowana przez Odwołującego, prowadzi do uznania, że również Odwołujący nie spełnia tego warunku. Jedynie gołosłowne twierdzenie Zamawiającego w tym zakresie nie może stać się bowiem podstawą stwierdzenia przez Izbę braku interesu prawnego po stronie Odwołującego.

Wobec ustalenia przez skład orzekający Izby, że Odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu tak protestu, jak i odwołania Izba odniosła się do podniesionych w odwołaniu zarzutów, dochodząc do przekonania, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczą oceny wykazywanego w ofercie PNI doświadczenia w kontekście zapisów SIWZ w zakresie tego warunku udziału w postępowaniu. Z jednej strony Odwołujący, z drugiej zaś Zamawiający i Przystępujący prezentują odmienne interpretacje tych zapisów SIWZ.

Skład orzekający Izby, rozstrzygając przedmiotowy spór zobowiązany był dokonać rozstrzygnięcia również w tym zakresie. Dla wypełnienia tego celu koniecznym jest literalne przywołanie zapisów SIWZ, co do spornego warunku. I tak, Zamawiający w Części I SIWZ („Instrukcja dla wykonawców”) pkt V lit A ppkt 2.1a) wskazał:

„Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat licząc od dnia ukazania się ogłoszenia o zamówieniu w DUUE, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował zamówienie lub zamówienia na roboty budowlane w zakresie, który obejmował wykonanie:

robót budowlanych polegających na wykonaniu:

- przebudowy odcinka linii dwutorowej, zelektryfikowanej o długości minimum 5 km wraz z robotami elektrotrakcyjnymi i odwodnieniowymi,*
- przebudowy lub budowy minimum 3 obiektów inżynierskich takich jak mosty wiadukty kolejowe (w rozumieniu instrukcji Id-2),*
- minimum 1 stacji*

o łącznej wartości nie mniejszej niż 20 mln PLN netto”.

Do tego warunku Zamawiający dodał wyjaśnienie:

„Na potrzeby spełniania warunku 2.1.a) zamawiający będzie sumował roboty budowlane wykonane we wskazanym okresie w ramach zamówień realizowanych przez Wykonawcę dla różnych zamawiających (nie jest wymagane spełnienie warunku, wykonania określonych robót budowlanych, w ramach jednego zamówienia publicznego). Pod uwagę brane będą jedynie prace wykonane przez Wykonawcę, a nie przez Podwykonawców.”

Na potwierdzenie spełniania tego warunku Zamawiający wymagał przedłożenia wykazu wykonanych robót, sporządzonego według wzoru załącznika nr 5 do SIWZ oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tych robót.

Odwołujący dla wypełnienia tego warunku przedłożył w swojej ofercie wymagane dokumenty, tj.:

- na stronach od 40 do 43 wykaz wykonanych robót (9 pozycji),
- na stronach od 44 do 53 dokumenty potwierdzające należyte wykonanie tych robót.

Sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego okazują się być roboty wykazywane przez Przystępującego w poz. 3, 6 i 8 wykazu.

Skład orzekający Izby, rozpatrując złożone odwołanie nie uwzględnił stanowiska Odwołującego, co do interpretacji zapisów SIWZ, dotyczących warunku doświadczenia, wskazującego na konieczność wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w zakresie przebudowy dwóch torów na odcinku linii dwutorowej. Zgodzić się należy z Przystępującym, popierającym stanowisko Zamawiającego, że warunki udziału w postępowaniu należy interpretować w sposób, który nie dopuszcza stosowania wykładni rozszerzającej. Literalna wykładnia zapisów SIWZ w odniesieniu do tego warunku wskazuje, że wykonawcy mieli wykazać się doświadczeniem w zakresie przebudowy odcinka linii dwutorowej, bez konieczności wykazywania przebudowy na obu torach tej linii. Taki szczegółowy warunek udziału w postępowaniu nie został wprost wyartykułowany przez Zamawiającego. Celowościowa wykładnia zapisów SIWZ stosowana przez Odwołującego powoduje wyłącznie taki skutek, że warunek należałoby rozumieć w sposób bardziej szczegółowy i rygorystyczny, ograniczając w tym zakresie krąg wykonawców mających uprawnienia do ubiegania się o to zamówienie. Zawężające uszczegółowienie warunku, dokonywane w ramach wykładni celowościowej zapisów SIWZ na etapie badania i oceny ofert nie wydaje się zasadne zwłaszcza w sytuacji, gdy literalny zapis SIWZ nie pozostawia żadnych wątpliwości, a w dodatku, gdy wykładnia ta prowadzi do negatywnych skutków dla wykonawców w postępowaniu, związanych z wyeliminowaniem ich z udziału w postępowaniu. Cele, na które powoływał się Odwołujący związane są z koniecznością wykazania, że dany wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie objęte przedmiotem niniejszego postępowania. Przekonującym dla Izby okazała się w tym zakresie argumentacja Zamawiającego, że prace wykonywane na dwóch torach odcinka linii dwutorowej nie różnią niczym od prac przebudowy jednego toru na wskazanym odcinku. Są to rodzajowo tożsame prace. Odwołujący nie wykazał, jakoby te prace (na obu torach odcinka linii dwutorowej) stanowiły o jakimś szczególnym ich charakterze. Argumentacja, iż prace takie wymagają umiejętności przeprowadzania przebudowy w systemie wahadłowym ruchu pociągów i zmiany torów, po których poruszają się pociągi oraz koordynacji zamknięcia obu torów, została skutecznie odparta przez Przystępującego. Podniósł on, że powyższe nie leży wyłącznie w gestii wykonawcy wykonującego takie prace, a przede wszystkim należy do obowiązków samego Zamawiającego. Natomiast wymóg Zamawiającego wykazywania się doświadczeniem w zakresie przebudowy na odcinku linii dwutorowej (bez konieczności

wykazywania się pracami na obu torach tej linii) uwarunkowany był wyłącznie względami bezpieczeństwa, tj. takiego rodzaju doświadczenia w pracy, która wymaga zachowania ostrożności wobec robót wykonywanych na jednym torze, w sytuacji gdy drugi tor w dalszym ciągu funkcjonuje. Odwołujący nie obalił w żaden sposób tej argumentacji.

Skład orzekający Izby nie uwzględnił również stanowiska Odwołującego, co do konieczności interpretacji zapisów SIWZ dotyczących warunków udziału w postępowaniu w oparciu o inne przepisy prawa, tj. w tym przypadku przepisy ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. t.j. z 2007 r. Nr 16, poz. 94 ze zm.), w tym bowiem przypadku zapisy SIWZ są jasne i precyzyjne i nie ma potrzeby choćby posiłkowego posługiwania się w zakresie wykładni treści warunku przepisami innych ustaw, tym bardziej, że Zamawiający nie wprowadził w tym zakresie wprost w SIWZ odesłania do tych innych przepisów. Nawet gdyby jednak oprzeć się na przywołanych przepisach, to stwierdzić należy, że brak jest w nich definicji „*odcinka linii dwutorowej*”, wobec czego wywodzenie zakresu tego pojęcia z definicji innych pojęć („*linia kolejowa*”, czy „*odcinek linii kolejowej*”) jest nieuprawnione.

Reasumując, w ocenie Izby, w niniejszym postępowaniu, biorąc pod uwagę zapisy SIWZ, wykonawcy mieli obowiązek wykazać się doświadczeniem w realizacji przebudowy na odcinku linii dwutorowej, bez konieczności wykazywania się przebudową na obu torach tej linii, bowiem w zakresie pojęcia „*przebudowa na odcinku linii dwutorowej*” mieszczą się również prace wykonywane na jednym tylko fragmencie tej linii, tj. na jednym torze.

Tym samym wykazywane w ramach kwestionowanych poz. 3, 6 i 8 wykazu wykonanych przez Przystępującego zamówień, prace na jednym torze linii dwutorowej należy uznać za spełniające warunek opisany przez Zamawiającego w SIWZ.

Odnosząc się do drugiej kwestii związanej z wykazywaniem się przez Przystępującego pracami, które nie zostały wykonane samodzielnie, ale przy udziale podwykonawcy, skład orzekający Izby przychylił się do argumentacji zaprezentowanej w trakcie rozprawy przez Zamawiającego, że z zakresu badanego przez Zamawiającego doświadczenia wykonawcy nie można wyłączyć wprost wszystkich prac, które były wykonywane wspólnie z podwykonawcą. Faktycznie zgodnie z zapisami SIWZ w niniejszym postępowaniu, jak również z postanowieniami polskiej ustawy Prawo zamówień publicznych doświadczenie badane w ramach warunku udziału w postępowaniu należy odnosić do wykonawcy, a nie podwykonawcy. Wyłącznie w sytuacji, gdy podwykonawca staje się wykonawcą w ramach tworzonego ze swoim pierwotnym zleceniodawcą konsorcjum ubiegającego się o zamówienie, możliwe jest uwzględnienie takiego doświadczenia podwykonawcy.

W analizowanym stanie faktycznym wykazywane przez Przystępującego prace wykonywane były przy współdziałaniu podwykonawcy PKP Energetyka Sp. z o.o., co – przynajmniej w odniesieniu do prac wykazywanych w poz. 3 wykazu – potwierdził również Przystępujący. Skład orzekający Izby, odnosząc się do zarzutów postawionych w tym zakresie przez Odwołującego stwierdził, że Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie wykazał, że prace realizowane w ramach zadania wskazanego w poz. 6 wykazu („Modernizacja nawierzchni na linii kolejowej nr 401 Szczecin – Dąbie – Świnoujście, etap II”) niezbędne do wykazania się doświadczeniem w zakresie opisanym w SIWZ (również roboty elektrotrakcyjne) podlegały w całości zleceniu podwykonawcy. Przedłożona na tę okoliczność umowa Nr ZS OP – 900/26/2007, zawarta w dniu 24 lipca 2007 r. pomiędzy Przystępującym, a PKP Energetyka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dotyczy bowiem wykonania przez podwykonawcę (PKP Energetyka) robót polegających na usunięciu kolizji sieci trakcyjnej dla tego zadania (§ 1 ust. 1 umowy) za kwotę 2 875 032,95 zł netto (§ 5 umowy). Natomiast z treści załączonych do oferty Przystępującego referencji (str. 49 oferty), wystawionych w tym zadaniu przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Oddział Regionalny w Szczecinie wynika, że PNI wykonywała w ramach wskazanego zadania prace obejmujące „(...) *przebudowę sieci trakcyjnej z wymianą konstrukcji wsporczych, usunięcie kolizji (...)*”. Sformułowanie zawarte w treści referencji, odnoszące się do zakresu robót elektrotrakcyjnych, nie jest tożsame z określeniem zawartym w przywoływanej umowie zlecenia wykonania części prac przez PKP Energetyka Sp. z o.o. na rzecz PNI – zakres wykonywanych w ramach tego zadania prac jest szerszy niż zakres prac wykonywanych przez samego podwykonawcę (PKP Energetyka Sp. z o.o.) na podstawie załączonej umowy.

Można zatem na podstawie przedłożonych dokumentów stwierdzić, że PNI faktycznie zlecił PKP Energetyka Sp. z o.o. w ramach tego zadania część robót elektrotrakcyjnych (usunięcie kolizji), wykonując jednak samodzielnie roboty dotyczące przebudowy sieci trakcyjnej z wymianą konstrukcji wsporczych. Okoliczność ta w żaden sposób nie została zakwestionowana i udowodniona przez Odwołującego.

Co do dowodu przedłożonego przez Odwołującego w toku rozprawy, tj. dokumentów przedłożonych w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczących wykazywanego w niniejszym postępowaniu zadania ujętego w poz. 3 wykazu („Przebudowa układu torowego na odcinku Łowicz – Kutno linii E-20 Warszawa – Kunowice...”) na okoliczność wykazania, że zadanie to nie obejmowało wykonania samodzielnie przez PNI robót elektrotrakcyjnych, skład orzekający Izby uznał ten dowód za nieprzekonujący. Podstawą takiego stanowiska Izby jest okoliczność, na którą zwrócił uwagę w toku rozprawy Zamawiający. Mianowicie wykaz prac przedkładanych w innym postępowaniu, stanowiący oświadczenie Przystępującego, został ujęty w sposób adekwatny do postawionych w tamtym

postępowaniu warunków udziału. W tamtym postępowaniu bowiem Zamawiający określił w sposób odmienny warunek doświadczenia - opisany tam warunek ograniczał możliwość wykazywania się doświadczeniem oprócz podwykonawców, także doświadczeniem członów konsorcjum, co w sposób znaczny mogło mieć wpływ na ograniczenie wartości wykazywanego wówczas zamówienia, co do samodzielnej jego realizacji. Odwołujący zatem nie wykazał, że wskazywane przez PNI prace w poz. 3 w niniejszym postępowaniu zostały przez niego wykonane niesamodzielnie w zakresie przedmiotowym wymaganym warunkiem oraz, że nie obejmują robót elektrotrakcyjnych.

Co do twierdzeń Odwołującego, że wykazane w poz. 8 wykazu PNI („Modernizacja posterunku odgałęźnego Knapówki...”) prace nie były wykonane osobiście przez tego wykonawcę i że w ramach tego zadania nie wykonywano robót elektrotrakcyjnych, stwierdzić należy, że Odwołujący nie wykazał, aby warunek doświadczenia w tym zakresie nie został wypełniony przez Przystępującego. Jak bowiem wynika z wystawionych dla tego zadania referencji (str. 51 oferty) wykonywane przez PNI prace obejmowały również „*przebudowę sieci trakcyjnej do V+200/250 km/h związanej z przebudową posterunku odgałęźnego*”. Argumentacja Odwołującego, że wykazywany w wykazie osób do realizacji niniejszego zamówienia Pan Michał Świderek w tym zadaniu pełnił funkcję kierownika robót jako pracownik PKP Energetyka Sp. z o.o. Zakład Robot Elektrycznych w Słotwinach, jest niewystarczająca dla udowodnienia tezy, że PNI nie wykonywała samodzielnie przynajmniej części prac związanych z przebudową sieci trakcyjnej. Zamawiający nie wymagał bowiem, aby prace te (roboty elektrotrakcyjne) były wykonywane na konkretną wartość. Wykonawcy, w ramach opisanego SIWZ warunku udziału, mieli obowiązek wykazania się minimum jednym zamówieniem przy dopuszczeniu możliwości sumowania wartości wykonanych prac w ramach różnych kontraktów, obejmujących określony zakres przedmiotowy, w tym sporne roboty elektrotrakcyjne.

Uwzględniając okoliczność, iż wymagana w ramach doświadczenia wartość robót to kwota 20 000 000 zł netto oraz to, że kwestionowane prace w poz. 3, 5 i 8 wykazu Przystępującego, co do których zarzuty nie potwierdziły się, stanowiły wartość znacznie przekraczającą minimalny, wymagany przez Zamawiającego wartościowy pułap, bez znaczenia dla rozpatrywanych w odwołaniu zarzutów związanych z niewypełnieniem warunku doświadczenia przez PNI, jest w tym zakresie podważanie przez Odwołującego pozostałych prac, bez jego szczegółowej argumentacji w tym zakresie.

W związku z powyższym skład orzekający Izby nie stwierdził naruszenia podnoszonych w odwołaniu zarzutów, które zostały poprzedzone protestem, tj. zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2, a także będącego konsekwencją przywołanego przepisu art. 24 ust.4 ustawy.

Skład orzekający Izby, formalnie - z uwagi na treść art. 191 ust. 3 ustawy, nie rozpatrywał zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, bowiem nie został on podniesiony w proteście.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust.1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. Skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznał za uzasadnione - na podstawie przedłożonych do akt sprawy rachunków - koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości przewidzianej w przepisach przywołanego rozporządzenia, tj. ograniczając je do kwoty 3 600 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....